



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Edição nº 122/2020 – São Paulo, quarta-feira, 08 de julho de 2020

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

SUBSECRETARIA DOS FEITOS DA VICE-PRESIDÊNCIA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001261-92.2006.4.03.6103
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: ARI FERREIRA DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LOURENCO E SILVA FERREIRA - SP168517-A
Advogado do(a) APELANTE: SARA MARIA BUENO DA SILVA - SP197183-N
APELADO: ARI FERREIRA DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: FLAVIA LOURENCO E SILVA FERREIRA - SP168517-A
Advogado do(a) APELADO: SARA MARIA BUENO DA SILVA - SP197183-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Decido.

Tendo em vista a realização de juízo positivo de retratação pela turma julgadora, a abranger a integralidade do objeto do recurso, declaro-o prejudicado.

Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003021-54.2017.4.03.6119
APELANTE: ELIANA DE FATIMA COZER PEGORARO, VALMOR ANGELO PEGORARO, FRANCIELLE PEGORARO
Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DE ALMEIDA CRUZ - SP328930-A
Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DE ALMEIDA CRUZ - SP328930-A
Advogado do(a) APELANTE: ALESSANDRO DE ALMEIDA CRUZ - SP328930-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogados do(a) APELADO: MARIA FERNANDA SOARES DE AZEVEDO BERE MOTTA - SP96962-A, MARIA MERCEDES OLIVEIRA FERNANDES DE LIMA - SP82402-A

CERTIDÃO

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

Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 19 de março de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002281-52.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: JOSE ALVES CORDEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE CARLOS GOMES RABELO JUNIOR - SP111670
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

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

Certifico, ainda, que o Recurso Especial emagravo de instrumento é isento de preparo, a partir de 19/02/16, nos termos da Resolução STJ/GP nº 1, de 18/02/16, e Resolução STJ/GP nº 2/2017.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 20 de março de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013237-09.2013.4.03.6182

APELANTE: MUNICIPIO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELANTE: JOSE RUBENS ANDRADE FONSECA RODRIGUES - SP78796

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO YOSHIHITO NAKAMOTO - SP169001-A

CERTIDÃO

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

São Paulo, 20 de março de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000291-48.2018.4.03.6115

APELANTE: HALLENBECK KENNEDY MENDES TARTAROTI, MARTA RAMOS DE OLIVEIRA TARTAROTI

Advogados do(a) APELANTE: ANDREIA PAIXAO DIAS - SP304717-A, EROS ROMARO - SP225429-A

Advogados do(a) APELANTE: ANDREIA PAIXAO DIAS - SP304717-A, EROS ROMARO - SP225429-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 20 de março de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002304-87.2017.4.03.6100

APELANTE: AILTON NOVAES DE JESUS

Advogado do(a) APELANTE: ELOIZA CHRISTINA DA ROCHA SPOSITO - SP207004-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 23 de março de 2020

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0022327-25.2015.4.03.6100

APELANTE: ALA LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA - ME, ALA URB TRANSPORTES E LOGÍSTICA EIRELI - ME, ALA LOG TRANSPORTES LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

Advogado do(a) APELANTE: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

Advogado do(a) APELANTE: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

APELADO: ALA LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA - ME, ALA URB TRANSPORTES E LOGÍSTICA EIRELI - ME, ALA LOG TRANSPORTES LTDA - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

Advogado do(a) APELADO: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

Advogado do(a) APELADO: JONATHAN CELSO RODRIGUES FERREIRA - SP297951-A

OUTROS PARTICIPANTES:

CERTIDÃO

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

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005749-82.2018.4.03.6103

APELANTE: LUIZ JOSE DE LIMA, CELIA RODRIGUES DE LIMA

Advogados do(a) APELANTE: ANDERSON LUIZ COELHO DE AZEVEDO - SP343099-A, JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR - SP175292-A

Advogados do(a) APELANTE: ANDERSON LUIZ COELHO DE AZEVEDO - SP343099-A, JOAO BENEDITO DA SILVA JUNIOR - SP175292-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita ID 57336366.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002909-93.2018.4.03.6105

APELANTE: EDUARDO TOLEDO PACHECO LIMA FILHO, JAMILA AZEVEDO ANTUNES PACHECO

Advogados do(a) APELANTE: GILIAN ALVES CAMINADA - SP362853-A, IVANISE SERNAGLIA CONCEICAO SANCHES - SP189942-A

Advogados do(a) APELANTE: GILIAN ALVES CAMINADA - SP362853-A, IVANISE SERNAGLIA CONCEICAO SANCHES - SP189942-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001667-85.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: PPE FIOS ESMALTADOS S.A, PPE FIOS ESMALTADOS S.A, PPE FIOS ESMALTADOS S.A
Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogados do(a) APELANTE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S, CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **PPE FIOS ESMALTADOS S/A**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de bases econômicas para delimitação da competência relativa à instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001").

A **generalidade da redação conferida ao tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a **análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas**. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigmático é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas em análise.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do tema n.º 325 na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prossegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora"

(STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019) (Grifei).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo - custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar n.º 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissão do julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n.º 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n.º 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes aclaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese - (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar n.º 110/01, em face do exaurimento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001 - encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos declaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora."

(STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022989-26.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: WASHINGTON LUIZ DE AMORIM, GISELE CRISTINA ROSA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BARBARA HELENE NACATI GRASSI FERREIRA - MS12466
Advogado do(a) AGRAVANTE: BARBARA HELENE NACATI GRASSI FERREIRA - MS12466
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0001689-73.2012.4.03.6100
APELANTE: DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: EMANUELA LIA NOVAES - SP195005-A

CERTIDÃO

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

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003971-02.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: OSG SULAMERICANA DE FERRAMENTAS LTDA, OSG SULAMERICANA DE FERRAMENTAS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A, SANDOVAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A, SANDOVAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **OSG SULAMERICANA DE FERRAMENTAS LTDA. E FILIAL**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de **bases econômicas** para delimitação da competência relativa à **instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001**".

A **generalidade da redação conferida ao tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a **análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas**. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigma é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas em análise.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do tema n.º 325 na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prossegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora"

(STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019) (Grifei).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1.º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o esgotamento do objetivo - custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissão do julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n. 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes declaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese - (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, em face do esgotamento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 - encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos declaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora. (STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "**constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição**") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000056-81.2018.4.03.6115

APELANTE: CM&N - CENTRAL DE MARKETING E NEGOCIOS DESCALVADO LTDA - ME, EDISON LOPES BERNARDO, EDMEA CECILIA DOS SANTOS BARBOSA BERNARDO

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO REDIGOLO NO VAES - SP100882-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO REDIGOLO NO VAES - SP100882-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS ALBERTO REDIGOLO NO VAES - SP100882-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008491-67.2015.4.03.6105

APELANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

APELADO: HERALDO MAXIMO, JULIA PRADO MAXIMO, COMPANHIA DE HABITACAO POPULAR DE CAMPINAS COHAB

Advogado do(a) APELADO: GILLIAN ALVES CAMINADA - SP362853-A

Advogado do(a) APELADO: GILLIAN ALVES CAMINADA - SP362853-A

Advogado do(a) APELADO: DANIEL ANTONIO MACCARONE - SP256099-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 24 de março de 2020

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001747-15.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VIAMAR VEICULOS, PECAS E SERVICOS LTDA, SEAWAY COMERCIAL AUTOMOTORES LTDA, CHS MOTORS VEICULOS PECAS E SERVICOS LTDA., CBA COMERCIAL DE VEICULOS, PECAS E SERVICOS LTDA, OTIMA MOTORS VEICULOS, PECAS E SERVICOS LTDA., SBV COMERCIAL DE VEICULOS, PECAS E SERVICOS LTDA, SPECIAL MOTORS COMERCIAL LTDA

Advogado do(a) APELADO: GLEISON MACHADO SCHUTZ - RS62206-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela União, com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, contra acórdão proferido por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Decido.

A matéria veiculada no recurso corresponde à controvérsia a ser objeto de decisão no **RE 592.616/RS**, vinculado ao **tema 118**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (*Inclusão de ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS*), ainda pendente de julgamento.

O prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

O juízo de admissibilidade de recurso extraordinário ou especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada. Por este motivo, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III, do CPC, **determino o sobrestamento do feito** até resolução do recurso acima indicado.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0017057-25.2012.4.03.6100

APELANTE: FERNANDO MELO SANCHEZ, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: MILTON DE OLIVEIRA MARQUES - SP100078-A

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS UMBERTO SERUFO - SP73809-A

APELADO: FERNANDO MELO SANCHEZ, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MILTON DE OLIVEIRA MARQUES - SP100078-A

Advogado do(a) APELADO: MARCOS UMBERTO SERUFO - SP73809-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 23 de março de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5002101-70.2018.4.03.6111

APELANTE: VALDIR DOS SANTOS CHAGAS

Advogados do(a) APELANTE: LUCIANA CRISTINA CORREIA DA SILVA - SP191784-A, JOSE HENRIQUE DE CARVALHO PIRES - SP95880-A, RAYRES DOS SANTOS CARVALHO PIRES - SP317224-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA- CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 20 de março de 2020

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005586-78.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: ANTONIO LOPES DA SILVA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO VIEIRA DA CONCEICAO - SP94202-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, vinculados ao **tema 1018**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002353-39.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. Vice Presidência

AGRAVANTE: APARECIDO LIMOLI

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO APARECIDO BERENGUEL - SP151614-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, vinculados ao **tema 1018**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001335-85.2015.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: JORGE ROBERTO ISSA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S

APELADO: JORGE ROBERTO ISSA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038517-35.2017.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA TOMAZ RAMOS MONTEIRO, EVA SIMONE ALVES
Advogado do(a) APELADO: MARCELO DE LIMA FREIRE - SP131472-N
Advogado do(a) APELADO: PEDRO LUIS BIZZO - SP225295
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006796-67.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: JOSE VANILDO DE SENA
Advogado do(a) AGRAVADO: IRENE JOAQUINA DE OLIVEIRA - SP126720-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

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

Por ora, determino o sobrestamento do feito até decisão definitiva no REsp 1.381.734/RN (TEMA 979), que trata da matéria discutida nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003420-93.2015.4.03.6102
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: VERA LUCIA CATALANI MOLEZIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: VERA LUCIA CATALANI MOLEZIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0004177-38.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: PASCHOAL FINATTI
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO - SP245134-B
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0004506-03.2015.4.03.6328
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: CACILDO STAGGEMEIER GALINDO
Advogado do(a) APELANTE: LARA CRISTILLE LEIKO DAMNO GALINDO - SP354881-N
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto por CACILDO STAGGEMEIER GALINDO contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

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

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR/DE INSCRIÇÃO DA OAB/SP. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE AMPLA DEFESA, IGUALDADE, DEVIDO PROCESSO LEGAL E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. SUPOSTA NULIDADE. INEXISTÊNCIA. INSTRUMENTO APTO A AVALIAR OS REQUISITOS DO ART. 8º DA LEI N. 8.906/94. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- A controvérsia dos autos cinge-se, essencialmente, a verificação da legalidade do processo administrativo de inscrições (NOX 348.401) instaurado antes do deferimento da inscrição no quadro de advogados da OAB/SP.

- O pedido do autor, ora apelante, carece de amparo legal e também de provas que suportem as alegadas violações que teriam ocorrido aos direitos fundamentais que possui.

- Insurge-se o recorrente contra processo administrativo instaurado pela OAB/SP para averiguação da existência do disposto no inciso VI do art. 8º da Lei n. 8.906/94 (idoneidade moral).

- Ora, o mero ato de avaliação das condutas progressas de um candidato ao cargo de advogado, precipuamente com a finalidade de comprovar que este preenche os requisitos legais, não pode e nem deve ser considerada uma violação ao direito de ampla defesa e princípio da inocência, pois se assim fosse a instituição supracitada jamais poderia averiguar qualquer situação que trouxesse dúvidas acerca da aptidão de determinado indivíduo para figurar em seus quadros.

- Saliente-se que tal instrumento de avaliação é utilizado sempre que há razões para tal, não se tratando de exclusividade desenvolvida ou aplicada apenas para o caso em tela.

- A arbitrariedade no uso do processo administrativo até poderia se fazer presente caso o requerente demonstrasse que não havia, na hipótese, qualquer razão que motivasse a ação acautelatória da OAB/SP. Todavia, o que se depreende dos autos é justamente o contrário. À época em que efetuou o pedido de inscrição, o apelante era réu em ação criminal e nada informou à instituição (fls. 13). Do mesmo modo, havia sofrido demissão à bem do serviço público e não apresentou qualquer informação nesse sentido, ainda que estivesse pendente processo administrativo acerca da demissão.

- Conclui-se, portanto, que não obstante o requerente eventualmente tenha plena aptidão para ser um inscrito da Ordem dos Advogados do Brasil, deu causa para que um processo administrativo fosse instaurado contra ele ao não mencionar circunstâncias peculiares de sua condição.

- E, uma vez que isso não foi claramente exposto, coube à instituição, à sua maneira, buscar elementos capazes de atestar os requisitos exigidos pela lei, o que se concretizou através do processo administrativo ora combatido.

- Nesse ponto, cumpre consignar que ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade do ato administrativo, cabe apenas apreciar a regularidade do processo, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo. Ou seja, ao Judiciário incumbe observar, tão-somente, os possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, além da verificação da existência de previsão legal da causa apontada como motivadora do ato administrativo, isto é, a verificação da previsibilidade legal da medida aplicada.

- Sob tais aspectos, verifica-se que o ato administrativo questionado foi realizado observando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, visto que o apelante foi instado pelos funcionários que o atenderam nas dependências da OAB a apresentar defesa escrita e juntar documentos pertinentes para encaminhamento à Comissão de Seleção e Inscrição.

- Ainda, foram realizadas intimações para que o apelante ofertasse defesa, indicasse provas e alegações finais nos autos do processo administrativo, como evidenciam as cópias de fls. 55 a 57. Portanto, o requerente possuiu plenas oportunidades de apresentar defesa, tendo seu direito respeitado.

- Noutra passo, não se vislumbra qualquer presunção de culpabilidade. O processo administrativo não foi concluído e como já expandido, a mera instauração do mesmo não significa qualquer tipo de condenação ou juízo de valor negativo. Antes, porém, trata-se de medida perfeitamente cabível de avaliação, máxime se encontradas circunstâncias não relatadas pelo autor do pedido e que passam interferir na avaliação do requisito da idoneidade moral.

- Por fim, no que tange à alegação de inobservância da isonomia, por conta de outros ex-policiais que obtiveram inscrição nos quadros da OAB, impende frisar que embora os paradigmas apontados (fls. 14/15) tenham alçado a condição pretendida pelo apelante, não se demonstram nos autos o caminho percorrido para tal concessão, ou seja, não se comprova que o deferimento se deu de forma automática, sem qualquer procedimento administrativo.

- E, ainda que se comprovasse tal fato, não seria por si só suficiente, porque para a demonstração da ausência de isonomia seria necessário perquirir se ao efetuar os pedidos de inscrição os servidores públicos demitidos informaram à instituição a condição em que se encontravam e se as causas e gravidades das condutas praticadas por todos guardavam uma relação de equivalência.

- Assim, à luz dos comandos legais aplicáveis à espécie na tramitação do processo administrativo disciplinar, há de ser mantida a r. sentença de primeiro grau, de improcedência do pedido.

-Apelação não provida.

ACÓRDÃO

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

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

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

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

Int.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0004506-03.2015.4.03.6328

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: CACILDO STAGGEMEIER GALINDO

Advogado do(a) APELANTE: LARA CRISTILLE LEIKO DAMNO GALINDO - SP354881-N

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECÇÃO DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário interposto por CACILDO STAGGEMEIER GALINDO, para impugnar acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

DECIDO.

O recurso não pode ser admitido.

Com efeito, o acórdão recorrido, atento às peculiaridades dos autos, assim decidiu:

A controvérsia dos autos cinge-se, essencialmente, a verificação da legalidade do processo administrativo de inscrições (NOX 348.401) instaurado antes do deferimento da inscrição no quadro de advogados da OAB/SP.

O pedido do autor, ora apelante, carece de amparo legal e também de provas que suportem as alegadas violações que teriam ocorrido aos direitos fundamentais que possui.

Quanto à inscrição dos advogados dispõe o Estatuto da OAB em seu art. 8º (Lei nº 8.906/94):

Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar; se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

§ 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

§ 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo.

§ 3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

§ 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

Insurge-se o recorrente contra processo administrativo instaurado pela OAB/SP para averiguação da existência do disposto no inciso VI do art. 8º da Lei n. 8.906/94 (idoneidade moral).

Ora, o mero ato de avaliação das condutas progressivas de um candidato ao cargo de advogado, precipuamente com a finalidade de comprovar que este preenche os requisitos legais, não pode e nem deve ser considerada uma violação ao direito de ampla defesa e princípio da inocência, pois se assim fosse a instituição supracitada jamais poderia averiguar qualquer situação que trouxesse dúvidas acerca da aptidão de determinado indivíduo para figurar em seus quadros.

Saliente-se que tal instrumento de avaliação é utilizado sempre que há razões para tal, não se tratando de exclusividade desenvolvida ou aplicada apenas para o caso em tela.

A arbitrariedade no uso do processo administrativo até poderia se fazer presente caso o requerente demonstrasse que não havia, na hipótese, qualquer razão que motivasse a ação acatatória da OAB/SP. Todavia, o que se depreende dos autos é justamente o contrário. A época em que efetuou o pedido de inscrição, o apelante era réu em ação criminal e nada informou à instituição (fls. 13). Do mesmo modo, havia sofrido demissão à bem do serviço público e não apresentou qualquer informação nesse sentido, ainda que estivesse pendente processo administrativo acerca da demissão.

Conclui-se, portanto, que não obstante o requerente eventualmente tenha plena aptidão para ser um inscrito da Ordem dos Advogados do Brasil, deu causa para que um processo administrativo fosse instaurado contra ele ao não mencionar circunstâncias peculiares de sua condição.

E, uma vez que isso não foi claramente exposto, coube à instituição, à sua maneira, buscar elementos capazes de atestar os requisitos exigidos pela lei, o que se concretizou através do processo administrativo ora combatido.

Nesse ponto, cumpre consignar que ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade do ato administrativo, cabe apenas apreciar a regularidade do processo, sendo vedada qualquer interferência no mérito administrativo. Ou seja, ao Judiciário incumbe observar, tão-somente, os possíveis vícios de caráter formal ou dos que atentem contra os postulados constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, além da verificação da existência de previsão legal da causa apontada como motivadora do ato administrativo, isto é, a verificação da previsibilidade legal da medida aplicada.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, a jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PENA DE DEMISSÃO. CONFRONTO ENTRE AS CONDUTAS IMPUTADAS E AS TIPIFICAÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE MÁXIMA, DETECTADA PELO TRIBUNAL A QUO. NECESSIDADE DE REVOLVER MATÉRIA FÁTICA E INTERPRETAR DIREITO INFRACONSTITUCIONAL. EXAME DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

A controvérsia cuja solução depende do confronto entre as condutas imputadas ao servidor e as tipificações da lei que rege o processo administrativo disciplinar se situa no mundo dos fatos e no campo infraconstitucional, o que impede a abertura da via extraordinária.

No exercício do controle de legalidade do ato administrativo, incumbe ao Judiciário observar, além da competência de quem o praticou e do cumprimento das formalidades legais que lhe são intrínsecas, também os respectivos pressupostos de fato e de direito. O exame desses aspectos implica a verificação da existência de previsão legal da causa apontada como motivadora da demissão do servidor público; isto é, a verificação da previsibilidade legal da sanção que lhe foi aplicada.

Precedentes: RE 75.421-EDv, Relator Ministro Xavier de Albuquerque. RE 88.121, Relator Ministro Rafael Mayer; AR 976, Relator Ministro Moreira Alves; e MS 20.999, Relator Ministro Celso de Mello.

Agravo Regimental desprovido.

(STF - RE-AgR - Processo: 395831, DJ 18-11-2005, Relator CARLOS BRITTO)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. EXAME DA LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE PENA. CABIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

1. Compete ao Poder Judiciário examinar a legalidade do ato administrativo de demissão de servidor público, bem como do processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação daquela penalidade, o que se não confunde com o exame do mérito administrativo.

2. O mandado de segurança é ação constitucional de curso sumário, que exige a comprovação, de plano, do direito líquido e certo tido como violado, e não admite dilação probatória.

3. Obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, de forma a afastar qualquer alegação de irregularidade formal no processo administrativo disciplinar em apreço. Precedentes.

4. Recurso ordinário improvido.

(STJ - ROMS - 15001, SEXTA TURMA, DJE: 30/06/2008, REP DJE: 08/09/2008, Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Não se verifica nenhuma ilegalidade no procedimento administrativo o fato do Contencioso Administrativo - órgão de assessoramento e direção da Presidência - ter manifestado opinião por meio de parecer jurídico, máxime por estar em perfeita consonância com o Regulamento Interno do Tribunal de Justiça Estadual.

2. O processo administrativo, que culminou na aplicação da pena de demissão à Recorrente, teve regular processamento, com a estrita observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

3. Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Dessa forma, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo administrativo.

4. Recurso desprovido.

(STJ - ROMS - 19863, QUINTA TURMA, DJ: 17/12/2007, PG:00224, Relatora LAURITA VAZ)

Sob tais aspectos, verifica-se que o ato administrativo questionado foi realizado observando o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, visto que o apelante foi instado pelos funcionários que o atenderam nas dependências da OAB a apresentar defesa escrita e juntar documentos pertinentes para encaminhamento à Comissão de Seleção e Inscrição.

Ainda, foram realizadas intimações para que o apelante ofertasse defesa, indicasse provas e alegações finais nos autos do processo administrativo, como evidenciam as cópias de fls. 55 a 57. Portanto, o requerente possuiu plenas oportunidades de apresentar defesa, tendo seu direito respeitado.

Noutro passo, não se vislumbra qualquer presunção de culpabilidade. O processo administrativo não foi concluído e como já exposto, a mera instauração do mesmo não significa qualquer tipo de condenação ou juízo de valor negativo. Antes, porém, trata-se de medida perfeitamente cabível de avaliação, máxime se encontradas circunstâncias não relatadas pelo autor do pedido e que possam interferir na avaliação do requisito da idoneidade moral.

Por fim, no que tange à alegação de inobservância da isonomia, por conta de outros ex-policiais que obtiveram inscrição nos quadros da OAB, impende frisar que embora os paradigmas apontados (fls. 14/15) tenham alçado a condição pretendida pelo apelante, não se demonstram nos autos o caminho percorrido para tal concessão, ou seja, não se comprova que o deferimento se deu de forma automática, sem qualquer procedimento administrativo.

E, ainda que se comprovasse tal fato, não seria por si só suficiente, porque para a demonstração da ausência de isonomia seria necessário perquirir-se ao efetuar os pedidos de inscrição os servidores públicos demitidos informaram à instituição a condição em que se encontravam e se as causas e gravidades das condutas praticadas por todos guardavam uma relação de equivalência.

Assim, à luz dos comandos legais aplicáveis à espécie na tramitação do processo administrativo disciplinar, há de ser mantida a r. sentença de primeiro grau, de improcedência do pedido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação supra.

É o meu voto.

É pacífica a orientação jurisprudencial da instância superior a dizer que não é cabível o recurso extraordinário para impugnar acórdão que tenha decidido, com base em fatos e nas provas dos autos, haja vista que a aferição do acerto ou equívoco de tal conclusão implica revolvimento do acervo fático-probatório dos autos.

A pretensão recursal, portanto, desafia o entendimento cristalizado na Súmula 279 do C. STF (*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.*), dado que a revisão do quanto decidido pressupõe inescapável reexame do arcabouço fático-probatório dos autos.

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

Int.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002218-46.2013.4.03.6104
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: RACHEL DE OLIVEIRA LOPES - SP208963-N
APELADO: SEVERINO PATROCÍNIO DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005269-09.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: VOTOCOM COMERCIAL DE COMUNICAÇÃO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
APELADO: VOTOCOM COMERCIAL DE COMUNICAÇÃO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela UNIÃO e por VOTOCOM COMERCIAL DE COMUNICAÇÃO LTDA., com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Verifica-se, inicialmente, que a matéria controvertida nos autos se amolda à discussão havida no RE nº 576.967/PR, vinculado ao tema nº 72 de Repercussão Geral, no qual se discute "a inclusão do **salário-maternidade** na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração", e ainda pendente de julgamento pelo STF.

Observo, ainda, que o presente feito envolve matéria idêntica àquela em discussão no **RE n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("Natureza jurídica do **terço constitucional de férias**, indenizadas ou gozadas, para fins de contribuição previdenciária patronal"), também pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 576.967/PR**, vinculado ao **tema n.º 72** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N.º 0005980-22.2016.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FABIO TURINI

Advogado do(a) APELANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - RJ189680-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FABIO TURINI

Advogado do(a) APELADO: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - RJ189680-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N.º 0001833-50.2016.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: JOSE ARRUDA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S

APELADO: JOSE ARRUDA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001630-25.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: JOAO JERONIMO DA SILVA FILHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
Advogado do(a) APELANTE: ANA JALIS CHANG - SP170032
APELADO: JOAO JERONIMO DA SILVA FILHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
Advogado do(a) APELADO: ANA JALIS CHANG - SP170032
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006991-57.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: ELIZIO MONTEIRO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: IDELI MENDES DA SILVA - SP299898-A
APELADO: ELIZIO MONTEIRO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: IDELI MENDES DA SILVA - SP299898-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001852-19.2014.4.03.6121
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: GERALDO BATISTADO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
APELADO: GERALDO BATISTADO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001539-97.2018.4.03.6002
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CLAUDIA MARIA ALMEIDA MELO
Advogados do(a) APELADO: AERTON MOITA FERNANDES - MA17954-A, ELY DIAS DE SOUZA - MS3341-A, TIAGO FERREIRA ORTIZ - MS20672-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000491-22.2018.4.03.6126
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: CLELIA MARIA FERREIRA REIS
Advogado do(a) APELADO: REGIS CORREADOS REIS - SP224032-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5075424-84.2018.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: HELENITA FERREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: PAULA RENATA SEVERINO AZEVEDO - SP264334-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007193-92.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ALCIDES TURINI
Advogado do(a) AGRAVADO: EVA TERESINHA SANCHES - SP107813-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000678-18.2017.4.03.6109
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GILSE JANE APARECIDA COUTINHO
Advogado do(a) APELADO: LUCIANE DE CASTRO MOREIRA - SP150011-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021573-57.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: GILBERTO CANGIRANA PEDRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002288-15.2008.4.03.6112
APELANTE: JAIR DOS SANTOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARLY APARECIDA PEREIRA FAGUNDES - MS10261-A
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO COIMBRA - SP171287-N
APELADO: JAIR DOS SANTOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: MARLY APARECIDA PEREIRA FAGUNDES - MS10261-A
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO COIMBRA - SP171287-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 6 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014757-56.2013.4.03.6100
APELANTE: ORDEM DOS MUSICOS DO BRASIL CONS REG DO EST DE SAO PAUL
Advogados do(a) APELANTE: JATYR DE SOUZA PINTO NETO - SP68853-A, THIAGO PHILLIP LEITE - SP414962-A, JOSE ROBERTO MAZETTO - SP31453-A
APELADO: B. G. PROMOCOES CULTURAIS LTDA. - EPP
Advogados do(a) APELADO: THIAGO HIDEO IMAIZUMI - SP295330-A, LUCIANO DINIZ RODRIGUES - SP320563-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000257-13.2018.4.03.6135

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: SORVETERIA WILSON LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: ANDREA ERDOSI FERREIRA PEREIRA - SP160436-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, P.A. PRODUTORES ASSOCIADOS MARCAS E PATENTES LTDA - EPP

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pela SORVETERIA WILSON LTDA - ME contra acórdão proferido por órgão fracionário deste Tribunal Regional Federal.

Alega a parte recorrente que o acórdão viola os dispositivos infraconstitucionais que aponta na peça recursal.

Decido.

O recurso não merece admissão.

Com efeito, o acórdão recorrido, atento às peculiaridades dos autos, assim decidiu:

"Inicialmente, cumpre consignar que, ainda que da decisão que indefere o pedido de gratuidade da Justiça seja possível a interposição de recurso de agravo de instrumento (artigos 1.015, V e 101, caput, primeira parte, ambos do Código de Processo Civil), verifica-se da parte final do caput do artigo 101, do Código de Processo Civil que quando a questão referente à gratuidade da justiça for resolvida na sentença, caberá recurso de apelação.

Isto posto, entendo que não merece acolhida a preliminar de inépcia arguida em contrarrazões de apelação, considerando que a leitura do conjunto da postulação torna possível a compreensão do pedido, nos termos do § 2º, do artigo 322, do Código de Processo Civil, razão pela qual o recurso deve ser conhecido e seu mérito apreciado, considerando, inclusive, que o atual ordenamento jurídico privilegia, sempre que possível, o julgamento do mérito das questões submetidas a crivo do Judiciário.

No que tange à concessão do benefício da justiça gratuita às pessoas jurídicas verifico que, antes mesmo da vigência do artigo 98, do Código de Processo Civil, que expressamente admite a referida possibilidade, já era admitida pela Jurisprudência Pátria como forma de viabilizar o direito constitucional de acesso à Justiça.

Entretanto, enquanto a alegação de hipossuficiência realizada pela pessoa natural possui presunção de veracidade (artigo 99, § 3º, Código de Processo Civil), a concessão da gratuidade da justiça à pessoa jurídica depende da efetiva comprovação da impossibilidade de arcar com os custos da demanda judicial, como se depreende dos seguintes julgados, in verbis:

"..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRECLUSÃO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PESSOA JURÍDICA. ÔNUS DE PROVAR QUE NÃO DISPÕE DE RECURSOS SUFICIENTES. 1. Trata-se de Agravo Regimental contra decisão da Presidência do STJ, que indeferiu o processamento de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, o qual, por sua vez, fora apresentado após julgamento monocrático no sentido da deserção dos Embargos de Divergência. 2. A parte não impugnou o fundamento de que "a Corte Especial deste STJ, conforme interpretação conferida ao art. 476 do CPC, decidiu que, dada a natureza preventiva do incidente de uniformização de jurisprudência, este deve ser suscitado em momento anterior ao julgamento do recurso, pois não se admite a sua utilização como novo instrumento recursal" (fl. 435). Desse modo, incide o disposto na Súmula 182/STJ. 3. A jurisprudência da Corte Especial do STJ é pacífica no sentido de que a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, tem o ônus de comprovar que não dispõe de meios suficientes para arcar com as custas judiciais como condição para que possa obter o benefício da gratuidade da justiça (AgRg no ARE no RE nos EDCI no AgRg no AREsp 518.908/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 2/2/2015; AgRg nos EREsp 1.103.391/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 23/11/2010). 4. Agravo Regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. ..EMEN: "(AEDAG 200902016342, HERMAN BENJAMIN, STJ - CORTE ESPECIAL, DJE DATA:20/06/2016...DTPB:.)

"..EMEN: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA RÉ. 1. Cuidando-se de pessoa jurídica, a concessão da gratuidade somente é admissível em condições excepcionais, se comprovada a impossibilidade de arcar com as custas do processo e os honorários advocatícios, o que não foi demonstrado nos autos. Precedentes. Impossibilidade de revisão da conclusão firmada na Corte de origem, quanto à inexistência de hipossuficiência tendente à concessão da assistência judiciária gratuita, por demandar reexame dos fatos delineados na lide. Incidência da súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. ..EMEN: "(AGARESP 201500405148, MARCO BUZZI, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:16/02/2016...DTPB:.)

"..EMEN: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. DESCABIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. PESSOA JURÍDICA SEM FINS LUCRATIVOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE PROVA DA MISERABILIDADE. REEXAME DE PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual revela-se inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, III, da Carta Magna). 2. A tese veiculada aos artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do questionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ. 3. É ônus da pessoa jurídica comprovar os requisitos para a obtenção do benefício da assistência judiciária gratuita, mostrando-se irrelevante a finalidade lucrativa ou não da entidade requerente. Precedentes. 4. Rever questão decidida com base no exame das circunstâncias fáticas da causa esbarra no óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Agravo regimental não provido. ..EMEN: "(AGARESP 201403234278, RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:27/10/2015...DTPB:.)

Outrossim, é certo que o deferimento dos benefícios da justiça gratuita é cláusula rebus sic stantibus, devendo ser analisada a situação econômica do requerente no momento do pedido e no decorrer do processo, como se pode inferir do disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE RECURSAL. REQUISITOS. REGULARIDADE FORMAL. CUSTAS. PREPARO. PORTE DE REMESSA E RETORNO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. GDAPMP. PONTUAÇÃO. AVALIAÇÃO. PENDENTE. PREVISÃO LEGAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. INEXISTÊNCIA. AUMENTO. PODER JUDICIÁRIO. VEDAÇÃO. 1. As situações jurídicas consolidadas e os atos processuais impugnados pela parte recorrente serão apreciados em conformidade com as normas do Código de Processo Civil de 1973, consoante determina o art. 14 da Lei nº 13.105/15. 2. O recolhimento das custas processuais é ato essencial ao aforamento de toda e qualquer demanda, sem o qual os serviços judiciários não poderão ser prestados, exceto nos casos expressos em lei. 3. Nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil de 1973, é ônus da parte recorrente a comprovação do recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e retorno, quando da interposição do recurso, sob pena de deserção, a qual, todavia, restou afastada na presente hipótese. 4. A questão atinente à assistência judiciária gratuita está sujeita à incidência da cláusula rebus sic stantibus. Não houve qualquer alegação ou comprovação de alteração do status econômico-financeiro da apelante, apto a ensejar a concessão do benefício pretendido, o qual somente veio a ser formulado em sede recursal, após a distribuição dos correspondentes ônus sucumbenciais. 5. Nos termos do artigo 6º da Lei 1.060/50, anteriormente à revogação pela Lei 13.105/2015, o pedido de concessão do benefício, formulado no curso do processo, deveria observar procedimento específico. 6. (...) "(AC 00091451120114036100, JUÍZA CONVOCADA NOEMI MARTINS, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL. ADMISSIBILIDADE RECURSAL. REQUISITOS. REGULARIDADE FORMAL. CUSTAS. PREPARO. PORTE DE REMESSA E RETORNO. AUSÊNCIA NO ATO DA INTERPOSIÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU, CONFIRMADO POR ESTA CORTE. 1. Nos termos do art. 511 do CPC/73, o recorrente deve comprovar o recolhimento das custas de preparo e do porte de remessa e retorno no ato de interposição do recurso, anexando a respectiva guia à petição recursal, sob pena de preclusão e, conseqüentemente, deserção do recurso. 2. No caso dos autos, os apelantes deixaram de juntar a guia de recolhimento do porte de remessa e de retorno quanto do protocolo do recurso, afirmando que o recolhimento seria desnecessário, tendo em vista estar-se discutindo nestes autos justamente o preenchimento dos requisitos legais para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. 3. Equívoca-se a parte apelante ao afirmar que a própria sentença recorrida estaria discutindo a respeito do fato de fazer ou não jus aos benefícios da justiça gratuita, já que a questão foi objeto de decisão interlocutória, submetida a recurso específico, sem sucesso, contudo. 4. Embora a questão atinente à assistência judiciária gratuita esteja sujeita à incidência da cláusula rebus sic stantibus, não houve qualquer alegação ou comprovação quanto à alteração do status econômico-financeiro da apelante apto a ensejar a alteração do posicionamento adotado no curso do processo pelo Juízo a quo e confirmado por esta Corte. 5. (...) "(AC 00038808220124036103, JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO: e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/06/2017.)

Isto posto, verifico que, no caso concreto, a apelante colacionou documento denominado "Rel. Sintético Nacional" (fls. 468/470) onde constam diversos títulos protestados, no período de outubro de 2010 a março de 2013, cujos valores oscilam entre R\$ 150,00 e 4.894,34, bem como a existência de duas duplicatas não pagas (julho/2010) cujos valores são de R\$ 80,20 e R\$ 87,84 e duas execuções fiscais distribuídas em outubro (R\$ 172.214,15) e novembro (R\$ 19.401,99) de 2012.

Em sua decisão e fls. 501/505 o Juízo sentenciante entendeu que a soma do valor dos débitos comprovados pela autora no supracitado documento são irrisórios quando comparados com o valor dado à causa (R\$ 500.000,00, posteriormente reduzidos para R\$ 400.000,00 - fls. 499/499verso), razão pela qual não restaria comprovada a hipossuficiência da parte a justificar a concessão da Justiça Gratuita.

Ora, verifica-se que a presente ação foi proposta originariamente perante a Justiça Estadual, ocasião em que as custas foram devidamente recolhidas (27/02/2014 - fls. 112/113 e fls. 465).

Insta ressaltar que os débitos trazidos pela parte Autora em seu relatório são anteriores à propositura da presente ação e, em nenhum momento impediram o regular recolhimento das custas perante o Juízo incompetente, como admitido pela própria autora na manifestação de fls. 499/499verso, da qual transcrevo o seguinte excerto:

"(...) Ademais, consigno-se que, em momento anterior à distribuição da presente ação na esfera desta Justiça Federal, a Autora se encontrava em uma situação financeira um tanto quanto melhor e, que de uns meses para cá sua situação financeira só piorou, o que é de fato público e notório, o que vem ocorrendo também em nossa cidade, com vários prédios fechados, com placas de ALUGA-SE ou VENDE-SE, com inúmeros comércios fechados nos últimos meses, vítimas da crise financeira que, acomete todo nosso País, e, que a Autora às duras penas vem tentando se manter com abusivo e, inúmeros impostos que necessita desembolsar mês a mês, para ao menos tentar se manter, dada a crise financeira que assola todo o nosso País..." (fls. 499verso)

Destarte, considerando que o deferimento da Justiça Gratuita à Pessoa Jurídica depende da efetiva comprovação de hipossuficiência, e que não há, nos autos, qualquer elemento de prova no sentido de que a situação financeira da Apelante tenha se deteriorado no decorrer da presente demanda, não se mostra suficiente a mera alusão à existência de uma crise econômica de âmbito nacional para que seja deferida a gratuidade da Justiça.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação, mantendo, integralmente, a decisão de primeiro grau."

Verifica-se que, a pretexto de alegar violações à lei federal, a parte recorrente pretende rediscutir a justiça da decisão em seu contexto fático-probatório.

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

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

Int.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038092-37.1995.4.03.6100
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A., PINE INVESTIMENTOS DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SERGIO FARINA FILHO - SP75410-A
Advogados do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: LEASING BMC S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL, BANCO DE INVESTIMENTOS BMC S.A., PINE INVESTIMENTOS DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS LTDA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - DIREITO SUPERVENIENTE.

1. O art. 462, do Código de Processo Civil, permite, ao juiz, tomar em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, fato constitutivo, modificativo ou extintivo de direito, que possa influir no julgamento da lide.

2. Embargos acolhidos, para determinar a incidência da taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996, excluídos quaisquer outros índices de correção monetária ou juros de mora.

Opostos embargos de declaração para alegar a ocorrência de erro material, os mesmos foram rejeitados.

Em seu recurso excepcional, a recorrente alega, em síntese, violação ao art. 535 e 463, I, do CPC.

Foram apresentadas contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Não há que se falar em eventual violação aos artigos 535 e 463, I, do CPC/73, porquanto o acórdão recorrido enfrentou o cerne da controvérsia submetida ao Judiciário, consistindo em resposta jurisdicional plena e suficiente à solução do conflito e à pretensão das partes.

O acórdão que julgou os embargos de declaração, por sua vez, bem esclareceu a inexistência de erro material, nos seguintes termos:

Ao contrário do que afirma a embargante o v. Acórdão não decidiu pela inaplicabilidade do IPC referente ao período de fevereiro de 1989 a maio de 1990, em razão da inexistência de comprovação de recolhimentos do PIS neste período.

A r. sentença reconheceu o direito da autora compensar os valores recolhidos indevidamente a título de PIS, acrescidos de correção monetária com a aplicação dos índices relativos ao IPC de fevereiro/89 (10,14%), abril/90 (44,80%), maio/90 (7,87%), fevereiro/91 (21,87%), além da correção e juros previstos pelo Provimento 24/97, da Corregedoria Geral do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 148/154).

Somente a União interpôs recurso de apelação (fls. 167/171).

Dessa forma, o julgado não se manifestou sobre a utilização de outros índices, além dos concedidos na r. sentença, porque a embargante não pleiteou a sua aplicação. O julgamento não pode ir além do pedido.

Não se confunde a existência de erro material com simples julgamento desfavorável à parte, hipótese em que não existe a alegada ofensa aos arts. 535 e 463, I, CPC/73. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. OMISSÃO NÃO CONSTATADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso. 2. A parte embargante, na verdade, deseja a rediscussão da matéria, já julgada de maneira inequívoca. Essa pretensão não está em harmonia com a natureza e a função dos embargos declaratórios prevista no art. 1022 do CPC.3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt no AREsp 874.797/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 09/08/2016)

CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. ARTIGO 535, DO CPC. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ABATIMENTO. SEGURO DPVAT. INOVAÇÃO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 283 E 284-STF. VALOR. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. JUROS DE MORA. ARTIGOS 1.062, DO CC/16, E 406, DO CC. DESPROVIMENTO.

I. "Não se verificou a suposta violação ao art. 535, CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente tratadas. Outrossim, inexistiu ofensa aos arts. 165 e 458, II, e III, do mesmo diploma legal, tendo em vista que o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos colacionados pelas partes para expressar o seu convencimento, bastando, para tanto, pronunciar-se de forma geral sobre as questões pertinentes para a formação de sua convicção." (4ª Turma, AgRg no Ag 619312/MG, Rel. Min. Jorge Scartezini, unânime, DJ 08.05.2006 p.217).

(...)

VI. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp n.º 886.778/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011)

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

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5879989-24.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LEONILDA APARECIDA RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: RAYNER DA SILVA FERREIRA - SP201981-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022398-98.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: PAULA MARCIA ABATE
Advogado do(a) AGRAVANTE: GISLANDIA FERREIRA DA SILVA - SP117883-A
AGRAVADO: FUNDACAO DOS ECONOMIARIOS FEDERAIS FUNCEF, CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogados do(a) AGRAVADO: JUSUVENNE LUIS ZANINI - RJ130686, LUIZ FERNANDO PINHEIRO GUIMARAES DE CARVALHO - SP361409-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0008791-41.2011.4.03.6114
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: TELMA CELI RIBEIRO DE MORAES - SP89174-N
APELADO: WALTER SOUZA OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: ALFREDO SIQUEIRA COSTA - SP189449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003114-25.2018.4.03.6105
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANDORINHA COMERCIAL EIRELI
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO GARCIA DE LIMA - SP128031-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026803-56.2018.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE ROBERTO ZACARONE
Advogados do(a) APELADO: ANDREIA XIMENES - SP122040-N, IVANIA APARECIDA GARCIA - SP153094-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000090-27.2017.4.03.6136
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELETRO METALURGICA VENTI DELTA LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELLO PEDROSO PEREIRA - SP205704-A, RODRIGO RAMOS DE ARRUDA CAMPOS - SP157768-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028533-71.2010.4.03.9999
APELANTE: MARIA ANTONIA SOUTO CAVAZZANA
Advogado do(a) APELANTE: ODENEY KLEFENS - SP21350-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: ELCIO DO CARMO DOMINGUES - SP72889
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001667-96.2008.4.03.6183
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LENITA FREIRE MACHADO SIMAO - SP245134-B
APELADO: JURANDIR ROQUE CUSTODIO
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO DE LIMA JARDIM - MS1047
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5061207-36.2018.4.03.9999
APELANTE: JOAO PEREIRA DA COSTA
Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIO LUCAS RODRIGUES PLACIDO - SP224718-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003137-84.2017.4.03.0000
AGRAVANTE: ARANTES ALIMENTOS LTDA EM RECUPERACAO JUDICIAL
Advogados do(a) AGRAVANTE: LEANDRO MARTINHO LEITE - SP174082-A, LAURINDO LEITE JUNIOR - SP173229-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5157772-28.2019.4.03.9999
APELANTE: JORGE LUIZ VILELA
Advogado do(a) APELANTE: ELIAS DE SOUZA BAHIA - SP139522-N

APELADO:INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5480257-46.2019.4.03.9999

APELANTE:INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA APARECIDA FERREIRA DA CRUZ

Advogado do(a) APELADO: SONIA BALSEVICIUS - SP150258-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019221-96.2017.4.03.6100

APELANTE: FFMS EMPREENDIMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CELIO LUIS GALVAO NAVARRO - SP358683-A, CARLA SUELI DOS SANTOS - SP132545-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011123-21.2019.4.03.0000

AGRAVANTE:INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: AMANDA MARIA DOS ANJOS BRAZ

Advogado do(a) AGRAVADO: HAROLDO BIANCHI FERREIRA DE CARVALHO - SP126359-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009492-42.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: CLEUSA APARECIDA DA SILVA CODONHO
Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO BASSOLI GANARANI - SP213210-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002433-16.2014.4.03.6127
APELANTE: CLARICE LOPES TEODORO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: EMERSOM GONCALVES BUENO - SP190192-N, RICARDO ROCHA MARTINS - SP93329-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CLARICE LOPES TEODORO
Advogados do(a) APELADO: RICARDO ROCHA MARTINS - SP93329-A, EMERSOM GONCALVES BUENO - SP190192-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0022747-36.2016.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VALDECIR CARDOSO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011693-73.2016.4.03.6119
APELANTE: JOSUEL BRANCHINI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ELECIR MARTINS RIBEIRO - SP126283-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOSUEL BRANCHINI
Advogado do(a) APELADO: ELECIR MARTINS RIBEIRO - SP126283-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5764597-36.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CLAUDINEI CORREA
Advogados do(a) APELADO: MARIANA MARTINS - SP361788-N, LIDIA FERNANDES LINARES - SP427522-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5795019-91.2019.4.03.9999
APELANTE: APARECIDA ANTONIA ROSA GONCALVES
Advogados do(a) APELANTE: LUPERCIO PEREZ JUNIOR - SP290383-N, THIAGO BAESSO RODRIGUES - SP301754-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5788320-84.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: INES APARECIDA ZANOBI
Advogado do(a) APELADO: MARIA ADRIANA DE OLIVEIRA - SP322504-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5676420-96.2019.4.03.9999
APELANTE: NELSON ELIAS CHAIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE MIRANDA MORAES - SP263318-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, NELSON ELIAS CHAIM
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE MIRANDA MORAES - SP263318-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000933-22.2017.4.03.6126
APELANTE: JOSE NILTON PEREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELANTE: WILSON MIGUEL - SP99858-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, JOSE NILTON PEREIRA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: WILSON MIGUEL - SP99858-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5668397-64.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE BENEDITO DA CUNHA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ BRUNO - SP259028-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010621-82.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ELISA PAULETO ZANA
Advogados do(a) AGRVADO: EDVALDO LUIZ FRANCISCO - SP99148-N, WADIH JORGE ELIAS TEOFILO - SP214018-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5706672-82.2019.4.03.9999
APELANTE: MARIAALICE JORDANI CARDIM
Advogado do(a) APELANTE: LEANDRO FERNANDES DE CARVALHO - SP154940-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001092-04.2018.4.03.6134

APELANTE: PAULO REPPERINO

Advogados do(a) APELANTE: CRISTINA DOS SANTOS REZENDE - SP198643-A, MARCELA JACOB - SP282165-A, BRUNA FURLAN GALLO - SP369435-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5155212-79.2020.4.03.9999

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JORGE BRAZ FELIS

Advogado do(a) APELADO: SILVIA ESTELA SOARES - SP317243-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000664-34.2017.4.03.6109

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: PATROCÍNIA MATHEUS

Advogado do(a) APELADO: ANTONIO EDUARDO MARTINS - SP238942-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003134-08.2017.4.03.9999

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MANOELA NERIS

Advogado do(a) APELADO: WYLSON DA SILVA MENDONÇA - MS15820-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016994-32.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA APARECIDA RODRIGUES SILVERIO
Advogado do(a) AGRAVADO: HELTON ALEXANDRE GOMES DE BRITO - SP131395-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5717986-25.2019.4.03.9999
APELANTE: MARIA JOSE ROSSI SANCHES
Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA DAIANA DE SOUSA VIANA - SP297398-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002210-14.2014.4.03.6111
APELANTE: JOAQUIM GILBERTO SOARES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LARISSA TORIBIO CAMPOS - SP268273-A
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO KENSHO NAKAJUM - SP201303-N
APELADO: JOAQUIM GILBERTO SOARES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: LARISSA TORIBIO CAMPOS - SP268273-A
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO KENSHO NAKAJUM - SP201303-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002307-96.2017.4.03.6183
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FRANCISCO DE PAULO MARTINS
Advogado do(a) APELADO: ALAN VIEIRA ISHISAKA - SP336198-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5898259-96.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANEDINA NERY DA SILVA VIEIRA
Advogado do(a) APELADO: CAMILA SEGURA GABRIEL - SP362061-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 6071288-90.2019.4.03.9999
APELANTE: JOAO DE SOUZA GOMES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: VALMIR DOS SANTOS - SP247281-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOAO DE SOUZA GOMES
Advogado do(a) APELADO: VALMIR DOS SANTOS - SP247281-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0011459-98.2013.4.03.6183
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JORGE XAVIER BRASILEIRO
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5228745-08.2019.4.03.9999

APELANTE: NEUSABORGES DA SILVA SOUSA
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO RICARDO VITALINO - SP308837-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036864-66.2015.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LEANDRO MARTINS MENDONÇA - SP147180-N
APELADO: APARECIDA MARIA BORGES
Advogado do(a) APELADO: GEANDRA CRISTINA ALVES PEREIRA - SP194142-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009250-73.2011.4.03.6104
APELANTE: JOFEGE FIAÇÃO E TECELAGEM LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO DE CARVALHO - SP90460-N
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000404-36.2017.4.03.6115
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: COSTAPACKING INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: GLAUCO SANTOS HANNA - SP217026-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000424-45.2017.4.03.6109
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRAND TEXTIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUCAS DE ARAUJO FELTRIN - SP274113-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002164-05.2017.4.03.6120
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: HELIO CASUSCELLI FILHO
Advogado do(a) APELADO: LUCIANE DE CASTRO MOREIRA - SP150011-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003754-10.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HOSPITAL BOM SAMARITANO S/S LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ROSANE APARECIDA NASCIMENTO VIEIRA - SP234497
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0039969-80.2017.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA JOSE DA ROSA
Advogado do(a) APELADO: ANA MARIA FRIAS PENHARBEL - SP272816-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012749-45.2018.4.03.6100
APELANTE: CILASI ALIMENTOS S/A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: CELSO NOBUO HONDA - SP260940-A, TOSHIO HONDA - SP18332-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CILASI ALIMENTOS S/A
Advogados do(a) APELADO: CELSO NOBUO HONDA - SP260940-A, TOSHIO HONDA - SP18332-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003564-53.2018.4.03.6109
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SYNTAX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: MARCELO APARECIDO PARDAL - SP134648-A, LEANDRO HENRIQUE BOSSONARIO - SP293836-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000594-77.2019.4.03.6131
APELANTE: MM 18 LANCHONETE LTDA - ME, CLAUDIO APARECIDO ALVARINHO DELGADO, ANA CLARA PEREIRA DELGADO, ANA JULIA PEREIRA DELGADO
Advogado do(a) APELANTE: CASSIANO PILAN - SP199326-A
Advogado do(a) APELANTE: CASSIANO PILAN - SP199326-A
Advogado do(a) APELANTE: CASSIANO PILAN - SP199326-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogados do(a) APELADO: RODRIGO TRASSI DE ARAUJO - SP227251-A, MARCELO OUTEIRO PINTO - SP150567-A, LUCIANA OUTEIRO PINTO ALZANI - SP190704-A, CRISTINA OUTEIRO PINTO - SP247623-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025904-48.2019.4.03.0000
AGRAVANTE: DANIEL DE SOUSA MENDES
Advogados do(a) AGRAVANTE: RODOLFO GAETAARRUDA - SP220966-A, RAPHAEL BARBOSA JUSTINO FEITOSA - SP334958-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000054-63.2018.4.03.6131
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
APELANTE: VALDIR GONZALEZ PAIXAO JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL TOLEDO FERNANDES DE SOUZA - SP260502-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: ANDERSON CHICORIA JARDIM - SP249680-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010740-14.2017.4.03.0000
AGRAVANTE: XV AUTO POSTO LTDA, MARINEI VAL GROSSO MOREIRA, CARLOS AUGUSTO MOREIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANILO HORA CARDOSO - SP259805-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANILO HORA CARDOSO - SP259805-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANILO HORA CARDOSO - SP259805-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001424-50.2017.4.03.6119
APELANTE: CRISTIANE ARAUJO DA SILVA
Advogados do(a) APELANTE: NATALIA ROXO DA SILVA - SP344310-A, ROBSON GERALDO COSTA - SP237928-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogados do(a) APELADO: ANA PAULA TIERNO ACEIRO - SP221562-A, HELENA YUMY HASHIZUME - SP230827-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000714-79.2016.4.03.6114
APELANTE: TORA SERVICOS ADMINISTRATIVOS EIRELI - EPP, LUCIA KAZUE AKIOKA NAGIMA, ERICA SAEMI NAGIMA, LAILA LIE NAGIMA
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO XIMENES - PR53626-A
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO XIMENES - PR53626-A
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO XIMENES - PR53626-A
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO XIMENES - PR53626-A

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade e representação processual. Certifico, ainda, que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025534-06.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: FIRE COMERCIO DE FERROS FUNDIDOS E SERVICOS DE USINAGEM LTDA, MARIO CESAR MENDES, CLOVIS PENTEADO DE CASTRO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015054-03.2017.4.03.0000
AGRAVANTE: DEJAIR PEREIRA DAS CHAGAS

Advogados do(a) AGRAVANTE: DEILUCAS SOUZA SANTOS - SP378040-A, MARCELO DE ANDRADE TAPAI - SP249859-A, GISELLE DE MELO BRAGA TAPAI - SP135144-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico a regularidade formal do(s) recurso(s) excepcional(ais) interposto(s) nestes autos quanto à tempestividade, preparo e representação processual.

VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5788308-70.2019.4.03.9999

APELANTE: CLAUDIO CORREA LIMA

Advogados do(a) APELANTE: ISIDORO PEDRO AVI - SP140426-N, MARIA SANTINA CARRASQUI AVI - SP254557-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020858-80.2011.4.03.6100

APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

APELADO: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003878-83.1996.4.03.6100

APELANTE: HAROLDO RODRIGUES DE AZEVEDO, MANOEL CORDEIRO DOS SANTOS, MARIA DARCY SPAGNOL, MARIA FERNANDA BRANCO DE ALMEIDA, ROSELAINE VICENTIM, CECILIA ARANHA BARBOSA

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS - SP128336-A

APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL, ITAU UNIBANCO S/A

Advogado do(a) APELADO: DANIEL AMORIM ASSUMPCAO NEVES - SP162539-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004084-43.2009.4.03.6100

APELANTE: KINGA EMESE TUMBASZ

Advogado do(a) APELANTE: ROBERSON BATISTA DA SILVA - SP154345-N

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: RODRIGO OTAVIO PAIXAO BRANCO - SP245526-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001825-05.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: SUL AMERICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIA VIRGINIA CARVALHO PEREIRA DE MELO - PE20670-A

AGRAVADO: ODETE DIAS DA SILVA DO PRADO

INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008289-70.2013.4.03.6102
APELANTE: MARIADO CARMO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: GLAUBER RAMOS TONHAO - SP190216-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0651438-89.1984.4.03.6100
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: ALBERTO DE PINEDO TURANO
Advogado do(a) APELADO: PAULO ROBERTO LAURIS - SP58114-A

DECISÃO

I - Recurso Especial

Trata-se de recurso especial interposto pela parte ré contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

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

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

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. - TESES JURÍDICAS FIXADAS.

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

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

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

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

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

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

QUATRO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO. REQUERIMENTO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS INDEFERIDO.

1. O acórdão embargado contém fundamentação apta e suficiente a resolver todos os pontos do Recurso Extraordinário. 2. Ausentes omissão, contradição, obscuridade ou erro material no julgado, não há razão para qualquer reparo. 3. A respeito do requerimento de modulação de efeitos do acórdão, o art. 27 da Lei 9.868/1999 permite a estabilização de relações sociais surgidas sob a vigência da norma inconstitucional, com o propósito de prestigiar a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima depositada na validade de ato normativo emanado do próprio Estado. 4. Há um juízo de proporcionalidade em sentido estrito envolvido nessa excepcional técnica de julgamento. A preservação de efeitos inconstitucionais ocorre quando o seu desfazimento implica prejuízo ao interesse protegido pela Constituição em grau superior ao provocado pela própria norma questionada. Em regra, não se admite o prolongamento da vigência da norma sobre novos fatos ou relações jurídicas, já posteriores à pronúncia da inconstitucionalidade, embora as razões de segurança jurídica possam recomendar a modulação com esse alcance, como registra a jurisprudência da CORTE. 5. Em que pese o seu caráter excepcional, a experiência demonstra que é próprio do exercício da Jurisdição Constitucional promover o ajustamento de relações jurídicas constituídas sob a vigência da legislação invalidada, e essa CORTE tem se mostrado sensível ao impacto de suas decisões na realidade social subjacente ao objeto de seus julgados. 6. Há um ônus argumentativo de maior grau em se pretender a preservação de efeitos inconstitucionais, que não vislumbro superado no caso em debate. **Prolongar a incidência da TR como critério de correção monetária para o período entre 2009 e 2015 é incongruente com o assentado pela CORTE no julgamento de mérito deste RE 870.947 e das ADIs 4357 e 4425, pois virtualmente esvaía o efeito prático desses pronunciamentos para um universo expressivo de destinatários da norma.** 7. As razões de segurança jurídica e interesse social que se pretende prestigiar pela modulação de efeitos, na espécie, são inteiramente relacionadas ao interesse fiscal das Fazendas Públicas devedoras, o que não é suficiente para atribuir efeitos a uma norma inconstitucional. 8. Embargos de declaração todos rejeitados. Decisão anteriormente proferida não modulada. (destaque nosso)

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

REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral.

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

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 15.3.2005.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral da questão relativa à incidência do ICMS na importação de bens por meio de arrendamento mercantil, RE 540.829-RG/SP. No sistema da repercussão geral, a decisão proferida no *leading case* deve ser aplicada a todos os recursos análogos, independentemente dos fundamentos específicos que os sustentam. O que releva é a questão constitucional decidida, não a causa pretendi do apelo extremo. Concluído o julgamento do paradigma, cabe aos Tribunais de origem apreciar os recursos sobrestados, nos termos do art. 543, § 3º, do CPC, considerando o contexto fático-probatório dos autos. Agravo regimental, ao qual se nega provimento.

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

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

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

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

Pelas razões colocadas, não remanesce possibilidade alguma de acolhimento da tese em favor da parte recorrente, alternativa àquelas já firmadas pela colenda Corte Especial.

Arte do exposto, **nego seguimento** ao recurso especial.

Int.

DECISÃO

II - Recurso Extraordinário

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela parte ré contra acórdão proferido por Turma Julgadora deste Tribunal Regional Federal.

Decido.

O recurso não merece seguimento.

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

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

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

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

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

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

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

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

Int.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029676-53.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. Vice Presidência
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ISABEL CRISTINA BAFUNI - SP224760-N
AGRAVADO: ANTENOR CARLOS DI FALCHI
Advogado do(a) AGRAVADO: CESAR EDUARDO LEVA - SP270622-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, vinculados ao **tema 1018**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003143-28.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: OSVALDO LUIZ DE AZEVEDO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FABIOLA DA ROCHA LEAL DE LIMA - PR61386-A
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA GUELFY PEREIRA FORNAZARI - SP172050
APELADO: OSVALDO LUIZ DE AZEVEDO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: FABIOLA DA ROCHA LEAL DE LIMA - PR61386-A
Advogado do(a) APELADO: FERNANDA GUELFY PEREIRA FORNAZARI - SP172050
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0011404-16.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA CARDIERI PELIZZER - SP140086
APELADO: JOSE VITOR DE PAIVA
Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010436-83.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: ESIO BERTIN DE CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS - SP303448-A
Advogado do(a) APELANTE: ANA JALIS CHANG - SP170032
APELADO: ESIO BERTIN DE CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS - SP303448-A
Advogado do(a) APELADO: ANA JALIS CHANG - SP170032
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0001990-23.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: JESU VIEIRA
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0003566-85.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: ELZA GEOVANINI BOMFIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
APELADO: ELZA GEOVANINI BOMFIM, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0011741-68.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: DOMINGOS FERREIRA DE CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: DOMINGOS FERREIRA DE CAMARGO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0004439-85.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: SILVIO ROMOALDO
Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5407475-41.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LENILDA RAIMUNDA DA CONCEICAO GOMES
Advogados do(a) APELADO: MARCIO ROGERIO PRADO CORREA - SP301341-N, LOURDES LOPES FRUCRI - SP304763-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão tratada no presente recurso especial é objeto da Controvérsia nº 51/STJ, criada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, com o escopo de verificar a aplicação, revisão ou distinção do Tema nº 692/STJ, objetivando a definição da tese consistente em ser devida, ou não, a devolução pelo litigante beneficiário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, dos valores percebidos do INSS em virtude de decisão judicial de natureza precária, que venha a ser posteriormente revogada.

Ante o exposto, determino a suspensão do exame de admissibilidade do recurso especial até o deslinde final da questão.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008678-35.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ARLINDO MARTINS VIEIRA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO - SP245134-B
Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ARLINDO MARTINS VIEIRA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS FREDERICO REINA COUTINHO - SP245134-B
Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005479-05.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: OSWALDO DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: WILSON HARUAKI MATSUOKA JUNIOR - SP210114
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0002502-30.2014.4.03.6133
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: MARIA BENEDITA SILVA BERA
Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: LIGIA CARLA MILITAO DE OLIVEIRA MORANGONI - SP270022-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0000142-05.2016.4.03.6117
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VALDIR APARECIDO FERREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: LUIZ FREIRE FILHO - SP67259-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1786590/SP e 1788700/SP, vinculados ao Tema 1013, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0020499-97.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OVIDIA DA SILVA JEREMIAS
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA DELFINO ORTIZ - SP165156-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1786590/SP e 1788700/SP, vinculados ao Tema 1013, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0013670-66.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FERNANDO HENRIQUE SILVA ALVES
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA SILVEIRA COLMANETTI - SP167433-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1786590/SP e 1788700/SP, vinculados ao **Tema 1013**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5676476-32.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SHIRLEY MATULOVIC DOMINGUES
Advogado do(a) APELADO: CAIO MESSIAS DE MORAIS FALEIROS - SP352142-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1786590/SP e 1788700/SP, vinculados ao **Tema 1013**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0003822-91.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DIONIZIA CAMPOS LAZARO
Advogado do(a) APELADO: ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Por ora, determino a suspensão do feito até o julgamento final dos REsp 1.761.874/SC, Resp 1.766.553/SC e Resp 1.751.667/RS, vinculados ao tema nº 1.005, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006330-75.2010.4.03.6100
APELANTE: THAIS MASCARENHAS PRESTES, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO MASCARENHAS - SP285341
Advogados do(a) APELANTE: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - DF29008-A, GUSTAVO VALTES PIRES - SP381826-S
APELADO: THAIS MASCARENHAS PRESTES, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO MASCARENHAS - SP285341
Advogados do(a) APELADO: MAIRA SELVA DE OLIVEIRA BORGES - DF29008-A, GUSTAVO VALTES PIRES - SP381826-S
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001602-70.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: R.N. MONTAGEM INDUSTRIAL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO XAVIER DE ANDRADE - SP351311-A
APELADO: GERENTE REGIONAL DO TRABALHO E EMPREGO EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **R. N. MONTAGEM INDUSTRIAL LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de **bases econômicas** para delimitação da competência relativa à **instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001**".

A **generalidade da redação conferida ao tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a **análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas**. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigma é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas em análise.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do tema n.º 325 na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prossegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora"
(STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019) (Grifêi).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1.º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o esgotamento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissão do julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n. 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes aclaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese – (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, em face do esgotamento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 – encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos declaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora. (STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0015248-68.2010.4.03.6100

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: METALSA BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE AUTOPECAS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: SYLVIO FERNANDO PAES DE BARROS JUNIOR - SP50371-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **METALSA BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AUTOPEÇAS LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A questão tratada no presente recurso é objeto do **RE n.º 630.898/RS**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 495** de Repercussão Geral, no qual se discute a "Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da **Emenda Constitucional n.º 33/2001**"), e pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 630.898/RS**, vinculado ao **tema n.º 495** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003870-34.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: HIDROALL DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: OTAVIO CIRVIDIU BARGERI - SP310231-A, ROSEMEIRE PEREIRA LOPES - SP193477-A, HIGINO EMMANOEL - SP114211-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **HIDROALL DO BRASIL LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5896918-35.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: MARCIA APARECIDA DE PROENÇA BALDUINO

Advogados do(a) APELANTE: LARISSA BORETTI MORESSI - SP188752-A, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, ANA CLAUDIA DE MORAES BARDELLA - SP318500-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

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

Por ora, determino o sobrestamento do processo até decisão definitiva nos Recursos Especiais 1786590/SP e 1788700/SP, vinculados ao **Tema 1013**, que versa sobre a matéria tratada nos presentes autos.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000091-10.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: SANTOS BRASIL LOGISTICA S.A.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A, MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **SANTOS BRASIL LOGISTICA S.A.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de **bases econômicas** para delimitação da competência relativa à **instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001**".

A **generalidade da redação conferida ao tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a **análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas**. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigma é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas em análise.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do tema n.º 325 na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prossegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora"

(STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PÚBLIC 26/02/2019) (Grifei).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1.º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissão do julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n. 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes aclaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese – (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, em face do exaurimento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 – encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos declaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora. (STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000631-58.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: EMPRESA EXPRESSO SAO BERNARDO DO CAMPO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A

APELADO: GERENTE REGIONAL DO TRABALHO E EMPREGO EM SAO BERNARDO DO CAMPO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **EMPRESA EXPRESSO SÃO BERNARDO DO CAMPO LTDA**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Nos autos do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral), se discute a "Indicação de bases econômicas para delimitação da competência relativa à instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001").

A generalidade da redação conferida ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral pelo STF indica ainda a disposição da Suprema Corte para a análise da base econômica possível das exações em tese, com aplicação a todas as contribuições sociais gerais e interventivas. Ainda que assim não fosse, a tese jurídica a ser fixada no recurso paradigma é essencialmente a mesma, não havendo como negar a sua inexorável influência na solução das discussões postas emanadas.

Mais ainda, o próprio STF vem determinando a aplicação do **tema n.º 325** na controvérsia envolvendo a constitucionalidade da contribuição ao FNDE - tributo cuja natureza jurídica, segundo a própria Suprema Corte, é de contribuição social geral (RE n.º 272.942 AgR/RS e RE n.º 280.140 ED/RS) - em face do advento da EC n.º 33/01. Por oportuno, confira-se:

"Vistos etc. Trata-se de recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de origem nos seguintes termos: "Em seu recurso excepcional, a recorrente alega violação: i) ao artigo 93, IX, da Constituição Federal, em razão das omissões não sanadas no v. acórdão; e ii) aos artigos 5º, XXXVI, 149, § 2º, III, "a", e 212, § 5º, da Constituição Federal, uma vez que as normas que estabelecem a exação em tela teriam sido revogadas pela Emenda Constitucional n.º 33/2001. É o relatório. Decido. Pressupostos recursais presentes. Apesar de o E. Supremo Tribunal Federal ter decidido, no RE n.º 660.933/SP, que a contribuição denominada salário-educação é constitucional, a Suprema Corte não analisou colegiadamente a tese acerca de sua revogação pela Emenda Constitucional n.º 33/2001." Verifica-se similitude da controvérsia com o Tema n.º 325/STF, tratado no RE 603.624-RG, além de suscitada também nas razões do RE 630.898-RG (Tema n.º 495/STF), conforme relatado na manifestação de existência de repercussão geral: "Sustenta a recorrente afronta ao art. 149 da Constituição Federal... (...) "Prossegue sustentando que, com o advento da Emenda Constitucional n.º 33/01, que modificou o art. 149 da Constituição Federal, foram revogadas todas as contribuições instituídas pela União Federal com bases de cálculo distintas daquelas previstas no inciso III do § 2º da citada norma constitucional, pois referida emenda constitucional trouxe substanciais inovações no regramento das contribuições interventivas, delimitando e estabelecendo rigidamente as bases materiais suscetíveis de sua incidência." Esta Suprema Corte tem sobrestado os recursos em casos semelhantes. Cito: RE 1004827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018, RE 1112871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018, RE 1049397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018, RE 1031213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017, RE 1048486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017, e o RE 1004427, de minha lavra, DJe 01.3.2017. O art. 328 do RISTF autoriza a devolução dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento aos Tribunais ou Turmas Recursais de origem para os fins previstos no Código de Processo Civil, relativos à sistemática da repercussão geral. Devolvam-se os autos à Corte de origem. Publique-se. Brasília, 13 de fevereiro de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora" (STF, RE n.º 1.180.281, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 13/02/2019, publicado em DJe-039 DIVULG 25/02/2019 PUBLIC 26/02/2019) (Grifei).

No mesmo sentido, podem ser mencionados ainda os seguintes precedentes: RE n.º 1.004.827, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 03.5.2018; RE n.º 1.112.871, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.4.2018; RE n.º 1.049.397, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.02.2018; RE n.º 1.031.213, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 26.6.2017 e RE n.º 1.048.486, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16.6.2017.

Especificamente no que atine à controvérsia acerca da **constitucionalidade da contribuição social instituída pelo art. 1.º da LC n.º 110/01 à luz EC n.º 33/01** - tributo que, novamente segundo a Suprema Corte, ostenta feição de **contribuição social geral** (ADI n.º 2.556-MC e RE 535.041 AgR) -, além das razões já expendidas, verifica-se precedente do próprio STF a perfilar a tese até aqui exposta, o qual, pela relevância, transcrevo no trecho pertinente:

"Vistos etc. Trata-se de embargos de declaração opostos de decisão monocrática, da minha lavra, mediante a qual aplicada a sistemática da repercussão geral com fundamento no RE 878.313-RG, em que examinada "a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo - custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original" (Tema 846). Os embargantes alegam omissão do julgado. Argumentam que "o acórdão paradigma apenas trata de dois dos três argumentos apresentados pela recorrente, quais sejam o esgotamento e o desvio de finalidade da Contribuição instituída pelo artigo 1º da Lei Complementar n. 110/2001". Acrescentam que a decisão embargada não cuidou "da inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo da contribuição social ao FGTS, em virtude da edição da Emenda Constitucional n. 33 de dezembro de 2001, a qual preceitua que as aludidas contribuições, devem, necessariamente, ter por base de cálculo a receita bruta, o faturamento, o valor da operação ou o valor aduaneiro". [...] É o relatório. Decido. Satisfeitos os pressupostos extrínsecos, passo à análise do mérito dos aclaratórios, opostos já na vigência do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). O art. 1.022 do CPC/2015 admite embargos de declaração "contra qualquer decisão judicial", autorizando, de forma expressa, na dicção do art. 1.024, § 2º, enfrentamento monocrático quando "opostos contra decisão de relator ou outra decisão impessoal proferida em tribunal". Com base, pois, nesse permissivo legal, procedo à apreciação singular destes aclaratórios. Com razão, em parte, os embargantes. [...] Por seu turno, a aferição da compatibilidade entre o art. 1º da Lei Complementar 110/2001 e o § 2º do art. 149 da Carta da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 33/2001, encontra-se em discussão no RE 603.624-RG (Tema 325), hoje sob minha relatoria, matéria que teve sua repercussão geral afirmada em acórdão assim ementado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES. BASES ECONÔMICAS. ART. 149, § 2º, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INSERIDO PELA EC 33/01. FOLHA DE SALÁRIOS. CONTRIBUIÇÕES AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, À AGÊNCIA BRASILEIRA DE PROMOÇÃO DE EXPORTAÇÕES E INVESTIMENTOS - APEX E À AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL - ABDI INCIDENTES SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL." (RE 603.624-RG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 23.11.2010.) A análise instaurada no mencionado paradigma, consoante consignado na manifestação apresentada por minha ilustre predecessora, abrange os "tributos e contribuintes que podem ser afetados pela definição acerca do caráter taxativo ou exemplificativo do rol de bases econômicas constante do art. 149, § 2º, III "a", da Constituição Federal". Na espécie, os temas versados na presente hipótese - (i) a arguição de inconstitucionalidade da contribuição social prevista no art. 1º da Lei Complementar nº 110/01, em face do exaurimento da finalidade a ela subjacente; e (ii) a taxatividade do rol de bases econômicas do art. 149, § 2º, da Constituição Federal, com o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001 - encontram-se ambos submetidos, portanto, à sistemática da repercussão geral, no RE 878.313 e no RE 603.624, respectivamente. Cito algumas decisões nesse sentido: RE 863.372/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 31.5.2016; RE 902.053/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11.11.2016; e RE 1.023.865/SC, de minha lavra, DJe 1º.3.2017. Nesse passo, constatada a omissão, acolho parcialmente os embargos aclaratórios para acrescentar aos fundamentos do decisum embargado as razões supra, mantido o julgado quanto à devolução dos autos à Corte de origem para os fins previstos no art. 1.036 do CPC/2015. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2019. Ministra Rosa Weber Relatora. (STF, RE n.º 1.000.402 ED/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/06/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31/07/2019 PUBLIC 01/08/2019) (Grifei).

Por outro lado, a questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "**constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição**") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral e nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002807-84.2018.4.03.6133

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: DIESEL LINE CAMBUI LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A, WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DE C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **DIESEL LINE CAMBUI LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "**constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição**") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, determino o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000246-26.2017.4.03.6100

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCACAO FISICA DA 4 REGIAO

Advogado do(a) APELANTE: JONATAS FRANCISCO CHAVES - SP220653-A

APELADO: ITALO HENRIQUE DOS SANTOS CESAR
Advogado do(a) APELADO: FABIO SHIRO OKANO - SP260743-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001041-14.2018.4.03.6127
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HAES CONFECÇÕES EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: VANESSA LUISA DELFINO FUJIRINI - SP251990-A, LUIZ ARNALDO ALVES LIMA FILHO - SP245068-A

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela **UNIÃO**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Verifica-se que o presente feito envolve matéria idêntica àquela em discussão no **RE n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("Natureza jurídica do **terço constitucional de férias**, indenizadas ou gozadas, para fins de contribuição previdenciária patronal"), e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III do CPC, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5029571-12.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: PRECOLÂNDIA COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FAISSAL YUNES JUNIOR - SP129312-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **PRECOLÂNDIA COMERCIAL LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A questão tratada no presente recurso é objeto do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 846** de Repercussão Geral, no qual se discute a "constitucionalidade da manutenção da contribuição social após atingida a finalidade que motivou a sua instituição") e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 878.313/SC**, vinculado ao **tema n.º 846** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001955-86.2016.4.03.6143
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: TRANSPADUA TRANSPORTES EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A
APELADO: TRANSPADUA TRANSPORTES EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela **UNIÃO**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Verifica-se que o presente feito envolve matéria idêntica àquela em discussão no **RE n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("Natureza jurídica do **terço constitucional de férias**, indenizadas ou gozadas, para fins de contribuição previdenciária patronal"), e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III do CPC, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000648-09.2016.4.03.6144

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: FICOSA DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela **UNIÃO**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Verifica-se que o presente feito envolve matéria idêntica àquela em discussão no **RE n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("Natureza jurídica do **terço constitucional de férias**, indenizadas ou gozadas, para fins de contribuição previdenciária patronal"), e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III do CPC, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004143-20.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: STAMPSTAR INDUSTRIA E COMERCIO DE REFLETORES, LUMINARIAS E PECAS ESTAMPADAS EIRELI - EPP

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANE LEANDRO DE NOVAIS - SP181384-A

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela **UNIÃO**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

Verifica-se que o presente feito envolve matéria idêntica àquela em discussão no **RE n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985**, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("Natureza jurídica do **terço constitucional de férias**, indenizadas ou gozadas, para fins de contribuição previdenciária patronal"), e ainda pendente de julgamento.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, III do CPC, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR**, vinculado ao **tema n.º 985** de Repercussão Geral.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001211-52.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. Vice Presidência
APELANTE: ANCORA CHUMBADORES LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FABIANA DA SILVA MIRANDA COVOLO - SP154399-A, VICTOR GUSTAVO DA SILVA COVOLO - SP171227-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto por **ÂNCORA CHUMBADORES LTDA.**, com fundamento no art. 102, III, "a" da Constituição Federal, contra acórdão prolatado por órgão fracionário deste E. Tribunal Regional Federal.

A questão tratada no presente recurso é objeto do **RE n.º 603.624/SC**, admitido pelo Supremo Tribunal Federal como representativo de controvérsia (**tema n.º 325** de Repercussão Geral, no qual se discute a "Indicação de **bases econômicas** para delimitação da competência relativa à **instituição de contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, após o advento da Emenda Constitucional n.º 33/2001**"). Em que se pese a redação genérica conferida ao tema de repercussão geral, as contribuições controvertidas no recurso paradigma são relacionadas ao SEBRAE, APEX e ABDI.

Importa anotar, por oportuno, que o prosseguimento do feito em relação a eventuais outros recursos excepcionais interpostos é incompatível com a sistemática do microsistema processual de precedente obrigatório em que a unicidade processual deve ser respeitada.

Registre-se, nesta ordem de ideias, que o juízo de admissibilidade de Recurso Extraordinário ou Especial não pode ser realizado em etapas ou de forma fracionada, razão pela qual, havendo recurso a autorizar a suspensão da admissibilidade do expediente, nos termos do art. 1.036 do CPC vigente, mais não cabe senão suspender a marcha processual.

Eventuais recursos, e até mesmo teses ou capítulos recursais, que não cuidem de matéria submetida ao regime dos recursos representativos de controvérsia, deverão aguardar o desfecho do capítulo submetido a tal sistemática para, só então, serem apreciados.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.030, III do Código de Processo Civil, **determino o sobrestamento do feito** até a publicação do acórdão de mérito a ser proferido nos autos do **Recurso Extraordinário n.º 603.624/SC**, vinculado ao **tema n.º 325** de Repercussão Geral.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012682-77.2009.4.03.6102
APELANTE: PAULO EURIPEDES MANHAS

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5822424-05.2019.4.03.9999
APELANTE: IVANI TONINATTO GALLO
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO RICARDO TEIXEIRA CAETANO - SP262984-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000619-25.2017.4.03.6143

APELANTE: ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, SERVICO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL SENAC, UNIAO FEDERAL-FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOREIRA DA SILVA LIMA - SP19993-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALMEIDA & BERTOLUCI COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA - ME, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, SERVICO SOCIAL DO COMERCIO - SESC - ADMINISTRACAO REGIONAL NO ESTADO DE SAO PAULO, SERVICO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELADO: MARCELINO ALVES DE ALCANTARA - SP237360-A, FABRICIO PALERMO LEO - SP208640-A, MARCO DULGHEROFF NOVAIS - SP237866-A

Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRA PASSOS GOTTI - SP154822-A, TITO DE OLIVEIRA HESKETH - SP72780-A

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Recursos - DARE

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001517-42.2013.4.03.6183

APELANTE: ROBERVAL SANTOS DE MORAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELANTE: ELIANA FIORINI VARGAS - SP146159-N

APELADO: ROBERVAL SANTOS DE MORAES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

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

Advogado do(a) APELADO: ELIANA FIORINI VARGAS - SP146159-N

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA - CONTRARRAZÕES

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006025-85.2010.4.03.6102

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: IGOR RENATO COUTINHO VILELA - MG111686

APELADO: MARIA DAS GRACAS DA COSTA AGUILAR

Advogado do(a) APELADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000327-15.2017.4.03.9999
APELANTE: EVILASIO BARBOSA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO BORGES - SP240332-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5720924-90.2019.4.03.9999
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NAIR DA SILVA RODRIGUES
Advogado do(a) APELADO: DIEGO GONCALVES DE ABREU - SP228568-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002209-70.2015.4.03.6183
APELANTE: NATAL SCUDELER
Advogado do(a) APELANTE: CARINA CONFORTI SLEIMAN - SP244799-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: JANAINA LUZ CAMARGO - SP294751
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0033439-60.2017.4.03.9999
APELANTE: MARTHA CORREA DA SILVEIRA PROENÇA
Advogado do(a) APELANTE: FAGNER JOSE DO CARMO VIEIRA - SP244611-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0002209-70.2015.4.03.6183

RELATOR: Gab. Vice Presidência

APELANTE: NATAL SCUDELER

Advogado do(a) APELANTE: CARINA CONFORTI SLEIMAN - SP244799-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELADO: JANAINA LUZ CAMARGO - SP294751

ATO ORDINATÓRIO - VISTA PARA RESPOSTA AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Certifico que os presentes autos encontram-se com vista ao(s) recorrido(s) para apresentar(em) resposta acerca dos embargos de declaração opostos, nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5025551-08.2019.4.03.0000

AGRAVANTE: CARLOS TURATO FILHO

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCUS ELY SOARES DOS REIS - SP304381-S

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)Nº 5030082-74.2018.4.03.0000

AGRAVANTE: JAIR DONIZETE PEREIRA

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO ANTONIO FERNANDES LOBIANCO - SP414178-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020902-31.2013.4.03.6100
APELANTE: IVAN JOVINIANO ANGELO, UNIAO FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE JULIO MACEDO DE QUEIROZ - RJ95297-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011762-84.2015.4.03.6105
APELANTE: JOAO ALVES COELHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
APELADO: JOAO ALVES COELHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001320-07.2012.4.03.6124
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DORIVAL PINHA FERNANDES
Advogado do(a) APELADO: GABRIEL DE OLIVEIRA DA SILVA - SP305028-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003972-83.2014.4.03.6105
APELANTE: ROBSON LUIZ MARQUES DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO STROBEL - SP261640
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024573-02.2017.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUCILENE QUEIROZ O DONNELLALVAN - SP234568-N
AGRAVADO: RODRIGO SANTOS DA SILVA
Advogados do(a) AGRAVADO: RODRIGO VICENTE FERNANDEZ - SP186603-A, GREGORIO VICENTE FERNANDEZ - SP236382-A, ADRIANA ACCESSOR COSTA FERNANDEZ - SP199498-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

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

São Paulo, 7 de julho de 2020

Poder Judiciário

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Divisão de Agravos em Recursos Excepcionais - DAEX

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019106-08.2018.4.03.0000
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: LYDIA DONADON PEREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ARTHUR PACHECO - SP206462-N
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO - VISTA CONTRAMINUTA

São Paulo, 7 de julho de 2020

SUBSECRETARIA DO ÓRGÃO ESPECIAL E PLENÁRIO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5010762-67.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CÍVEL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: DULCE PENHA ALVES EBLING

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: BRUNO DESCIO OCANHA TOTRI

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5010762-67.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 12/08/2020 14:00:00

Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5029320-24.2019.4.03.0000

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

IMPETRANTE: BRUNO JOSE BRASIL VASCONCELLOS, CARINA PASIANI DE BIASI, CASSIO ANGELON, CLAUDIO BASSANI CORREIA, JAIME ASCENCIO, JAIR CARMONA COGO, JOSE ALEXANDRE PASCHOAL, MARCIO ROGERIO CAPPELLO, RICARDO NAKAI, ROGERIO PETEROSI DE ANDRADE FREITAS, SILVANA BÍLIA, VINICIUS DE ALMEIDA

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

Advogado do(a) IMPETRANTE: LUCIANO CESAR BAZZOLI DA COSTA - SP336505-A

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: IMPETRANTE: BRUNO JOSE BRASIL VASCONCELLOS, CARINA PASIANI DE BIASI, CASSIO ANGELON, CLAUDIO BASSANI CORREIA, JAIME ASCENCIO, JAIR CARMONA COGO, JOSE ALEXANDRE PASCHOAL, MARCIO ROGERIO CAPPELLO, RICARDO NAKAI, ROGERIO PETEROSI DE ANDRADE FREITAS, SILVANA BÍLIA, VINICIUS DE ALMEIDA

IMPETRADO: PRESIDENTE DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL

O processo nº 5029320-24.2019.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 12/08/2020 14:00:00

Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5032350-67.2019.4.03.0000

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

SUSCITANTE: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA - QUARTA TURMA

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 60/2089

SUSCITADO: DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES - TERCEIRA TURMA

OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE RE: JBS AVES LTDA.

ADVOGADO do(a) PARTE RE: JOAO JOAQUIM MARTINELLI
ADVOGADO do(a) PARTE RE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5032350-67.2019.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5014110-93.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CÍVEL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: MARIA JOSE COLACITI DOS SANTOS
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: HELENA GUAGLIANONE FLEURY
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: THAIS MELLO CARDOSO
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: RAFAELA DE OLIVEIRA PINTO
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: KAREN NICIOLI VAZ DE LIMA
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ERAZE SUTTI
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ARETA FERNANDA DA CAMARA
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5014110-93.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5008497-92.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: SUELI LOPES DE LIMA
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: ADRIANA CRYSTINA SOARES JARENCO
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO-VIRTUAL

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5008497-92.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 29/07/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5011139-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA - QUARTA TURMA
SUSCITADO: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO - SEGUNDA TURMA

OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: MARIA ADENILDES FEITOSA LIMA
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: LINEU ALVARES
PARTE RÉ: UNIÃO FEDERAL

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5011139-38.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5009358-78.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CÍVEL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 3ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: SIRLEIDE RODRIGUES DE SOUSA LIRA
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: REINALDO CABRAL PEREIRA
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5009358-78.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5011978-63.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 12ª VARA FEDERAL CÍVEL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: MARIA REGINA PINTO
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: VICTOR RODRIGUES SETTANNI
PARTE RÉ: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5011978-63.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5014038-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 3ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PARTE RÉ: ALCAMP COMERCIAL LIMITADA

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5014038-09.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 12/08/2020 14:00:00
Local: Plenário - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120) Nº 5017909-47.2020.4.03.0000

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO e pelo ESTADO DE SÃO PAULO em face de acórdão que julgou procedentes a ação rescisória proposta originalmente nesta Egrégia Corte Regional para, a) em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão atacado, proferido no processo n. 1999.03.99.111237-9; e b.1) em juízo rescisório, dar provimento à apelação interposta naqueles autos, de molde a condenar a União e o Estado de São Paulo ao pagamento de indenização em favor dos particulares (dívida solidária), em montante a ser apurado por perícia no âmbito de liquidação por arbitramento; e b.2) condenar os réus daquela ação originária ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor indenizatório que será apontado pela perícia, com filcro no art. 27, §1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, bem como c) condenar os réus da ação rescisória em 20% sobre o valor da causa, com espeque no art. 85, §3º, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015, nos seguintes termos (ID 107695985, páginas 1-6):

“DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INC. V, DO CPC/1973. ACÓRDÃO RESCINDENDO PROFERIDO EM ACÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRELIMINAR DA UNIÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. DISPOSITIVOS TIDOS POR VIOLADOS QUE ENCETAM APENAS UMA INTERPRETAÇÃO POSSÍVEL, OSTENTANDO NÍTIDA NATUREZA OBJETIVA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 343 DO E. STF. PRELIMINAR DE COISA JULGADA FORMADA EM DEMANDA DIVERSA. DECISÃO QUE RECONHECEU A PROPRIEDADE DO ENTE FEDERAL SOBRE A ILHA DE FORMA GENÉRICA, REPORTANDO-SE APENAS ÀS TERRAS DEVOLUTAS ALI ENCONTRADAS, MAS EXCLUINDO AS PORÇÕES DE TERRA QUE JÁ HAVIAM SIDO INCORPORADAS AO DOMÍNIO PRIVADO. MÉRITO. VIOLAÇÃO LITERAL AO ART. 5º, “e” E “f”, DO DECRETO-LEI N. 9.760/1946 CONFIGURADA. APRESENTAÇÃO DE TÍTULOS TRANSLATIVOS A DEMONSTRAR QUE O IMÓVEL SE ENCONTRAVA NA POSSE DE PARTICULARES HÁ MAIS DE 20 ANOS QUANDO DA EDIÇÃO DO DECRETO-LEI N. 9.760/1946, PASSANDO AO DOMÍNIO PRIVADO. DOUTRINA. PRECEDENTES. APURAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A SER REALIZADA EM LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO, ANTE A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS TANTO EM RAZÃO DO JUÍZO RESCINDENDO (ART. 85, §3º, INC. I, DO CPC/2015) QUANTO EM FUNÇÃO DO JUÍZO RESCISÓRIO (ART. 27, §1º, DO DECRETO-LEI N. 3.365/1941). ACÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. *Trata-se de ação rescisória proposta em face de acórdão proferido pela Egrégia Primeira Turma desta Corte Regional no processo n. 1999.03.99.111237-9/SP, que negou provimento ao recurso de apelação interposto por particulares, mantendo a sentença que julgara improcedente o pedido de reconhecimento da expropriação indireta de área rural situada na Ilha do Cardoso, conhecida como “Sítio Andrade”.*

2. *Os autores alegam que o Governador do Estado de São Paulo declarou como de utilidade pública imóveis particulares situados na Ilha do Cardoso, para a implantação de parque estadual. Afirmam que, antes de ajuizar a ação de desapropriação, o Estado de São Paulo propôs ação discriminatória para apurar a existência de terras devolutas existentes na ilha, e que no bojo desta ação discriminatória, a União apresentou oposição, da qual resultou o reconhecimento de que as terras devolutas seriam federais.*

3. *Nada obstante isso, a União, por intermédio da Portaria n. 139/1994, da lavra do Ministro da Fazenda, autorizou a cessão indiscriminada das terras devolutas de seu domínio para o Estado de São Paulo, de molde a permitir a implantação do parque estadual. Aduzem que, com isso, o Estado de São Paulo apossou-se de imóvel que seria de sua propriedade, sem qualquer indenização, esvaziando a utilização econômica que se fazia do bem. Informam que ingressaram com ação de desapropriação indireta, por meio da qual buscaram o recebimento da indenização a que faziam jus, mas que a sentença julgou o seu pedido improcedente, providência esta que veio a ser mantida por esta Egrégia Primeira Turma, em acórdão que é objeto de ataque pela via da presente ação rescisória.*

4. *Pela primeira preliminar, a União alega que o autor fundou o seu pedido rescisório no quanto disposto pelo art. 485, inc. V, do CPC/1973, de acordo com o qual cabe ação rescisória da sentença passada em julgamento que violar literal disposição de lei; contudo, para o ente federal, a situação retratada nos autos não se amolda à hipótese legal, tendo em vista que o comando objeto da ação rescisória não admite apenas uma interpretação possível. Ao revés, os dispositivos invocados comportam várias interpretações possíveis, e a adoção de uma dessas interpretações, só por só, não renderia ensejo à propositura de ação rescisória.*

5. *É certo que o verbete n. 343 da Súmula do E. STF preconiza que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Com base nesse enunciado sumular, a União pretende afastar o cabimento da presente ação rescisória. Entretanto, o verbete sumular em referência não deve incidir no caso em comento. Com efeito, os dispositivos tidos por violados nesta ação rescisória são o art. 5º, caput, da CF/1988, o art. 1.245, §2º, do Código Civil de 2002 e o art. 5º, alíneas “e” e “f”, do Decreto-Lei n. 9.760/1946.*

6. *Ao contrário do alegado pelo ente federal em sua contestação, os dispositivos invocados, de matiz constitucional e infraconstitucional, não encetam variadas interpretações possíveis, mas traduzem, em verdade, comandos dos quais emanam apenas e tão somente uma interpretação possível, por revelarem natureza objetiva, em especial quando se cuida das hipóteses em que o Decreto-Lei n. 9.760/1946 revela quando um imóvel foi incorporado ao domínio privado, não podendo mais ser considerado terra devoluta. Tal circunstância faz cair por terra o argumento apresentado pela União.*

7. *Para além de encetarem apenas uma interpretação possível, revelando uma natureza objetiva, os comandos apontados como violados pelos autores da ação rescisória não foram sequer enfrentados pelo acórdão rescindendo, com o que não há que se falar na adoção de uma interpretação específica em relação a eles pela decisão passada em julgamento. A alegação da União na linha de que o acórdão adotou apenas uma das interpretações possíveis e que isso não representaria razão suficiente para a propositura de ação rescisória não guarda relação com o que efetivamente se passou na ação de desapropriação indireta, pois os dispositivos tidos por violados não foram sequer mencionados pela decisão passada em julgamento, e, assim, por imperativo lógico, nenhuma interpretação se adotou em relação a eles.*

8. *Na segunda preliminar que apresentou na contestação, a União assevera que a questão vertida nesta ação rescisória já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, que decidiu de forma definitiva o ponto, quando do julgamento da ação discriminatória ajuizada pelo Estado de São Paulo em face de particulares. Neste feito, a União formulou oposição, a qual restou acolhida pelo E. STF, com reconhecimento de que a ilha seria de propriedade do ente federal (ACO 317, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1992, DJ 20-11-1992 PP-21610 EMENT VOL-01685-01 PP-00027).*

9. *Com base nesse julgado, portanto, a União entende que a questão se encontra definitivamente resolvida a seu favor, afastando-se qualquer pretensão indenizatória em favor dos particulares, pois a ilha já pertenceria ao Poder Público federal. Razão, contudo, não lhe assiste. Analisando-se os termos daquele julgamento firmado por nossa Suprema Corte, constata-se que a propriedade da União sobre a Ilha do Cardoso foi reconhecida de forma genérica, dizendo respeito unicamente às terras devolutas que fossem ali encontradas, e evidentemente não daquelas porções de terra que já ingressaram no domínio privado, mesmo porque o próprio Decreto-Lei n. 9.760/1946 dispõe no sentido de que as terras devolutas são apenas aquelas que não se incorporaram ao domínio privado.*

10. *Apenas as terras da Ilha do Cardoso que não estiverem contidas na ressalva do art. 5º do Decreto-Lei n. 9.760/1946, ou seja, que não estiverem incorporadas ao domínio privado, é que foram abrangidas pela coisa julgada oriunda da ação discriminatória em referência, pois apenas estas terras é que se encaixam na definição de terras devolutas e compreendem o objeto daquela demanda judicial. Os autores desta ação rescisória noticiam a existência de uma cadeia dominial extremamente antiga, que remonta ao ano de 1908, sendo certo que a propriedade já teria sido incorporada ao domínio privado muito antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n. 9.760/1946. Assim, por se estar diante de imóvel que pretensamente se encaixa na ressalva do art. 5º, caput, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, a coisa julgada formada na ação discriminatória ajuizada anteriormente em tese não representa óbice ao conhecimento do mérito desta ação rescisória.*

11. *O acórdão rescindendo foi proferido em ação de desapropriação indireta. Na ocasião, considerou-se que, conquanto as terras situadas em ilhas da propriedade da União possam ser transferidas para particulares, não houve comprovação de que, naquele caso, o ente federal tivesse de fato alienado as terras da Ilha do Cardoso para particulares, não havendo que se falar, por conseguinte, em indenização decorrente de desapropriação indireta.*

12. *Os autores expressam que o acórdão violou o art. 5º, caput, da Constituição Federal, ao tomar letra morta o direito fundamental à propriedade; o art. 1.245, §2º, do Código Civil, ao desconsiderar o registro dos títulos translativos acostados ao feito; e o art. 5º, alíneas “e” e “f”, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, ao desconsiderar que o imóvel teria passado ao domínio privado, seja pelo decurso de 20 anos de posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé (alínea “e”), seja pelo decurso de 30 anos de posse pacífica e ininterrupta, independentemente de justo título e boa-fé (alínea “f”).*

13. *À pretensão formulada nesta ação rescisória, se opõem tanto a União quanto a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ao fundamento de que se faria necessária a autorização legal de transferência da terra devoluta para o particular para que a cadeia dominial do imóvel pudesse ter início, o que não ocorreu na espécie. Assim, no entender dos entes federativos, os títulos translativos transcritos no Registro de Imóveis não poderiam ser opostos ao Poder Público.*

14. *O art. 5º do Decreto-Lei n. 9.760/1946 dispõe que são terras devolutas aquelas que não foram aplicadas a algum uso público federal, estadual, territorial ou municipal e que não foram incorporadas ao domínio privado, dentre outras hipóteses, por se acharem em posse contínua e incontestada com justo título e boa-fé, por termo superior a 20 (vinte) anos (alínea “e”), ou por se acharem em posse pacífica e ininterrupta por 30 (trinta) anos, independentemente de justo título e boa-fé (alínea “f”).*

15. *Pela regência que emana do Decreto-Lei n. 9.760/1946, percebe-se claramente que a intenção de suas normas foi a de possibilitar que os particulares que exercessem posse por longos períodos passassem a ser os novos proprietários de terras que, de outra forma, seriam consideradas devolutas, evitando conflitos entre o Poder Público e particulares em razão de uma situação já bastante consolidada no tempo. A bem da verdade, tal intenção não esteve presente apenas na edição do Decreto-Lei n. 9.760/1946, mas em variados diplomas normativos que cuidaram da temática relativa às terras devolutas no Brasil, remontante à antiga Lei de Terras (Lei n. 601/1850).*

16. *Da análise dos autos, constata-se que a cadeia dominial remonta ao longínquo ano de 1908. Dessa forma, quando da promulgação do Decreto-Lei n. 9.760, em 1946, o imóvel discutido na ação de desapropriação indireta já se encontrava na posse de particulares há mais de 20 anos, havendo justo título que demonstre tal situação, fazendo incidir, destarte, o art. 5º, alínea “e”, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, cuja aplicação foi simplesmente olvidada no acórdão rescindendo. Diante disso, impõe-se a rescisão do acórdão em referência pela violação literal à disposição de lei, conforme preceituava o art. 485, inc. V, do CPC/1973.*

17. *Esta Corte Regional tem decidido, em casos assemelhados a este, envolvendo a Ilha do Cardoso, que os particulares ali situados tinham direito à indenização pela desapropriação indireta de seus bens (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1803240 - 0203493-42.1996.4.03.6104, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, julgado em 07/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015).*

18. *Patente a necessidade de se rescindir o acórdão transitado em julgado, impõe-se a prolação de novo julgamento (juízo rescisório). A ação em que se formou a coisa julgada se refere a uma demanda judicial de desapropriação indireta. Da análise que se fez, percebe-se que o Poder Público se apropriou indevidamente de terras que já haviam sido incorporadas ao domínio privado, sem seguir o devido de editar um decreto declarando a propriedade particular como sendo de necessidade ou utilidade pública.*

19. *Em casos tais, o particular pode ajuizar a competente ação de desapropriação indireta, compelindo o Poder Público ao pagamento da indenização que pagaria caso tivesse seguido o regular procedimento de expropriação do bem. A apuração do quantum indenizatório nesta ação rescisória, contudo, se mostra inviável, porquanto a delimitação do montante da indenização é tarefa a exigir conhecimentos técnicos específicos, demandando a produção de prova pericial que não foi realizada até o presente momento (art. 509, inc. I, do CPC/2015).*

20. *Assente a necessidade de se rescindir o acórdão que veio a transitar em julgado, cumpre arbitrar os honorários advocatícios por esta razão. A desconstituição da coisa julgada tem lugar quando já vigente o CPC/2015, motivo pelo qual serão levadas em consideração as atuais normas a respeito do tema. O art. 85, §3º, da Lei Processual Civil de 2015 é responsável por estabelecer objetivamente os percentuais que deverão ser aplicados pelo magistrado na fixação dos honorários advocatícios em desfavor da Fazenda Pública.*

21. *O valor da causa desta ação rescisória é de R\$ 60.637,85, com o que incide a primeira faixa prevista pelo dispositivo transcrito, pela qual os honorários advocatícios podem ser fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%. Tomando em conta o fato de que a causa revolve alta complexidade, assim como o desforço empreendido pelos patronos dos autores, tem-se por imperativa a fixação da verba honorária no percentual máximo de 20%.*

22. *Rescindido o acórdão que havia transitado em julgado na ação de desapropriação indireta, passou-se ao julgamento daquela demanda originária. Entretanto, apenas se reconheceu o direito dos expropriados à indenização de forma genérica, sem se ingressar em aspectos atinentes ao montante indenizatório, porquanto a apuração dos valores envolvidos está a depender de perícia que somente poderá ser realizada na liquidação por arbitramento. Assim, no âmbito do juízo rescisório, arbitra-se os honorários advocatícios em 0,5% sobre o valor que vier a ser apontado pela perícia judicial a título de indenização devida pela desapropriação indireta, com fulcro no art. 27, §1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941.*

23. *Ação rescisória julgada procedente para, a) em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão atacado, proferido no processo n. 1999.03.99.111237-9; b.ii) em juízo rescisório, dar provimento à apelação, de molde a condenar a União e o Estado de São Paulo ao pagamento de indenização em favor dos particulares (dívida solidária), em montante a ser apurado por perícia no âmbito de liquidação por arbitramento e b.ii) condenar os réus daquela ação originária ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 0,5% sobre o valor indenizatório que será apontado pela perícia, com fulcro no art. 27, §1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941; bem como c) condenar os réus da ação rescisória em 20% sobre o valor da causa, com espeque no art. 85, §3º, inc. I, do Código de Processo Civil de 2015.*

Em seus embargos de declaração, a União alega que a ação rescisória não se presta à reanálise das provas carreadas ao processo rescindendo, pois é vedado ao julgador, no juízo rescindendo, reapreciar as provas que foram carreadas aos autos de origem. Defende que esta é a posição pacífica dos Tribunais Superiores. Afirma que, no presente caso, para reconhecer a alegada violação ao art. 5º, alínea “e”, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, o acórdão embargado acabou por incorrer no reexame das provas produzidas no processo rescindendo, concluindo pela existência de justo título para a aquisição do imóvel pelos particulares, o que seria inviável.

No mais, aduz que o acórdão violou a coisa julgada formada na ACO 317-2, julgado pela Suprema Corte, afrontando, pois, o quanto disposto pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, assim como o art. 502 do Código de Processo Civil de 2015. Pretende, por fim, o questionamento dos dispositivos que invoca (ID 121972619, páginas 1-27).

De seu turno, o Estado de São Paulo, em seus aclaratórios, assevera, em linhas gerais, que os autores não comprovaram que a aquisição do imóvel pelos particulares teria ocorrido por alienação do Poder Público ocorrida em 1908, o que seria necessário para legitimar a cadeia dominial que remonta àquele ano. Sustenta que o imóvel somente poderia ser considerado particular se houvesse um ato de liberalidade da União nesse sentido ou se o domínio privado fosse reconhecido em sede judicial, por ocasião da mencionada ACO 317-2 que tramitou no Egrégio Supremo Tribunal Federal, sendo certo que nenhuma das duas coisas ocorreu.

Salienta que, na ação de desapropriação indireta que ajuizaram, os particulares não formularam requerimento expresso pelo reconhecimento do domínio ou da propriedade sobre o imóvel, limitando-se a requerer a indenização, com o que não há nada a rescindir a esse respeito no presente momento. Pontifica que o acórdão rescindendo nem mesmo poderia ingressar nesta temática, em virtude do princípio da congruência, pelo qual o julgador limita a sua análise aos pedidos formulados pela parte autora, conforme o disposto no art. 322 e no art. 324, ambos do Código de Processo Civil de 2015 (ID 123381434, páginas 1-4).

Considerando a possibilidade de atribuição de efeitos infringentes a ambos os embargos de declaração opostos, este Relator determinou a intimação da parte contrária para que, com base no art. 1.023, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, ofertasse a sua resposta (ID 126654183, páginas 1-2).

Devidamente intimado, o embargado JAYME VELLO MENDES E OUTRO apresentou sua resposta aos aclaratórios do Estado de São Paulo (ID 131826045, páginas 1-11), como também aos aclaratórios da União (ID 131826046, páginas 1-13).

Neste ponto, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, dispensada a revisão, nos termos regimentais.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Diversas são as questões que se colocam ambos os embargos de declaração que foram opostos. A fim de facilitar o desenvolvimento de minha fundamentação, passo a analisar cada um dos pontos levantados de forma tópica e individualizada, iniciando minhas considerações pelos embargos de declaração opostos pela União.

Da alegação de impossibilidade de reexame das provas colacionadas ao processo rescindendo

A União alega que a ação rescisória não se presta à reanálise das provas carreadas ao processo rescindendo, pois é vedado ao julgador, no juízo rescindendo, reapreciar as provas que foram carreadas aos autos de origem. Afirma, ainda, que, no presente caso, para reconhecer a alegada violação ao art. 5º, alínea "e", do Decreto-Lei n. 9.760/1946, o acórdão embargado acabou por incorrer no reexame das provas produzidas no processo rescindendo, concluindo pela existência de justo título para a aquisição do imóvel pelos particulares, o que seria inviável.

Sem razão, contudo.

Não há que se confundir duas situações que são distintas. Uma delas é aquela em que uma parte ajuíza uma ação rescisória com a mera finalidade de promover o reexame dos fatos e provas carreados ao processo originário, do qual saiu sucumbente, havendo trânsito em julgado do provimento jurisdicional que lhe é desfavorável. Sendo este o cenário, o manejo da ação rescisória é completamente descabido, porque a ação seria manejada como sucedâneo recursal, o que claramente não se admite, conforme remansosa jurisprudência dos tribunais pátrios.

Outra situação, porém, é aquela em que um dispositivo legal deveria ter sido aplicado pela sentença ou acórdão que transitou em julgado, havendo indevida omissão a seu respeito. Neste caso, o manejo da ação rescisória é claramente cabível, pois se tem uma efetiva e literal violação de dispositivo de lei incidente à espécie, sendo certo que a análise dos fatos é feita com o fito exclusivo de demonstrar que o dispositivo deveria ter sido aplicado pelo provimento que transitou em julgado. Não há nisso impeditivo algum. A se impedir tal análise, estar-se-á a impedir o próprio manejo da ação rescisória com base na hipótese de violação a literal disposição de lei, o que evidentemente não representa a lógica de nosso ordenamento processual.

O caso dos autos se amolda a esta segunda situação, donde não há que se falar, como pretende a União, em rejeição da ação rescisória pela análise lateral dos fatos, já que não houve propriamente um reexame profundo e detido de todos os fatos do processo originário, mas apenas daqueles que demonstram a ausência de aplicação de dispositivo legal que deveria ter sido aplicado à espécie, com o fito de demonstrar hipótese de cabimento da ação rescisória.

Da alegação de violação à coisa julgada

Aduz a União que o acórdão violou a coisa julgada formada na ACO 317-2, julgado pela Suprema Corte, afrontando, pois, o quanto disposto pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República, assim como o art. 502 do Código de Processo Civil de 2015. A alegação em tela restou suficientemente afastada no voto deste Relator, quando se assentou o seguinte (ID 108042783, páginas 8-10):

“Na segunda preliminar que apresentou na contestação, a União assevera que a questão vertida nesta ação rescisória já foi objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, que decidiu de forma definitiva o ponto, quando do julgamento da ação discriminatória ajuizada pelo Estado de São Paulo em face de particulares. Neste feito, a União formulou oposição, a qual restou acolhida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, com reconhecimento de que a ilha seria de propriedade do ente federal. Eis a ementa do acórdão a que me refiro:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DISCRIMINATORIA DAS TERRAS PÚBLICAS SITUADAS NA “ILHA DO CARDOSO”, NO LITORAL PAULISTA, PROPOSTA PELO ESTADO DE SÃO PAULO. OPOSIÇÃO MANIFESTADA PELA UNIÃO, AO FUNDAMENTO DE QUE SE TRATA DE TERRAS DE DOMÍNIO DA UNIÃO. 1. REMÉDIO JUDICIAL DESTINADO AO DESLINDE DO QUE RESTA DE TERRA DEVOLUTA EM ÁREA PREVIAMENTE DELIMITADA, A FIM DE EXTREMA-LA DAS TERRAS OBJETO DE DOMINIALIDADE ALHEIA. 2. LEGITIMADO PARA EXERCITA-LO, TODAVIA, E O ENTE FEDERADO COM DOMÍNIO SOBRE A ÁREA DESCRIMINANDA. 3. INCERTEZAS ACERCA DA DOMINIALIDADE DAS TERRAS DEVOLUTAS, NAS ILHAS COSTEIRAS, ATÉ O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, QUE, NO ART. 20, IV, INCLUI EXPRESSAMENTE AS ILHAS DA ESPÉCIE ENTRE OS BENS DA UNIÃO. 4. A RESSALVA CONTIDA NO MENCIONADO DISPOSITIVO, QUANTO AS ÁREAS, NELAS SITUADAS, QUE ESTIVEREM NO DOMÍNIO DOS ESTADOS, TEM SENTIDO EXPLICITATIVO QUANTO A POSSIBILIDADE DE PARCELAS DE TAIS ILHAS TEREM SIDO, NO PASSADO, E VIREM A SER, NO FUTURO, TRANSFERIDAS PARA OS ESTADOS, PELOS MEIOS REGULARES DE DIREITO. 5. DESSAS ÁREAS E QUE CUIDA O ART. 26, II, DA CARTA DE 1988, AO REFERIR AS ÁREAS, NAS ILHAS COSTEIRAS, QUE ESTIVEREM NO DOMÍNIO DOS ESTADOS. 6. TRATA-SE DE TERRAS QUE, DADA A NATUREZA DO RESPECTIVO TÍTULO AQUISITIVO, HÃO DE ESTAR NELES DEVIDAMENTE DESCRITAS, DELIMITADAS E EXTREMADAS, BASTANDO, PARA SUA DEFESA, O EMPREGO DAS AÇÕES QUE O NOSSO SISTEMA POE A DISPOSIÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS E POSSUIDORES EM GERAL, ENTRE AS QUAIS NÃO SE CONTA A AÇÃO DISCRIMINATORIA. 7. ILEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA A AÇÃO EM TELA. PROCEDENCIA DA OPOSIÇÃO.” (ACO 317, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/1992, DJ 20-11-1992 PP-21610 EMENT VOL-01685-01 PP-00027)

Com base nesse julgamento, portanto, a União entende que a questão se encontra definitivamente resolvida a seu favor, afastando-se qualquer pretensão indenizatória em benefício dos particulares, pois a ilha já pertenceria ao Poder Público federal. Razão, contudo, não lhe assiste.

Analisando-se os termos daquele julgamento firmado por nossa Suprema Corte, constata-se que a propriedade da União sobre a Ilha do Cardoso foi reconhecida de forma genérica, dizendo respeito unicamente às terras devolutas que fossem ali encontradas, e evidentemente não àquelas porções de terra que já ingressaram no domínio privado, mesmo porque o próprio Decreto-Lei n. 9.760/1946 dispõe, como se verá melhor no tópico relativo ao mérito desta ação rescisória, no sentido de que as terras devolutas são apenas aquelas que não se incorporaram ao domínio privado, verbis:

“Art. 5º São devolutas, na faixa da fronteira, nos Territórios Federais e no Distrito Federal, as terras que, não sendo próprios nem aplicadas a algum uso público federal, estadual territorial ou municipal, não se incorporaram ao domínio privado: (...)” (grifei)

Apenas as terras da Ilha do Cardoso que não estiverem contidas na ressalva do art. 5º do Decreto-Lei n. 9.760/1946, ou seja, que não estiverem incorporadas ao domínio privado, é que foram abrangidas pela coisa julgada oriunda da ação discriminatória em referência, pois apenas estas áreas é que se encaixam na definição de terras devolutas e compreendiam o objeto daquela demanda judicial.

Os autores desta ação rescisória noticiam a existência de uma cadeia dominial extremamente antiga, que remonta ao ano de 1908, sendo certo que a propriedade já teria sido incorporada ao domínio privado muito antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n. 9.760/1946. Assim, por estarmos diante de imóvel que pretensamente se encaixa na ressalva do art. 5º, caput, do Decreto-Lei n. 9.760/1946, a coisa julgada formada na ação discriminatória ajuizada anteriormente em tese não representa óbice ao conhecimento do mérito desta ação rescisória.”

Como se percebe, descabe falar-se em violação da coisa julgada na espécie, pelas razões expostas no voto deste Relator quando do julgamento da ação rescisória. Restou claro que o julgador do Egrégio Supremo Tribunal Federal não atingira o direito dos autores desta ação rescisória, uma vez que o seu domínio teria se perfectibilizado muito antes do julgamento da ACO por nossa Suprema Corte.

Por outras palavras, o provimento dado pelo E. STF no julgamento da referida ACO era genérico e evidentemente tinha por mira única e exclusivamente as terras devolutas da Ilha do Cardoso, sem abranger as áreas de domínio particular, como a dos autores. Dessa forma, o acórdão ora recorrido não menosprezou a coisa julgada formada na ACO 317-2, tendo apenas assentado que este não alcançava a área disputada nesta ação rescisória.

Superadas estão as alegações formuladas pela União em seus embargos de declaração. Passo a enfrentar os embargos de declaração formulados pelo Estado de São Paulo.

Da alegação de ausência de comprovação do domínio privado sobre o imóvel

O Estado de São Paulo aponta que os autores não comprovaram que a aquisição do imóvel pelos particulares teria ocorrido por alienação do Poder Público ocorrida em 1908, o que seria necessário para legitimar a cadeia dominial que remonta àquele ano. Cuida-se de mais uma alegação que restou suficientemente afastada pelo acórdão embargado, tendo este Colegiado colocado, de forma expressa, que não se faria necessário comprovar que o Poder Público teria cedido inicialmente o bem para os particulares para que a cadeia dominial fosse legítima, já que a intenção da normativa incidente sempre foi a de regularizar a posse que os particulares exerciam sobre as terras devolutas, em atenção à ocupação que se fazia do território nacional e o desenvolvimento de atividades produtivas nestes locais. Sendo esta a finalidade, a intenção das normas incidentes era facilitar a transmissão da propriedade para o domínio privado, e não criar óbices à regular cadeia dominial de um bem que sempre foi aproveitado pelo particular. Nesse sentido, transcrevo importante excerto de meu voto (ID 108042783, páginas 12-13):

“Pela regência que emana do Decreto-Lei n. 9.760/1946, percebe-se claramente que a intenção de suas normas foi a de possibilitar que os particulares que exercessem posse por longos períodos passassem a ser os novos proprietários de terras que, de outra forma, seriam consideradas devolutas, evitando, assim, conflitos entre o Poder Público e particulares em razão de uma situação já bastante consolidada no tempo. A bem da verdade, tal intenção não esteve presente apenas na edição do Decreto-Lei n. 9.760/1946, mas em variados diplomas normativos que cuidaram da temática relativa às terras devolutas no Brasil, remontando à antiga Lei de Terras (Lei n. 601/1850).

Terras devolutas ‘são as terras que, doadas ou ocupadas, por não se encontrarem cultivadas ou aplicadas a algum uso público, foram devolvidas ao domínio do Estado’ (Cf. ARAÚJO, Telga Gomes de. Terras Devolutas. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, E. 46, v. 1, p. 347). Com a nítida intenção de promover a ocupação de seu imenso território, o Poder Público, porém, não apenas se mostrou ciente de que particulares por vezes residiam e desenvolviam atividades produtivas nas terras devolutas, como mesmo promoveu, por intermédio dos diversos instrumentos que foram editados no Brasil, a regularização das posses exercidas por estas pessoas, pois que tal posse atendia ao desiderato de se ocupar um país com proporções continentais. São estas as lições da doutrina pertinente ao assunto:

‘Acaso, em rápido bosquejo histórico, nos reportemos ao passado, particularmente ao período compreendido entre 1850 e 1946, veremos ter o legislador timbrado em não considerar devolutas as terras públicas sobre as quais particular estivesse, então, a desenvolver ocupação aliada à exploração efetiva e à morada habitual, dele ou de preposto seu. Frise-se que essa ocupação – à qual o legislador, em certos passos, chamou posse – valeu a tal fite, mesmo se não amparada em titulação qualquer.

As razões que levaram o legislador, imperial e federal, à adoção da filosofia espelhada nos conceitos, que adotou, de terra devoluta, devemos busca-las na realidade social da época, nos reflexos do redondo fracasso do sistema sesmário quanto às terras brasileiras, todas originariamente públicas, e no papel desempenhado pelo ocupante – sem título – das terras do Estado, quem verdadeiramente penetrou e desbravou nosso território, desenvolvendo a agricultura, a pecuária e o extrativismo’ (Cf. LIMA, Thereza Helena Souza de Miranda. Terras Devolutas. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, E. 46, v. 1, p. 363).

Por conseguinte, desde que o particular tivesse morada no local e exercesse alguma atividade produtiva, a sua posse poderia ser regularizada, porque a intenção por detrás das terras devolutas nunca foi a de manter a sua propriedade com o Poder Público, mas sim a de promover a regular ocupação do território brasileiro e o aproveitamento produtivo dele, mesmo que isso implicasse a crescente perda das terras devolutas. A esse respeito, as lições de Messias Junqueira:

‘Patrimônio devoluto é patrimônio em constante e metódica desintegração. Isto por vontade do próprio poder público, convencido de que as terras cumprem melhor o seu destino quando entregues à indústria legítima dos particulares. E, assim, por liberalidade, o poder público abre mão do domínio de terras, em benefício de quem, nelas residindo, as tenha tornado produtivas’ (JUNQUEIRA, Messias. O instituto brasileiro das terras devolutas, São Paulo, 1976 apud PARÁ FILHO, Tomás. Terras Devolutas. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, E. 46, v. 1, p. 339).”

Da alegação de ausência de requerimento quanto ao domínio privado da área na ação de desapropriação indireta (processo rescindendo)

Pontifica o Estado de São Paulo que o acórdão rescindendo nem mesmo poderia ingressar na temática relativa à aquisição do domínio da área, porque o tema não foi abordado na ação de desapropriação indireta (processo rescindendo). A alegação foi afastada pelo Colegiado, quando este Relator averbou o seguinte (ID 108042783, páginas 6-7):

“De início, registro que a ação rescisória foi proposta com esteio no autorizativo constante do art. 485, inc. V, do então vigente Código de Processo Civil de 1973, de acordo com o qual a ação rescisória poderia ser ajuizada em face de sentença de mérito que violasse literal disposição de lei. Os dispositivos tidos por violados são o art. 5º, alíneas “e” e “f”, do Decreto-Lei n. 9.760/1946; o art. 1.245, §2º, do Código Civil; e o art. 5º, caput, da Constituição Federal (fl. 16).

Os autores alegam que o art. 5º, alíneas “e” e “f” do Decreto-Lei n. 9.760/1946 não foi suscitado no curso da ação originária, mas que ainda assim se poderia falar em violação ao seu conteúdo, porquanto cabia a esta Corte Regional reconhecer a subsunção do fato ao seu comando, mesmo à falta de alegação expressa das partes nesse sentido. Entendem os autores que a ação rescisória não se acha sujeita ao requisito do pré-questionamento, como se passa com os recursos de natureza especial e extraordinária interpostos perante os Tribunais Superiores, de maneira que mesmo que um assunto não seja abordado na ação originária, ele poderia ser apresentado por ocasião do ajuizamento da ação rescisória (fl. 16).

Razão lhes assiste neste particular. A abalizada doutrina de Flávio Luiz Yarshell nos ensina que:

‘(...) a propósito do disposto no art. 485, V, do CPC, não se exige para a rescisória o requisito do questionamento – entendido como enfrentamento da questão fática ou jurídica (aqui) rescindenda.’ (Cf. YARSELL, Flávio Luiz. Ação Rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 324).

Portanto, a ação rescisória pode ser conhecida, ainda que o seu objeto não tenha sido ventilado na ação em que houve o trânsito em julgado.”

Dispositivo

Ante o exposto, voto por rejeitar ambos os embargos de declaração opostos, mantendo o acórdão recorrido, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ANÁLISE DE FATOS QUE SE LIMITOU A DEMONSTRAR HIPÓTESE DE CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. DOMÍNIO PRIVADO DAS ÁREAS OBJETO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO EM AÇÃO RESCISÓRIA. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. A União alega que a ação rescisória não se presta à reanálise das provas carreadas ao processo rescindendo, pois é vedado ao julgador, no juízo rescindendo, reapreciar as provas que foram carreadas aos autos de origem. Afirma, ainda, que, no presente caso, para reconhecer a alegada violação ao art. 5º, alínea "e", do Decreto-Lei n. 9.760/1946, o acórdão embargado acabou por incorrer no reexame das provas produzidas no processo rescindendo, concluindo pela existência de justo título para a aquisição do imóvel pelos particulares, o que seria inviável.
2. Não há que se confundir duas situações que são distintas. Uma delas é aquela em que uma parte ajuíza uma ação rescisória com a mera finalidade de promover o reexame dos fatos e provas carreadas ao processo originário, do qual saiu sucumbente, havendo trânsito em julgado do provimento jurisdicional que lhe é desfavorável. Sendo este o cenário, o manejo da ação rescisória é completamente descabido, porque a ação seria manejada como sucedâneo recursal, o que claramente não se admite, conforme remansosa jurisprudência dos tribunais pátrios.
3. Outra situação, porém, é aquela em que um dispositivo legal deveria ter sido aplicado pela sentença ou acórdão que transitou em julgado, havendo indevida omissão a seu respeito. Neste caso, o manejo da ação rescisória é claramente cabível, pois se tem uma efetiva e literal violação de dispositivo de lei incidente à espécie, sendo certo que a análise dos fatos é feita com o fito exclusivo de demonstrar que o dispositivo deveria ter sido aplicado pelo provimento que transitou em julgado. Não há nisso impeditivo algum. A se impedir tal análise, estar-se-á a impedir o próprio manejo da ação rescisória com base na hipótese de violação a literal disposição de lei, o que evidentemente não representa a lógica de nosso ordenamento processual.
4. O caso dos autos se amolda a esta segunda situação, donde não há que se falar, como pretende a União, em rejeição da ação rescisória pela análise lateral dos fatos, já que não houve propriamente um reexame profundo e detido de todos os fatos do processo originário, mas apenas daqueles que demonstram ausência de aplicação de dispositivo legal que deveria ter sido aplicado à espécie, como fito de demonstrar hipótese de cabimento da ação rescisória.
5. Aduz a União que o acórdão violou a coisa julgada formada na ACO 317-2, julgado pela Suprema Corte, afrontando, pois, o quanto disposto pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/1988, assim como o art. 502 do CPC/2015. Descabe falar-se em violação da coisa julgada na espécie. Restou claro que o julgado do E. STF não atingira o direito dos autores desta ação rescisória, uma vez que o seu domínio teria se perfectibilizado muito antes do julgamento da ACO por nossa Suprema Corte.
6. Por outras palavras, o provimento dado pelo E. STF no julgamento da referida ACO era genérico e evidentemente tinha por mira única e exclusivamente as terras devolutas da Ilha do Cardoso, sem abranger as áreas de domínio particular, como a dos autores. Dessa forma, o acórdão ora recorrido não menosprezou a coisa julgada formada na ACO 317-2, tendo apenas assestado que este não alcançava a área disputada nesta ação rescisória.
7. O Estado de São Paulo aponta que os autores não comprovaram que a aquisição do imóvel pelos particulares teria ocorrido por alienação do Poder Público ocorrida em 1908, o que seria necessário para legitimar a cadeia dominial que remonta àquele ano.
8. Cuida-se de mais uma alegação que restou suficientemente afastada pelo acórdão embargado, tendo este Colegiado colocado, de forma expressa, que não se faria necessário comprovar que o Poder Público teria cedido inicialmente o bem para os particulares para que a cadeia dominial fosse legítima, já que a intenção da normativa incidente sempre foi a de regularizar a posse que os particulares exerciam sobre as terras devolutas, em atenção à ocupação que se fazia do território nacional e o desenvolvimento de atividades produtivas nestes locais. Sendo esta a finalidade, a intenção das normas incidentes era facilitar a transmissão da propriedade para o domínio privado, e não criar óbices à regular cadeia dominial de um bem que sempre foi aproveitado pelo particular.
9. Pontifica o Estado de São Paulo que o acórdão rescindendo nem mesmo poderia ingressar na temática relativa à aquisição do domínio da área, porque o tema não foi abordado na ação de desapropriação indireta (processo rescindendo). A alegação foi afastada pelo Colegiado, quando se averbou a desnecessidade de prequestionamento em ação rescisória, com base em balizada doutrina.
10. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0000231-05.2004.4.03.6002
 RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
 EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL
 EMBARGADO: PAULO VALMIR DE SIQUEIRA
 Advogado do(a) EMBARGADO: MARCO ANTONIO LOUREIRO PALMIERI - MS6646-A
 OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0000231-05.2004.4.03.6002
 RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
 EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL

EMBARGADO: PAULO VALMIR DE SIQUEIRA
 Advogado do(a) EMBARGADO: MARCO ANTONIO LOUREIRO PALMIERI - MS6646
 OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União em face de acórdão que por unanimidade, negou provimento aos embargos infringentes.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do acórdão embargado:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. JULGAMENTO POR DESACORDO TOTAL. SERVIDOR MILITAR. REVISÃO GERAL. 28,86% DIFERENÇAS. RECONHECIMENTO PELO STJ RESP nº 990.284. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO PROVIDOS. 1. A ausência do voto vencido não causará nenhum prejuízo à parte, tendo em vista que, conforme sobredito se analisará toda a matéria divergente julgada pela Egrégia Primeira Turma, objeto da infringência. Assim, a discussão às questões da extensão do reajuste de 28,86% aos servidores militares e civis e à condenação em honorários advocatícios. 2. A questão sobre a extensão do direito ao reajuste de 28,86% previsto nas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93, restou incontroversa diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que se posicionou em definitivo sobre o tema, na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário nº 584.313/RJ, submetido ao procedimento da repercussão geral, ocasião em que decidiu pela concessão de tal reajuste por representar revisão geral dos servidores públicos. 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 990.284/RS, ocorrido sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou orientação de que deixar de conceder aos militares o direito ao reajuste decorrente das Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93 representaria afronta ao princípio da isonomia. Em referido julgamento, também restou afastada a compensação do reajuste em tela com valores pagos a título de complementação do salário mínimo, por possuírem naturezas distintas (REsp nº 990.284/RS, julgado sob o procedimento dos Recursos Repetitivos, Terceira Seção, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, votação unânime, J. 26/11/2008, DJe 13/04/2009). 4. Os servidores militares contemplados com reajuste inferior ao percentual de 28,86% previsto nas Leis nº 8.622/93 e nº 8.627/93, fazem jus à diferença entre o reajuste já recebido e o mencionado percentual. 5. Quanto aos honorários advocatícios, considerando o reconhecimento do direito do autor às diferenças do reajuste de 28,86% e o efetivamente recebido, ocorreu a sucumbência de parte mínima do pedido inicial, com o que, responderá a União por inteiro, pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios (art. 21, parágrafo único, do CPC). Diante da sucumbência mínima, devida a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigidos. 6. Embargos infringentes não providos."

Sustenta o embargante a ocorrência omissão e contradição, no tocante à atualização das regras de cálculo da condenação da União, vez que não mais subsiste o regramento em vigor à época da r. sentença nem à época do v. acórdão não unânime. Da determinação de aplicação, pela r. sentença e pelo v. acórdão, do Provimento 26/2001 para fins de correção monetária – juros fixados pelo v. acórdão não unânime em regra distinta da atual redação do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97 – superveniência da atual Resolução CJF n. 134/2010 – alteração da Lei n. 9.494/97 pela Lei n. 11.960/2009 – necessidade de complementação do julgado em razão da superveniência de nova regra de cálculo - recurso repetitivo REsp 1.112.746/DF – parâmetros fixados no recurso repetitivo REsp 1.205.946/SP e no RE.

Aduz que a decisão monocrática do Exmo. Desembargador Federal Relator (fls. 96/97, datada de 2008) alterou tão somente o índice de juros, fixando juros de 1% ao mês, mas limitados a 6% ao ano. O Provimento n. 26/2001 – COGE foi o ato normativo editado em razão da edição da Resolução CJF n. 242/2001, determinando o cumprimento daquela norma. A Resolução CJF n. 242/2001 há muito foi revogada pela Resolução CJF n. 561/2007, que por sua vez foi revogada pela Resolução CJF n. 134/2010, alterada pela Resolução CJF n. 267/2013, que aprovou o atual Manual de Cálculos da Justiça Federal. Afirma que o C. STJ já decidiu em sede de repetitivo (REsp 1.112.746/DF) que regras de cálculo posteriores ao julgado devem ser consideradas pelo Julgador (ainda que no caso em tela sequer tenha havido trânsito em julgado), o que por sua vez pede manifestação desta C. Turma quanto à incidência do referido repetitivo, nos termos do art. 1.022, parágrafo único, I, do CPC, com a consequente utilização do atual Manual de Cálculos (aprovado pela Resolução CJF n. 134/2010), e das atuais regras de correção monetária e de juros trazidas na Lei n. 9.494/97, 11.960/2009 e a Lei n. 12.703/2012, ainda que com a aplicação da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97 (cf. RE 870/947). Afirma que parcela expressiva do pedido foi negada, o que não foi expressamente detectada pelo v. acórdão e dá causa à incidência do art. 21, do CPC/73, de modo a que a sucumbência na presente lide seja recíproca, e não totalmente arcada pela União, ao contrário do que entendeu o v. acórdão.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0000231-05.2004.4.03.6002
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL

EMBARGADO: PAULO VALMIR DE SIQUEIRA
Advogado do(a) EMBARGADO: MARCO ANTONIO LOUREIRO PALMIERI - MS6646
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os presentes embargos de declaração foram opostos na vigência do novo Código de Processo Civil de 2015, que dispõe, em seu artigo 1.022, sobre as hipóteses de cabimento dos aclaratórios: a existência, na decisão judicial, de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados pelo Juízo.

No caso em tela, contudo, não se verifica nenhuma dessas hipóteses, já que da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões suscitadas pelas partes.

Acerca da omissão apontada, esta não merece ser acolhida eis que restou expresso no acórdão, quanto à redução dos honorários advocatícios, entendeu o relator pela impossibilidade de fixação de sucumbência recíproca, diante da pacífica jurisprudência do STJ que não caber a sucumbência recíproca quando ocorrer mera redução do percentual dos juros moratórios.

Outrossim, asseverou o julgado, quanto aos honorários advocatícios, considerando o reconhecimento do direito do autor às diferenças do reajuste de 28,86% e o efetivamente recebido, ocorreu a sucumbência de parte mínima do pedido inicial, com o que, responderá a União por inteiro, pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios (art. 21, parágrafo único, do CPC, vigente à época). Sendo assim, correta a aplicação dos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigidos.

Quanto à discussão relativa aos juros de mora, a questão não foi objeto do acórdão embargado, de modo que qualquer pleito distinto do recurso manejado pela embargante, esbarra na impossibilidade de inovar em sede dos aclaratórios.

Ainda, qualquer manifestação em sentido diverso dos parâmetros fixados pelo e. Relator, que em sede de apelação, reduziu os juros de mora, nos termos pleiteados pela União, viria de encontro aos próprios interesses da ora embargante.

Como se nota, as razões de insurgência manejadas pela embargante não trazem elementos aptos para reformar a decisão impugnada, na medida em que, concluiu o julgado, considerando o reconhecimento do direito do autor às diferenças do reajuste de 28,86% e o efetivamente recebido, ocorreu a sucumbência de parte mínima do pedido inicial, com o que, responderá a União por inteiro, pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação devidamente corrigidos (art. 21, parágrafo único, do CPC).

Embora tenha adotado tese de direito diversa daquela impugnada pela parte embargante, o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate.

Denota-se, assim, o objetivo infringente do presente recurso, com o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbre quaisquer das hipóteses autorizadas do manejo dos embargos de declaração.

Diante do exposto, voto por **rejeitar** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se a sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material de que esteja ivado o julgado. Ausentes tais hipóteses, não merece acolhimento o recurso.

2. A decisão, devidamente fundamentada, apreciou e decidiu a matéria submetida a julgamento, tendo abordado as questões relevantes para a solução da controvérsia.
3. Embora tenha adotado tese de direito diversa daquela esgrimida pela Embargante, tem-se que o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate.
4. Denota-se, assim, o objetivo infingente que a embargante dar ao recurso, com o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbre quaisquer das hipóteses autorizadoras do manejo dos embargos de declaração.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5011024-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA
REU: ESPOLIO DE JOAO PAULO CABRERA - CPF 006.347-601-06
REPRESENTANTE: NOEMI CABRERA
Advogados do(a) REU: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A,
Advogados do(a) REPRESENTANTE: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5011024-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA
REU: ESPOLIO DE JOAO PAULO CABRERA - CPF 006.347-601-06
REPRESENTANTE: NOEMI CABRERA
Advogados do(a) REU: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A,
Advogados do(a) REPRESENTANTE: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por ambas as partes em face de acórdão assim ementado:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DE EXTINÇÃO LIMINAR DO PROCESSO. CABIMENTO. ARTIGO 932, INCISO V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. NÃO APLICAÇÃO. PRAZO BIENAL PARA O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. NÃO OBSERVÂNCIA. DECADÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 15-A, CAPUT DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. ADIN 2332. ARTIGO 535, §§ 5º e 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. DILAÇÃO DO PRAZO PARA AJUIZAMENTO DA RESCISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. JULGAMENTO PROFERIDO NA ADIN 2418. NÃO APLICAÇÃO NA HIPÓTESE.

1. Agravo interno interposto pelo INCRA em face da decisão que acolheu embargos de declaração opostos pela autarquia, sem efeitos modificativos, apenas para o efeito de aclarar a decisão que extinguiu a presente rescisória em razão da caracterização de decadência para a propositura da ação.
2. Pertinente a prolação de decisão monocrática de extinção liminar do feito, considerando o reconhecimento de decadência. O artigo 932, inciso V do Código de Processo Civil/2015, que trata de hipótese de conhecimento de recurso pelo Relator, não corresponde ao caso presente, em que se tem julgamento de ação de competência originária deste Tribunal. De todo modo, a submissão do feito ao julgamento colegiado supre qualquer mácula agitada nessa direção.
3. A decisão cuja rescisão se pretende nos presentes autos transitou em julgado em 19 de maio de 2015. A presente ação – em que se pretende a rescisão do acórdão proferido no processo de origem, especificamente do capítulo que trata da aplicação de juros compensatórios na desapropriação à razão de 12% ao ano – foi ajuizada em 3 de maio de 2019, evidenciando que há muito resta superado o prazo bienal para o ajuizamento desta ação de natureza especial, tal como previsto no artigo 975, caput do Código de Processo Civil/2015, vigente tanto ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda, quanto por ocasião da propositura desta ação.
4. Não se aplica ao caso o artigo 535, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil/2015. Para tanto, mister que a decisão tenha declarado lei ou ato normativo “considerado inconstitucional” ou “tido como incompatível com a Constituição Federal”, o que não se amolda ao caso presente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 2332, reconheceu a “constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% ao ano para remuneração do proprietário para imissão provisória do ente público na posse de seu bem”. Assim, a decisão proferida pelo STF nos autos na ADIn 2332 não autoriza a dilação do prazo para a propositura da presente rescisória.
5. Também não aproveita ao caso a invocação do quanto sedimentado por ocasião do julgamento da ADIn 2418. Naquele case, os Ministros não debateram quanto à extensão do que há de ser entendido por vício de inconstitucionalidade, esse não foi o tema central da discussão posta a julgamento. A matéria submetida a julgamento – e efetivamente decidida na ADI 2418 – foi a constitucionalidade dos artigos 741, parágrafo único e art. 475-L, § 1º, ambos do CPC/73, e, por tabela e correspondência lógica, dos artigos 525, § 1º, III e §§ 12 e 14 e 535, § 5º do CPC/2015. Assim, o que se disse a respeito da abrangência do quanto há de se tomar como toldado por vício de inconstitucionalidade consistiu em verdadeiro *obiter dictum*.
6. Ainda que pudessem ser superados os fundamentos alinhavados, mesmo assim não se poderia cogitar da aplicação do referido precedente versado na ADI 2418. Ainda que se admita que este tribunal tenha “deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional”, não se implementa, na espécie, o outro requisito posto pelo e. Ministro Relator, a saber: a anterioridade do julgamento do STF sobre o tema. Com efeito, o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria agitada nesta rescisória (ADI 2332) se deu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão cuja rescisão se pretende nestes autos.
7. Agravo interno não provido.”

Petição ID 124218047: **Walfrido Rodrigues**, advogado constituído pela parte ré, aponta a existência de omissão no julgado, sustentando que não restou apreciado o pedido de condenação da autarquia ao pagamento de verba honorária. Salienta que a ação rescisória inaugura nova relação processual. Acrescenta que o manejo, pelo INCRA, do agravo interno em face da decisão extintiva da rescisória forçou o relator à citação dos réus, que se viram obrigados a apresentar defesa nestes autos. Aduz que a condenação em honorários é consequência lógica da sucumbência da parte contrária e independe de pedido expresso.

Petição ID 124953536: o INCRA, por sua vez, bate-se pela existência de omissão no julgado sobre os seguintes pontos: a) “a hipótese de cabimento da presente ação rescisória para rescindir decisão transitada em julgado por ‘violar manifestamente norma jurídica’, sendo que tal violação pode ocorrer por se aplicar norma que o e. STF reconheceu como inconstitucional ou, contrariamente, por deixar de aplicar norma tida como constitucional pela mesma Suprema Corte” e b) “o direito ao ajuizamento da ação rescisória somente ter nascido para o INCRA após o julgamento de mérito da ADI 2332, sendo que entendimento diverso significaria dispensar tratamento desigual a situações fáticas equivalentes, afrontando ao Princípio da Isonomia”. Salienta, ainda, a necessidade de prequestionamento da matéria para acesso recursal às instâncias superiores. Defende que a “existência de uma Medida Cautelar proferida em sede de ADIN é, pois, uma condição suspensiva do prazo de desconstituição do *decisum*, já que, não era possível, desde 13 de setembro de 2001, aplicar percentual de juros compensatórios a partir dessa data e para interregno ocorrido após tal marco, de 6% a.a. ou de 0% a.a., assim como previsto no art. 15-A, caput, ou parágrafo 2º, do mesmo dispositivo, do Decreto-lei n. 3.365/41”.

Instadas, ambas as partes apresentaram contraminuta (IDs 129761376, 130962410, 130964051).

É o relatório.

ACÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5011024-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AUTOR: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

REU: ESPOLIO DE JOAO PAULO CABRERA - CPF 006.347-601-06
REPRESENTANTE: NOEMI CABRERA
Advogados do(a) REU: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A,
Advogados do(a) REPRESENTANTE: CLEBER SOUZA RODRIGUES - MS10343, WALFRIDO RODRIGUES - MS2644-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os presentes embargos de declaração foram opostos na vigência do novo Código de Processo Civil de 2015, que dispõe, em seu artigo 1.022, sobre as hipóteses de cabimento dos aclaratórios: a existência, na decisão judicial, de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados pelo Juízo.

Verifico, no presente caso, a existência da omissão apontada nos **embargos de declaração opostos pelo advogado da parte ré**.

De pronto, reconheço a legitimidade recursal do advogado para cogitar sobre a fixação da verba honorária, uma vez que o Código de Processo Civil 2015 positivou o que de há muito já se pleiteava no sentido de que "Os honorários constituem direito do advogado" (artigo 85, § 14). Assim, tratando-se de aclaratórios tirados em face de acórdão publicado na vigência do novo estatuto processual, pertinente a atuação do advogado, em causa própria, na questão alusiva aos honorários que lhe competem.

Impõe-se, no caso concreto, a fixação de verba honorária em favor da parte ré.

E desde já é de se salientar que não se trata de honorários recursais, como quer fazer crer o INCRA em sua contraminuta, mas da própria verba honorária devida nesta ação.

Isso porque a presente ação rescisória foi extinta liminarmente em decorrência do reconhecimento de decadência. Nesse caso, a condenação em honorários não seria cabível, em princípio, já que não formada a relação processual.

No entanto, imperativo constatar que o INCRA atravessou agravo interno em face da extinção da rescisória, o que obrigou o chamamento da parte ré ao feito, na forma do artigo 1.021, § 2º do Código de Processo Civil c.c. o art. 332, §§ 1º e 4º do mesmo estatuto processual.

Assim, sendo a parte ré chamada a defender-se, e tendo comparecido aos autos para tanto, evidente que se formou a relação processual nesta ação de competência originária do tribunal, daí porque se justifica a imposição de verba honorária.

Entretanto, tenho que a condenação não deva observar o valor da causa, tal qual pretendido pelo advogado da parte ré.

Entendo que tanto no CPC/73, como no NCPC mostra-se evidente a intenção do legislador de estabelecer critérios para fixação de honorários de acordo com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu esforço. É o que estava previsto pelo artigo 20, § 3º, alínea 'c' do CPC/73 e atualmente encontra-se regrado pelo artigo 85, § 2º, inciso IV do NCPC.

Ainda que o dispositivo processual atualmente vigente determine sua aplicação, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, dentro dos percentuais fixados pelos incisos I a V do § 3º do artigo 85 do NCPC, resta claro o objetivo do legislador de permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado de modo a evitar o enriquecimento desproporcional e sem causa.

Além disso, a fixação dos honorários de acordo com o trabalho apresentado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço permite ao julgador considerar as características próprias de cada caso concreto.

Ademais, entendo que o artigo 85, § 2º deva ser aplicado em combinação com o artigo 85, § 8º, que estabelece que "Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º".

No caso concreto, diante do decreto liminar de extinção da rescisória em razão da decadência, não se há de falar em proveito econômico imediato, justificando-se a aplicação do preceito final do § 8º do artigo 85, que remete à fixação dos honorários, por "apreciação equitativa", nos moldes do § 2º do mesmo imperativo processual.

Sob estes subsídios, tenho que no caso concreto, considerado o trabalho desenvolvido nestes autos e a extinção prematura do feito, a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se adequada e proporcional, não se revelando demasiada, ponderadas as particularidades da espécie.

Assim, os embargos de declaração do advogado da parte ré devem ser acolhidos para o efeito de aclarar o julgado nos termos acima delineados, que ficam fazendo parte integrante do acórdão ora embargado, para o fim de condenar o INCRA na presente rescisória ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte requerida, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados quando do efetivo adimplemento.

Por outro lado, não prosperamos **embargos de declaração opostos pelo INCRA**.

O acórdão embargado enfrentou os temas trazidos a julgamento.

A decisão, devidamente fundamentada, apreciou e decidiu a matéria submetida a julgamento, tendo abordado as questões relevantes para a solução da controvérsia.

A fundamentação desenvolvida mostra-se clara e precisa.

Especificamente quanto aos pontos levantados pelo INCRA nos aclaratórios, o acórdão embargado assentou:

"Não se aplica ao caso o invocado artigo 535, §§ 5º e 8º do novo CPC/2015, que assim dispõe, verbis:

(...)

Como se vê da leitura do artigo, não vinga a pretensão de ver contado o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória a partir da decisão proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal, já que para tanto mister que tal decisão tenha declarado lei ou ato normativo "considerado inconstitucional" ou "tido como incompatível com a Constituição Federal".

Tomado o caráter estrito do instrumento processual eleito – a rescisória –, não há de se empreender interpretações extensivas, de modo a alargar tanto as hipóteses de cabimento, quanto o prazo para a propositura dessa ação de cujo tipo especial.

Tratando-se de instrumento que excepciona a segurança constitucional a que alçada a coisa julgada, não se permite seja esgrimido em qualquer situação, valendo-se de prazo estendido que a norma processual não tenha expressamente autorizado.

(...)

No caso presente, a decisão invocada pelo INCRA que teria o condão de fazer esta ação amoldar-se ao quanto disposto no artigo 535, § 8º do CPC/2015 (prazo bienal para ajuizamento da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF) é aquela proferida pelo e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 2332, ocasião em que aquela Corte reconheceu, no que toca com o objeto posto nesta rescisória, a "constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% ao ano para remuneração do proprietário para imissão provisória do ente público na posse de seu bem".

À luz da jurisprudência assentada sobre o tema e considerando a aplicabilidade dos precedentes citados ao caso destes autos, entendo que a decisão proferida pelo e. STF nos autos na ADIn 2332 não autoriza a dilação do prazo para a propositura da presente rescisória.

Também não aproveita ao INCRA a jurisprudência colacionada (ADIn 2418), que, segundo sua ótica, teria pacificado a questão sobre o alcance do disposto no artigo 535, § 5º do Código de Processo Civil/2015, o qual abrangeria também norma reconhecida como constitucional.

(...)

Vale dizer: naquele case (ADI 2418), os Ministros não debateram quanto à extensão do que há de ser entendido por vício de inconstitucionalidade, esse não foi o tema central da discussão posta a julgamento. Nessa direção, vale considerar o relatório para melhor constatação do objeto de julgamento:

(...)

Como se vê, no que interessa ao caso presente, a matéria submetida a julgamento – e efetivamente decidida na ADI 2418 – foi a constitucionalidade dos artigos 741, parágrafo único e art. 475-L, § 1º, ambos do CPC/73, e, por tabela e correspondência lógica, dos artigos 525, § 1º, III e §§ 12 e 14 e 535, § 5º do CPC/2015.

Assim, o que se disse a respeito da abrangência do quanto há de se tomar como taldado por vício de inconstitucionalidade (aí compreendidas decisões, segundo o Ministro Relator, que declaram a constitucionalidade de determinada norma) consistiu em verdadeiro *obiter dictum*.” (ID 123734746, p. 4/11)

Como se vê, embora tenha adotado tese de direito diversa daquela esgrimida pelo INCRA, constata-se que o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate.

Denota-se, assim, o objetivo infringente que se pretende dar aos presentes embargos, com o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbrem quaisquer das hipóteses autorizadoras do manejo dos aclaratórios.

A propósito, sequer a pretensão de alegado prequestionamento da matéria viabiliza a oposição dos embargos de declaração, os quais não prescindem, para o seu acolhimento, mesmo em tais circunstâncias, da comprovação da existência de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados. A simples menção a artigos de lei que a parte entende terem sido violados não permite a oposição dos aclaratórios.

De todo modo, há de se atentar para o disposto no artigo 1.025 do novo CPC/2015, que estabelece: "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade", que se aplica ao caso presente, já que estes embargos foram atravessados na vigência do novel estatuto.

Face ao exposto, **rejeito os embargos de declaração do INCRA** e, de outro lado, **acolho os embargos de declaração da parte ré** para o efeito de aclarar o julgado nos termos acima delineados, que ficam fazendo parte integrante do acórdão ora embargado.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PARTE RÉ. OPOSIÇÃO DIRETAMENTE PELO ADVOGADO. QUESTIONAMENTO SOBRE VERBA HONORÁRIA. LEGITIMIDADE RECURSAL. ARTIGO 85, § 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO. EXTINÇÃO LIMINAR DA AÇÃO RESCISÓRIA. RECONHECIMENTO DE DECADÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO PELA PARTE AUTORA. CHAMAMENTO DA PARTE RÉ AO PROCESSO. FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA. NECESSIDADE. CRITÉRIOS. ARTIGO 85, §§ 2º, 3º E 8º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTELIGÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO TRABALHO DESENVOLVIDO PELO ADVOGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PARTE AUTORA (INCRA). INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração destinam-se a sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material de que esteja evado o julgado.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO ADVOGADO DA PARTE RÉ

2. Há de se reconhecer a legitimidade recursal do advogado para cogitar sobre a fixação da verba honorária, uma vez que o Código de Processo Civil/2015 positivou o que de há muito já se pleiteava no sentido de que "Os honorários constituem direito do advogado" (artigo 85, § 14). Assim, tratando-se de aclaratórios tirados em face de acórdão publicado na vigência do novo estatuto processual, pertinente a atuação do advogado, em causa própria, na questão alusiva aos honorários que lhe competem.

3. Impõe-se, no caso concreto, a fixação de verba honorária em favor da parte ré. É de se salientar que não se trata de honorários recursais, mas da própria verba honorária devida nesta ação.

4. A presente ação rescisória foi extinta liminarmente em decorrência do reconhecimento de decadência. Nesse caso, a condenação em honorários não seria cabível, em princípio, já que não formada a relação processual.

5. No entanto, imperativo constatar que o INCRA atravessou agravo interno em face da extinção da rescisória, o que obrigou o chamamento da parte ré ao feito, na forma do artigo 1.021, § 2º do Código de Processo Civil c.c. o art. 332, §§ 1º e 4º do mesmo estatuto processual.

6. Assim, sendo a parte ré chamada a defender-se, e tendo comparecido aos autos para tanto, evidente que se formou a relação processual nesta ação de competência originária do tribunal, daí porque se justifica a imposição de verba honorária.

7. Tanto no CPC/73, como no NCPC mostra-se evidente a intenção do legislador de estabelecer critérios para fixação de honorários de acordo com o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu esforço. É o que estava previsto pelo artigo 20, § 3º, alínea 'c' do CPC/73 e atualmente encontra-se regrado pelo artigo 85, § 2º, inciso IV do NCPC.

8. Ainda que o dispositivo processual atualmente vigente determine sua aplicação, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, dentro dos percentuais fixados pelos incisos I a V do § 3º do artigo 85 do NCPC, resta claro o objetivo do legislador de permitir a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado de modo a evitar o enriquecimento desproporcional e sem causa. Além disso, a fixação dos honorários de acordo com o trabalho apresentado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço permite ao julgador considerar as características próprias de cada caso concreto. Ademais, há de se observar que o artigo 85, § 2º deve ser aplicado em combinação com o artigo 85, § 8º do NCPC.

9. No caso concreto, diante do decreto liminar de extinção da rescisória em razão da decadência, não se há de falar em proveito econômico imediato, justificando-se a aplicação do preceito final do § 8º do artigo 85, que remete à fixação dos honorários, por "apreciação equitativa", nos moldes do § 2º do mesmo imperativo processual. Sob estes subsídios, considerado o trabalho desenvolvido nestes autos e a extinção prematura do feito, a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostra-se adequada e proporcional, não se revelando demasiada, ponderadas as particularidades da espécie.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO INCRA

10. A decisão, devidamente fundamentada, apreciou e decidiu a matéria submetida a julgamento, tendo abordado as questões relevantes para a solução da controvérsia. Embora tenha adotado tese de direito diversa daquela esgrimida pela parte ora embargante, tem-se que o julgado atacado analisou de forma expressa as questões jurídicas postas em debate.

11. Denota-se o objetivo infringente que se pretende dar aos embargos, como o revolvimento da matéria já submetida a julgamento, sem que se vislumbrem quaisquer das hipóteses autorizadoras do manejo dos aclaratórios.

12. Sequer a pretensão de alegado prequestionamento da matéria viabiliza a oposição dos embargos de declaração, os quais não prescindem, para o seu acolhimento, mesmo em tais circunstâncias, da comprovação da existência de obscuridade, contradição, omissão ou ainda erro material a serem sanados. A simples menção a artigos de lei que a parte entende terem sido violados não permite a oposição dos aclaratórios.

13. De todo modo, há de se atentar para o disposto no artigo 1.025 do novo CPC/2015, que estabelece: "Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade", que se aplica ao caso presente, já que os embargos foram atravessados na vigência do novel estatuto.

14. Embargos de declaração do INCRA rejeitados. Embargos de declaração do advogado da parte ré acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração do INCRA e, de outro lado, acolher os embargos de declaração da parte ré, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5009889-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CÍVEL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: RAIMUNDA HOMEM DOS SANTOS
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: DEBORA DAIANE DA SILVA ARAUJO

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5009889-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CÍVEL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: RAIMUNDA HOMEM DOS SANTOS
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: DEBORA DAIANE DA SILVA ARAUJO

RELATÓRIO

Trata-se de Conflito Negativo de Competência deflagrado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco, tendo como suscitado o Juízo da 1ª Vara Federal Cível de São Paulo.

O processo de origem – ação em que se pretende a anulação do procedimento de execução extrajudicial de imóvel – foi distribuído inicialmente perante o Juízo da 1ª Vara Federal Cível de São Paulo, que, constatando que o imóvel objeto da demanda está situado na cidade de Cotia, bem como a existência de cláusula de eleição de foro, declinou em favor do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco.

Este, por sua vez, suscitou o presente conflito, sustentando não se tratar de discussão afeta a direito real, mas sim pessoal, tratando-se, portanto, de caso de competência relativa que não admite o declínio de ofício, ainda que se considere a existência de cláusula contratual de eleição de foro, circunstância que deve ser arguida, de todo modo, pela parte contrária.

Nesta sede, designou-se o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do conflito.

É o relatório.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5009889-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CÍVEL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: RAIMUNDA HOMEM DOS SANTOS
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: DEBORA DAIANE DA SILVA ARAUJO

VOTO

Entendo que o conflito deve ser julgado procedente.

Tenho que o caso posto na lide de origem envolve discussão sobre direito pessoal.

Com efeito, a causa de pedir é toda ela voltada para a irregularidade do procedimento de execução extrajudicial levado a cabo pela CEF e o consequente direito da autora de purgar a mora e restabelecer a relação contratual, sob o fundamento de que a instituição não teria observado a obrigatoriedade de intimação prévia da requerente para pagamento do débito.

Como se vê, as alegações lançadas pela autora no feito de origem são todas voltadas à discussão de direito pessoal, de modo que entendo não se tratar de debate de fundo sobre direito real que autorizaria o declínio de ofício pelo Juízo a quem inicialmente distribuído o feito (1ª Vara Federal Cível de São Paulo).

Destaco que nem mesmo a estipulação de cláusula de eleição de foro na sede da seção judiciária da Justiça Federal com jurisdição sobre a localidade em que situado o imóvel afasta tal conclusão.

Como se trata de competência relativa, não se admite o declínio de ofício (artigo 64 do Código de Processo Civil/2015), sendo necessária a arguição pela parte contrária. Essa, aliás, a inteligência sedimentada na Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça ("A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício").

O artigo 43 do CPC/2015 dispõe que: "Determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta". É a regra que institui a denominada *perpetuatio jurisdictionis*.

Ora, não se verificando na espécie hipótese de supressão de órgão judiciário ou alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, inviável a redistribuição do feito empreendida prematuramente pelo suscitado, mesmo em face da existência de cláusula de eleição de foro.

Confira-se a jurisprudência abaixo colacionada:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO VERSANDO CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. COMPETÊNCIA RELATIVA.

I - Ação que se funda em direito pessoal, ajuizada no foro do domicílio do autor; a despeito de existir cláusula de eleição de foro do lugar da situação do imóvel.

II - Competência relativa que não autoriza a declinação de ofício. Súmula 33 do STJ.

III - Recurso provido." (AI 00111688620144030000, Relator Desembargador Federal Peixoto Junior, Segunda Turma, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, DJe 20/4/2016)

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA RELATIVA. MODIFICAÇÃO EX OFFÍCIO. NÃO CABIMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CEF.

1. Reconhecimento de ofício da incompetência pelo magistrado, em virtude de cláusula de foro de eleição. Não cabimento.

2. Regra de alteração da competência relativa, permitindo-se aos contratantes a eleição de foro conforme sua vontade, nos termos do art. 111 do Código de Processo Civil.

3. O ordenamento vigente, contudo, não permite ao juiz reconhecer a incompetência relativa de ofício, entendimento consolidado na Súmula 33 do STJ. Somente o réu pode alegar incompetência relativa, e deve fazê-lo no primeiro momento que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão. Precedente - CC 200503000195165, TRF3.

4. Conflito de competência procedente." (CC 00038574420144030000, Relator Desembargador Federal Luiz Stefanini, Primeira Seção, DJe 17/3/2015)

Face ao exposto, julgo **procedente** o conflito para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal Cível de São Paulo para o processamento do feito de origem.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE IMÓVEL. DISCUSSÃO DE DIREITO PESSOAL. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NÃO OBSERVADA POR OCASIÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE ARGUIÇÃO PELA PARTE CONTRÁRIA.

1. Conflito de competência deflagrado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco, tendo como suscitado o Juízo da 1ª Vara Federal Cível de São Paulo, em sede de ação em que se pretende a anulação do procedimento de execução extrajudicial de imóvel.
2. O caso posto na lide originária envolve discussão sobre direito pessoal, haja vista que a causa de pedir é toda ela voltada para a irregularidade do procedimento de execução extrajudicial levado a cabo pela CEF e o consequente direito da autora de purgar a mora e restabelecer a relação contratual, sob o fundamento de que a instituição não teria observado a obrigatoriedade de intimação prévia da requerente para pagamento do débito.
3. Não se trata de hipótese de debate de fundo sobre direito real que autorizaria o declínio de ofício pelo Juízo a quem inicialmente distribuído o feito.
4. Nem mesmo a estipulação de cláusula de eleição de foro na sede da seção judiciária da Justiça Federal com jurisdição sobre a localidade em que situado o imóvel afasta tal conclusão.
5. Tratando-se de competência relativa, não se admite o declínio de ofício (artigo 64 do Código de Processo Civil/2015), sendo necessária a arguição pela parte contrária. Essa, aliás, a inteligência sedimentada na Súmula nº 33 do C. Superior Tribunal de Justiça ("A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício"). Aplicação do artigo 43 do CPC/2015, que dispõe sobre a denominada *perpetuatio jurisdictionis*. Precedentes desta Corte (AI 00111688620144030000 e CC 00038574420144030000).
6. Conflito de competência julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Primeira Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal Cível de São Paulo para o processamento do feito de origem, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 2ª SEÇÃO

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0014121-66.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
EMBARGANTE: RACIONAL ENGENHARIA LTDA
Advogado do(a) EMBARGANTE: JOSE VICENTE CERA JUNIOR - SP155962-A
EMBARGADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos infringentes em ação anulatória de créditos de PIS/PASEP.

Por petição, a embargante requer a substituição do depósito por seguro garantia (ID 133126791).

Argumenta com a decretação de estado de calamidade pública, em decorrência da pandemia de coronavírus. Sua situação econômico-financeira teria se agravado em decorrência da pandemia.

Anota que o seguro garantia seria equiparado à penhora, nos termos do artigo 9º, § 3º, da Lei Federal nº. 6.830/80.

Intimada, a União se opôs ao pedido (ID 136100981).

É uma síntese do necessário.

Depósito judicial é **garantia do processo**.

Liquidação do numerário objeto do depósito judicial, **após o trânsito em julgado**, é algo distinto.

O Código Tributário Nacional faz a distinção:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

VI - a conversão de depósito em renda.

Até o trânsito em julgado, os valores objeto do depósito do depósito judicial produzem eficácia **processual** suspensiva em relação à exigência controversa.

Depois, o numerário fica disponível para quem seja credor, em parte ou sobre o montante total, de acordo como **fitulo judicial**.

Os depósitos só podem ser movimentados **após** o trânsito em julgado.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 9.718/98. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO PELO STF. TRÂNSITO EM JULGADO. DEPÓSITO EFETUADO NOS TERMOS DO ART. 151, II, DO CTN. LEVANTAMENTO. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. SÚMULA 98/STJ. EXCLUSÃO DE MULTA.

1. Os depósitos efetuados pelo contribuinte por ocasião do questionamento judicial do tributo suspendem a exigibilidade do mesmo, enquanto perdurar a contenda, ex vi do art. 151, II, do CTN e, por força do seu desígnio, implica lançamento tácito do montante exato do quantum depositado, conjurando eventual alegação de decadência do direito de constituir o crédito tributário. Precedentes: AgRg no Ag 1163962/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009; AgRg nos EREsp 1037202/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 21/08/2009; REsp 1037202/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 24/09/2008; REsp 757.311/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 18/06/2008.

2. "O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado, permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou" (REsp nº 252.432/SP, Rel. para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.06.2005, DJ 28.11.2005). Outros precedentes: AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/4/2009, DJe de 3/6/2009; EDcl no REsp 225.357/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 28/4/2006.

3. O destino do depósito efetuado nos moldes do art. 151, II, do CTN, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sempre dependerá do resultado da demanda a que estiver vinculado, dada a sua natureza de garantia da dívida em discussão, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, II, da Lei nº 9.703/98. Permitir o levantamento do depósito judicial sem a anuência do Fisco significa esvaziar o conteúdo da garantia prestada pelo contribuinte em detrimento da Fazenda Pública. Precedentes: REsp 476.567/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 06/12/2004; AgRg no REsp 921.123/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/06/2009; REsp 252.432/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 28/11/2005). (...)

8. Recurso especial provido para afastar a multa (art. 538, parágrafo único, do CPC) e anular o acórdão recorrido".

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu, no regime de repetitividade, que a garantia mediante seguro ou fiança bancária, **com relação a créditos tributários, como no caso, não** equivale a depósito judicial para o fim específico de suspensão da exigibilidade tributária: REsp 1156668/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

É, portanto, inviável a substituição da garantia incidente sobre dinheiro por qualquer outro bem - **jurisprudência que não conta com o convencimento deste Relator, mas que é respeitada diante do regime legal dos julgamentos repetitivos.**

Por tais fundamentos, **indefiro o pedido.**

Publique-se. Intime-se.

Após, conclusos.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5017723-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 7ª VARA FEDERAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 14ª VARA FEDERAL CÍVEL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE AUTORA: MARIA CECILIA MERHEJ
ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: RONALDO BATISTA DUARTE JUNIOR

D E C I S Ã O

Cuida-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo Federal da 7ª Vara Federal das Execuções Fiscais de São Paulo/SP (suscitante) e o da 14ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP (suscitado) acerca de ação declaratória de prescrição do prazo para protesto do título cumulada com indenização por danos morais com pedido de liminar ajuizada por Maria Cecília Merhej em face da União Federal (Fazenda Nacional), objetivando a sustação dos protestos das CDAs nºs. 80.2.11.038020-41 e 80.6.11.065548-62 com o reconhecimento da inexigibilidade de débito fiscal, ao argumento da ocorrência da prescrição. Emendou a inicial requerendo que o pedido inicial se estenda às CDAs 80.6110816-90, 80.611065549-43 e 80.211038021-11, alterando o valor da causa para R\$ 190.056,42.

Referida ação foi inicialmente distribuída à 14ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP, que declinou de sua competência, considerando que já houve propositura da execução fiscal, autuada sob nº. 0507192-79.1983.4.03.6182, em curso perante a 7ª Vara de Execuções Fiscais, feito este que fora distribuído em 11.1.1983, data anterior a propositura da presente ação anulatória, distribuída em 11.11.2019, havendo conexão entre os feitos nos termos do art. 55, parágrafo 2º, I do CPC.

Redistribuídos os autos, o Juiz da 7ª Vara Federal das Execuções Fiscais de São Paulo/SP suscitou conflito negativo de competência. Aduz o suscitante que a competência da Vara Especializada em Execução Fiscal é absoluta em razão da matéria e que o Provimento CJF3R nº 25, de 12/09/2017, não contempla a hipótese de processamento e julgamento da demanda submetida ao procedimento comum, nelas se incluindo a ação declaratória de sustação de protesto em razão da inexigibilidade de débito fiscal pela ocorrência da prescrição que deve ser ajuizada perante as Varas Federais não especializadas.

O presente dissenso foi instruído com o Ofício nº 153/2020 e cópia integral dos autos da ação nº 5024309-47.2019.4.03.6100.

É o relatório.

Decido.

A controvérsia travada neste conflito consiste na definição do juízo competente para processar e julgar a presente ação de declaração da prescrição do prazo para protesto das CDAs nºs. 80.2.11.038020-41 e 80.6.11.065548-62, objeto da execução fiscal nº 0507192-79.1983.4.03.6182, em trâmite perante o juízo suscitante.

O Provimento CJF3R nº 25/2017 prevê:

“Art. 1º Atribuir às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, competência para processar e julgar:

I - as ações de execução fiscal, bem como os respectivos embargos;

II - as medidas cautelares fiscais, previstas na Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992;

III - as ações e tutelas tendentes, exclusivamente, à antecipação de garantia da execução fiscal não ajuizada, mesmo quando já aforada, no Juízo cível, ação voltada à discussão do crédito fiscal.

§ 1º Intentadas as medidas previstas nos incisos II ou III, fica o Juízo Especializado prevento para a execução fiscal correspondente ao crédito acautelado ou garantido.

§ 2º Compete, ainda, às Varas Especializadas em Execuções Fiscais, o processamento de cartas precatórias referentes a citações, intimações, penhoras, avaliações, praças ou leilões, e respectivos incidentes, quando a depreciação tenha por origem ação de execução fiscal, ou outra que seja de sua competência material.

Art. 2º Ajuizada ação perante o Juízo cível, para a discussão de crédito fiscal, compete-lhe comunicar o fato ao Juízo Especializado ao qual distribuída a execução fiscal relativa ao mesmo crédito controvertido.

Art. 3º Revogam-se os Provimentos CJF3R nº 56, de 04/04/1991, e nº 10, de 10/04/2017.

Art. 4º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação.

(...).”

Na espécie, é competente o Juízo da Vara especializada para processar e julgar ação anulatória de débito fiscal proposta posteriormente à execução fiscal, devendo haver a reunião dos feitos no Juízo da Vara das Execuções Fiscais, reconhecendo-se a conexão entre as ações e não se considerando existir na hipótese alteração de competência absoluta.

Nesse sentido, é o entendimento sedimentado nesta Corte Regional, consoante se verifica dos elucidativos arestos a seguir transcritos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA EM AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA POSTERIORMENTE À EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DOS FEITOS PERANTE O JUÍZO DA VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS. POSSIBILIDADE.

I - A ação declaratória, objeto do conflito de competência, proposta posteriormente à execução fiscal, versa matéria típica de embargos à execução fiscal, devendo haver a reunião dos feitos no Juízo da Vara das Execuções Fiscais, reconhecida a conexão entre as ações e não se considerando existir na hipótese alteração de competência absoluta. Precedentes do STJ e desta Segunda Seção.

II - Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5007771-55.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 08/06/2020, Intimação via sistema DATA: 12/06/2020)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POSTERIOR À EXECUÇÃO FISCAL.

Proposta a ação anulatória posteriormente à execução fiscal, reconhecida a conexão entre as ações e não se considerando existir na hipótese alteração de competência absoluta, deve haver a reunião dos feitos, tendo a ação anulatória, em sua essência, o mesmo objetivo da ação de embargos à execução, representando meio de oposição aos atos executórios.

E, na específica situação dos autos, proposta a ação anulatória para desconstituir o título, na pendência da execução fiscal, havendo cumulação do pedido de indenização por dano moral, referido pedido é dependente exclusivamente da impugnação do crédito fiscal. Dessa forma, estando relacionado à ação anulatória, o pedido de indenização deve ser processado e julgado na vara especializada, ainda que haja necessidade de produção de provas, pois a ação de embargos à execução ou a ação anulatória autônoma ou desconstitutiva do título executivo admitem tal instrução.

Conflito de competência improcedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5008977-07.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 08/06/2020, Intimação via sistema DATA: 11/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL. REUNIÃO DE FEITOS.

1. Tratando-se do mesmo débito, compete ao juízo da execução fiscal processar e julgar a ação anulatória aforada posteriormente. Precedentes do STJ e desta Corte Regional.

2. Conflito de competência julgado improcedente.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, CCCiv - CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL - 5023462-12.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 14/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito de competência para declarar a competência da Juízo da 7ª Vara Federal das Execuções Fiscais de São Paulo/SP, o suscitante.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Intimem-se. Oficiem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5017610-41.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
AUTOR: MERAX - DISTRIBUICAO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogados do(a) AUTOR: FLAVIO FERRARI TUDISCO - SP247082-A, RICARDO MARTINS RODRIGUES - SP247136-A
REU: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Agravo interno interposto por MERAX – DISTRIBUIÇÃO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA (Id. 5344657) contra decisão que indeferiu a petição inicial e, nos termos do artigo 333, inciso III, do CPC e extinguiu o processo, ex vi do artigo 485, inciso I, c.c. 932, inciso I, ambos do CPC (Id. 3957062). Pedido de reconsideração indeferido (Id. 35740744).

A agravante alega, em síntese:

- a) inaplicabilidade do entendimento firmado no julgamento do RE nº 590.809/RS na espécie, porquanto o caso concreto objeto daquele julgado não coincide com o da decisão agravada;
- b) a tese fixada no RE nº 590.809/RS denota finalidade de preservar a autoridade da coisa julgada em respeito à jurisprudência assentada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, de modo a evitar que a ação rescisória passe a ser utilizada como sucedâneo recursal com o intuito de uniformizar a jurisprudência conforme novo entendimento que venha a ser adotado pelo STF a respeito da matéria julgada;
- c) restringiu-se, assim, o entendimento até então vigente no sentido de que a Súmula nº 343/STF não seria aplicável para toda e qualquer ação rescisória em que o pano de fundo da controvérsia envolvesse matéria constitucional;
- d) no caso analisado no RE nº 590.809/RS, a ação rescisória ajuizada pela União Federal pretendia desconstituir acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se reconheceu o direito ao credimento do IPI relativo a insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, à vista do posterior entendimento firmado pelo Plenário do STF, no julgamento do RE nº 353.657/PR, contrário a este posicionamento, que foi julgado em data anterior à entrada em vigor da sistemática da repercussão geral;
- e) a decisão que motivou o ajuizamento da ação rescisória objeto do RE nº 590.809/RS foi aquela proferida no RE nº 353.657/PR, não julgado sob o rito da repercussão geral, de modo que o entendimento ali fixado não poderia irradiar efeitos para além dos limites subjetivos da lide, diferentemente do RE nº 574.706/PR, quando o STF decidiu, com repercussão geral, que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS – precedente de aplicação obrigatória para todos os processos que discutem a matéria;
- f) o acórdão firmado no julgamento do RE nº 590.809/RS ressaltou expressamente a inaplicabilidade do enunciado nº 343 nas hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade, ao passo que o mesmo raciocínio se aplica a outras espécies que ostentam a natureza de precedentes obrigatórios, a exemplo do recurso extraordinário com repercussão geral, o qual passou a produzir efeitos vinculantes para as instâncias inferiores (art. 927, inciso III, do CPC);
- g) antes das alterações introduzidas pelo CPC/2015, que ampliou o rol de precedentes vinculantes dos tribunais superiores, a jurisprudência do STF já sinalizava para uma tendência de objetivação da declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, de modo a produzir efeitos para além do caso concreto;
- h) especialmente após a vigência do CPC/2015 não resta dúvida sobre o caráter obrigatório dos precedentes firmados em sede de repercussão geral a autorizar, inclusive, a rescisão de julgados que eventualmente tenham se formado em desconformidade com a orientação jurisprudencial da Suprema Corte dotada de força persuasiva especial e diferenciada, com o objetivo de prestigiar a supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários (concretização do princípio da isonomia);

i) no mencionado precedente restou assentado o entendimento de que a ação rescisória não é cabível quando, ao tempo da prolação da decisão rescindenda, existia firme e consolidada jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido da decisão que se pretende rescindir, ou seja, apenas quando a decisão rescindenda refletir a jurisprudência da própria Suprema Corte vigente à época da sua prolação é que incide a Súmula nº 343/STF, não basta existir controvérsia jurisprudencial em sentido abrangente, mas verdadeira alteração de posicionamento que já havia sido consolidado no âmbito do próprio STF para que o cabimento da ação rescisória seja negado, ressalvados os casos de precedentes obrigatórios para os quais, conforme visto, a Súmula nº 343 continua inaplicável;

j) consoante posicionamento da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a superveniente alteração da jurisprudência do STF, a qual pressupõe existência de um firme posicionamento sobre matéria constitucional, não autoriza a rescisão de decisão judicial proferida à luz do anterior posicionamento daquela Corte e, a contrario sensu, afirmou-se que, se, ao tempo da decisão rescindenda, inexistir posição do STF sobre a questão constitucional debatida, deve ser admitido o manejo da ação rescisória;

k) posteriormente ao julgamento do RE nº 590.809/RS, o Plenário do STF, ao decidir a AR nº 2.370 AgR/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 11/11/2015, esclareceu que a tese firmada em repercussão geral naquele caso se limitou a afastar o cabimento de ação rescisória tão somente na hipótese de alteração da jurisprudência do STF (mutação constitucional), de modo que permaneceu hígido o cabimento da ação rescisória em caso de divergência jurisprudencial no âmbito de outros tribunais;

l) a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto à abrangência restrita do entendimento firmado no RE nº 590.809/RS aos casos de alteração da jurisprudência do próprio STF no julgamento dos EDcl na Ação Rescisória nº 4.640/DF;

m) a ação rescisória somente será incabível quando a decisão rescindenda tiver afrontado entendimento jurisprudencial já firmado à época da sua prolação, no próprio STF;

n) à época da prolação e do trânsito em julgado da decisão rescindenda (09/03/2017) não havia pronunciamento do STF que tivesse declarado a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e já existia entendimento do Plenário do STF (RE nº 240.785/MG/ 08/10/2014), que já rejeitava a pretensão da União Federal de exigir a inclusão do ICMS na base de cálculo das alíquotas contribuições sociais, a demonstrar descompasso da decisão rescindenda com a orientação jurisprudencial já assente pelo STF à época;

p) o posterior julgamento do RE nº 574.706/PR (acórdão publicado em 02/10/2017), sob a sistemática da repercussão geral, apenas reafirmou a jurisprudência firme no STF acerca da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS;

q) não é razoável atribuir maior valor ao precedente firmado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.144.469/PR, julgado em 10/08/2016 como recurso repetitivo, do que ao entendimento firmado pelo Plenário do STF nos julgamentos do RE nº 240.785/MG e do RE nº 574.706/PR;

r) o RE nº 574.706/PR foi afeito ao regime da repercussão geral em 24/04/2008 pelo STF, a se questionar a competência do STJ para decidir a matéria à luz da legislação infraconstitucional em sede de recurso repetitivo antes de o STF concluir o julgamento do recurso extraordinário, considerada a sistemática estabelecida pelo CPC/2015 (arts. 1.039 e 1.040);

s) a tese que foi fixada na repercussão geral do RE nº 590.809/RS não se amolda ao quadro fático jurídico delineado nos presentes autos.

Antes da apreciação do pedido de reconsideração, a agravante apresentou petição intercorrente para afirmar que o Ministro Celso de Mello, em decisão divulgada no DJE de 06/09/2018, julgou prejudicada a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18/DF, em que se discutia a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que a matéria já foi decidida pelo Plenário do STF no julgamento do RE nº 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida. Sustentou a agravante que a decisão noticiada demonstra a equivalência de efeitos entre as decisões emanadas do julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade e dos recursos extraordinários com repercussão geral e demonstra a inaplicabilidade do acórdão objeto do RE nº 590.809/RS ao caso dos autos (Id. 6623107).

Pedido de reconsideração indeferido (Id. 35740744).

Resposta da agravada, na qual requer o desprovemento do agravo (Id. 57287349).

É o relatório.

DECIDO

Tenho entendido que o Plenário da Corte Suprema, ao apreciar o RE nº 590.809/RS, julgado sob o regime de repercussão geral, em 22.10.2014 (DJ de 24/11/2014), estabeleceu nova diretriz ao determinar a vedação da propositura da ação rescisória se a matéria for controvertida nos tribunais, seja ela constitucional ou não. Ademais, decidiu a Segunda Seção desta corte que o novel precedente não poderia retroagir para alcançar as demandas rescisórias já ajuizadas, em homenagem à segurança jurídica (AR nº 2012.03.00.030282-0, j. em 07.06.2016).

Debruço-me novamente sobre o tema, todavia, para perquirir se, de fato, a orientação de incidência do enunciado se aplica genericamente a todos os casos em que se identifique matéria controvertida, ainda que de ordem constitucional.

O reconhecimento da repercussão geral no RE nº 590.809/RS foi delineada nos seguintes contornos: "*Possui repercussão geral controvérsia envolvendo a rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo, bem como a relativa ao creditação no caso de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.*"

A Tese nº 136 resultante teve a redação que segue reproduzida:

"*Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.*"

Destarte, conforme retratado na ementa do leading case, consignaram-se as seguintes conclusões:

a) a ação rescisória não consubstancia meio adequado para uniformizar a jurisprudência;

b) incidência da Súmula 343, em razão de entendimentos diversos acerca da interpretação da Carta Magna, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, posicionamento coincidente com o da decisão rescindenda.

Confira-se a ementa:

ACÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões "ação rescisória" e "uniformização da jurisprudência".

ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbo nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 590.809/RS- RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO)

Do exame da evolução da jurisprudência do STF após a fixação da Tese nº 136, verifica-se que, apesar de ter abrangido interpretações diversas (AR 1415, AR 2421, AR 2423, AR 2425, AR 2435, AR 2605, por exemplo), em nenhum momento sedimentou a orientação de aplicação da Súmula nº 343 genericamente a todos os casos em que se identifique matéria controvertida, ainda que de ordem constitucional. Consoante bem explicitou o Ministro Teori Zavascki na AR nº 2370, julgada à unanimidade pelo Plenário, a conclusão adotada no RE 590.809 não alterou substancialmente o posicionamento dos ministros sobre o cabimento das ações rescisórias fundadas em ofensa à Constituição, apenas definiu que a superveniente modificação do entendimento não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação desconstitutiva para rescindir acórdão que aplicara os precedentes fixados em plenário pelo próprio STF, *verbis*:

Ementa: **ACÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. RESCISÃO DE ACÓRDÃO QUE APLICOU JURISPRUDÊNCIA DO STF POSTERIORMENTE MODIFICADA. NÃO CABIMENTO DA ACÇÃO RESCISÓRIA COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. PRECEDENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RESCISÓRIA. FIXAÇÃO.**

1. Ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE 590.809/RS, (Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 24/11/2014), o Plenário não operou, propriamente, uma substancial modificação da sua jurisprudência sobre a não aplicação da Súmula 343 em ação rescisória fundada em ofensa à Constituição. O que o Tribunal decidiu, na oportunidade, foi outra questão: ante a controvérsia, enunciada como matéria de repercussão geral, a respeito do cabimento ou não da "rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo", a Corte respondeu negativamente, na consideração de que a ação rescisória não é instrumento de uniformização da sua jurisprudência.

2. Mais especificamente, o Tribunal afirmou que a superveniente modificação da sua jurisprudência (que antes reconhecia e depois veio a negar o direito a creditação de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero) não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio STF.

3. Devidos honorários advocatícios à parte vencedora segundo os parâmetros do art. 20, § 4º, do CPC. 4. Agravo regimental da União desprovido. Agravo regimental da demandada parcialmente provido.

(AR 2370 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015)

Revejo, pois, o posicionamento anteriormente adotado. De acordo com a Tese nº 136, fixada no julgamento do RE nº 590.809, apenas o provimento jurisdicional que tenha interpretado disposição constitucional com esteio em posicionamento do Pleno do Excelso Pretório contemporâneo à sua prolação justifica o afastamento da rescisão. Ausente tal circunstância, impedir genericamente o seguimento das rescisórias fundadas em questão controvertida de índole constitucional atenta contra a finalidade da Carta Magna, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a incumbência de ser o seu intérprete final.

Outrossim, a mera divergência jurisprudencial em instâncias ordinárias não viabiliza a aplicação da Súmula nº 343 do STF. Confira-se o seguinte julgado do E. S.T.J.:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. FATO GERADOR PRESUMIDO. OCORRÊNCIA. DIFERENÇA A MENOR DO ASPECTO QUANTITATIVO. DIREITO À RESTITUIÇÃO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF EM JULGAMENTO REALIZADO COM REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O STJ reconheceu o direito de o contribuinte obter restituição do ICMS pago a maior quando, em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, a operação posterior tiver ocorrido em valor inferior ao presumido. Esse acórdão foi rescindido diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.854-4/AL, em que se concluiu que o direito à restituição só existiria quando o fato gerador presumido terminasse por não se realizar, inexistindo quando se realizasse com base de cálculo menor que a presumida.

2. No RE 590.809, o STF estabeleceu que a sua Súmula 343 deve ser observada quando há oscilação da sua própria jurisprudência. Em outras palavras, se um acórdão transita em julgado acolhendo orientação que tinha o Supremo Tribunal Federal, na hipótese de posterior mudança no entendimento da Corte Maior, não será cabível Ação Rescisória. Não seria esse o caso dos autos, pois o STF, ao julgar a ADI 1.854-4/AL, não modificou entendimento de mérito anterior, tendo alterado apenas o que inicialmente adotou em juízo liminar, por definição precário.

3. Todavia, agora, houve, efetivamente, mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. No julgamento do RE 593.849, realizado sob regime de repercussão geral, foi acatada a tese de que "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

4. Assim, o STF, agora, em regime de repercussão geral, chegou exatamente ao posicionamento que tinha o acórdão rescindendo. Consequentemente, é o caso de acolhimento dos Embargos de Declaração, com efeitos modificativos. Não se aplica a modulação dos efeitos da decisão determinada pelo Supremo, pois ele afastou dela os casos pretéritos que já estejam em trâmite judicial.

5. Embargos de Declaração acolhidos com efeitos infringentes para julgar improcedente a Ação Rescisória. (EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 19/12/2016)

Destarte, há que se perquirir sobre a natureza controversa da matéria na data da prolação da decisão rescindenda, em 20.01.2017 (Id nº 3658037), a qual negou provimento à apelação, nos seguintes termos:

"A sentença não merece reforma. A questão debatida nos autos, acerca do pedido de exclusão, atinente à base de cálculo do PIS e da COFINS, da parcela relativa ao ICMS, foi recentemente pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, nos termos do disposto nos artigos 1036 e ss. do CPC, no REsp 1.144.469/PR, verbis: (...)"

À época, a possibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS era sumulada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consoante se constata dos verbetes nº 68 e 94. No mesmo sentido, o julgamento do Recurso Especial nº 1.144.469/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, julgado em 02/12/2016 (Tema nº 313).

No STF havia o RE nº 574.706, com repercussão geral reconhecida em abril de 2008 e, em agosto do mesmo ano, houve provimento liminar no bojo da ADC 18 (cujo objeto é a declaração de constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS), para suspender o andamento das ações que versavam sobre a matéria, medida que foi prorrogada algumas vezes e finalmente perdeu vigência. O julgamento do RE nº 240.785 (iniciado em setembro de 1999), por sua vez, só foi concluído em outubro de 2014, ocasião em que o Pleno da Suprema Corte já sinalizava o entendimento que adotaria no julgamento do RE 574.706, em controle difuso de constitucionalidade, e que pacificaria a questão em março de 2017. Confira-se:

TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro.

COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento. (RE 240.785/MG-RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO- PLENÁRIO)

Assim, nos moldes estabelecidos pela Tese nº 136 fixada no julgamento do RE nº 590809/RS, a decisão rescindenda restaria infatível de rescisão caso tivesse adotado o posicionamento do Plenário do S.T.F. explicitado no julgamento do RE nº 240.785, todavia decidiu em sentido contrário àquela Corte, de modo que não há razão para obstar a desconstituição do decisum mediante a incidência da Súmula nº 343/STF. Destarte, reconsidero a decisão agravada. Prejudicado o agravo regimental.

Quanto ao pedido de concessão de tutela provisória de urgência, sustenta o perigo de dano consistente no risco de ser penalizada com severas autuações fiscais, com a consequente inscrição dos débitos em dívida ativa e o posterior ajuizamento de execução fiscal, bem assim na possibilidade de ter seu nome inscrito em cadastros públicos de maus pagadores, além de ter inviabilizada a expedição de certidão de regularidade fiscal.

Aduz ainda que o eventual recolhimento dos valores em cobrança, caso não obtenha a tutela de urgência requerida, fará com que se sujeite posteriormente à tortuosa via do solve et repete para reaver os valores indevidamente pagos, sem contar a indevida constrição patrimonial perpetrada, o que, por si só, acarretaria evidente dano de difícil reparação.

A regra, estipulada no artigo 969 do CPC, é que propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada, contudo, a concessão da tutela provisória. Assim, em casos excepcionais, cabível a suspensão da execução de decisão transitada em julgado até o julgamento final da rescisória, conforme admite o Supremo Tribunal Federal (1ª T.; PETQO 1414/MG; Rel. Min. Moreira Alves; DJ 15/05/98). Para tanto, os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil devem estar perfeitamente delineados. Todavia, em cognição sumária, não se verifica o perigo de dano, uma vez que precisa ser atual, presente e concreto, o que não ocorre no caso em análise, no qual apenas foi suscitada genericamente a possibilidade de sofrer sanção de ordem fiscal, eventuais inscrição em dívida ativa ou ajuizamento de execução fiscal, bem como negatização nos órgãos de cadastro de inadimplentes citados, sem comprovar qualquer ato nesse sentido. Entretanto, meras alegações desprovidas de prova não justificam urgência. Desse modo, ausente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, desnecessária a apreciação da probabilidade do direito, pois, por si só, não legitima a providência almejada. Ante o exposto, indefiro a tutela provisória pleiteada.

Cite-se a ré, conforme o artigo 970 do Código de Processo Civil, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

Publique-se.

Cumpra-se.

SUBSECRETARIA DA 3ª SEÇÃO

EMBARGOS INFRINGENTES (208) Nº 0001018-90.2012.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
EMBARGANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, CLEYTON DE LIMA TEIXEIRA PINTO
Advogado do(a) EMBARGANTE: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO - SP139831-N
EMBARGADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) EMBARGADO: ANDRE AUGUSTO LOPES RAMIRES - SP253782-N
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: RICARDO TEIXEIRA PINTO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO

DESPACHO

Trata-se de processo digitalizado nos termos da Resolução PRES nº 278, de 26 de junho de 2019, que disciplina a virtualização do acervo de autos físicos em transição no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, bem como sua inserção no Sistema Processual Eletrônico – PJe, e dá outras providências.

Na manifestação ID 126638629, a parte embargante requer a regularização da digitalização dos autos, em especial das páginas 28, 29, 36 e 41 do volume 1 – ID 107852542, bem como das páginas 35/37, 41/51, 133 e 171/173 do volume 2 – ID 122733915.

Considerando-se:

- a) a impossibilidade de acesso deste gabinete aos autos físicos em razão do teletrabalho, estabelecido pelas Portarias Conjuntas PRES/CORE nºs 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, todas de 2020, em decorrência da pandemia da covid-19;
- b) a premissa de impulso processual imediato objetivando a efetividade do princípio da celeridade processual, bem como em cumprimento às metas do C. CNJ e às prioridades legais;
- c) o princípio da cooperação dos sujeitos processuais (artigo 6º do CPC).

Decido.

No tocante às páginas 29 do volume 1 - ID 107852542 e 171/173 do volume 2 - ID 122733915, é possível visualizar os respectivos conteúdos sem que haja efetivo prejuízo ao requerente.

Quanto às páginas 28 (certidão de casamento – Ricardo Teixeira Pinto e Leda Aparecida de Lima), 36 (certidão de óbito – Paulina Lídio Pinto) e 41 (certidão de casamento – Ricardo Teixeira Pinto e Leda Aparecida de Lima) do volume 1 - ID 107852542 e 35/37, 41/45 e 133 do volume 2 - ID 122733915 (manifestações do requerente nos autos), vejo que se trata de documentos anexados pelo próprio requerente, de modo que lhe é possível, caso detenha cópias dos aludidos documentos e manifestações, **providenciar a digitalização e inserção no processo, no prazo de 15 (quinze) dias**, observando as diretrizes estabelecidas na Resolução PRES nº 142, de 20 de julho de 2017.

Destaco que, na impossibilidade de cumprimento da presente determinação, o processo terá o seu curso restabelecido, a fim de dar continuidade à tramitação do recurso especial apresentado pela entidade autárquica.

Caso se mostre contrário à presente determinação, o requerente deverá, **no mesmo prazo de 15 dias, demonstrar o efetivo prejuízo, sob pena de prosseguimento imediato do feito**, na forma em que se encontra o processo.

Após, restitua-se o feito à egrégia Vice-Presidência.

Intime-se.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (221) Nº 5015081-78.2020.4.03.0000

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

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE AUTORA: LUCIENE NOVAES DO PRADO SILVA

ADVOGADO do(a) PARTE AUTORA: EDMILSON CAMARGO DE JESUS

D E C I S Ã O

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Toru Yamamoto (Relator):

Trata-se de Conflito Negativo de Competência suscitado pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Guarulhos-SP, em face do Juízo Federal da 6ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP, nos autos de ação objetivando a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

A ação foi proposta perante a 6ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP, a qual determinou a redistribuição a uma das Varas da Subseção Judiciária de Guarulhos-SP.

Sendo assim, os autos foram remetidos a 4ª Vara Federal da Guarulhos-SP, a qual suscitou conflito negativo de competência, alegando que a competência territorial é relativa, não podendo ser declarada de ofício.

O Juízo Suscitante foi designado para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes, nos termos do artigo 955 do CPC de 2015.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o Relatório.

Inicialmente, entendo ser possível a prolação de decisão monocrática no presente caso, a teor do artigo 955, parágrafo único, I, do CPC e de acordo com o entendimento firmado nesta Egrégia Corte.

In casu, a parte autora, não obstante seja domiciliada em cidade abrangida pela Subseção Judiciária de Guarulhos-SP, ajuizou a ação previdenciária perante o Juízo da 6ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP.

Vale dizer que a competência no âmbito da Justiça Federal é concorrente entre o Juízo Federal da Subseção Judiciária em que a parte autora é domiciliada ou que possua jurisdição sobre tal município e o Juízo Federal da Capital do Estado-Membro, ressalvada a opção prevista no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal (delegação de competência à Justiça Estadual).

Nesse sentido, dispõe a Súmula 689, do Supremo Tribunal Federal: "*O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro.*"

Ademais, tratando-se de competência territorial relativa, não há possibilidade de que seja declinada de ofício, consoante estabelecido na Súmula 23 desta c. Corte Regional, cujo teor ora transcrevo:

"É territorial e não funcional a divisão da Seção Judiciária de São Paulo em Subseções. Sendo territorial, a competência é relativa, não podendo ser declinada de ofício, conforme dispõe o artigo 112 do CPC e Súmula 33 do STJ."

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados proferidos nesta E. corte:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. VARA FEDERAL DA CAPITAL VERSUS SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA.

1. Dispõe a Súmula 689, do Supremo Tribunal Federal, que "*O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o Juízo Federal do seu domicílio ou nas varas federais da capital do Estado-Membro.*"

2. A competência no âmbito da Justiça Federal é concorrente entre o Juízo Federal da Subseção Judiciária em que a parte autora é domiciliada ou que possua jurisdição sobre tal município e o Juízo Federal da Capital do Estado-Membro, ressalvada a opção prevista no artigo 109, § 3º, da Constituição Federal (delegação de competência à Justiça Estadual).

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020391-36.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFÍRIO JUNIOR, julgado em 26/02/2019, Intimação via sistema DATA: 01/03/2019)

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SÚMULA 389 do STF. APLICAÇÃO.

1. Já se encontra pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é facultado ao segurado o ajuizamento da ação previdenciária perante o Juízo Federal com jurisdição sobre o local do seu domicílio ou na Subseção Judiciária da Capital do Estado-Membro, nos termos da Súmula 689.

2. A parte autora tem domicílio na cidade de Taubaté-SP, que possui sede de Vara da Justiça Federal, de forma que lhe é facultado o ajuizamento da ação previdenciária perante a Justiça Federal tanto da Subseção Judiciária de Taubaté-SP como da Subseção Judiciária da Capital (Súmula nº 689/STF).

3. Conflito Negativo de Competência JULGADO PROCEDENTE para declarar competente o Juízo Federal da 10ª Vara Federal Previdenciária da Subseção Judiciária de São Paulo-SP, o SUSCITADO, para o julgamento do feito.

(TRF 3ª Região, 3ª Seção, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 5017657-49.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 01/10/2018, Intimação via sistema DATA: 04/10/2018)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELA VARA FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO DOMICÍLIO DA PARTE AUTORA OU PERANTE UMA DAS VARAS FEDERAIS DA CAPITAL. COMPETÊNCIA DA 10ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Consoante as regras de competência previstas no ordenamento jurídico pátrio, o ajuizamento da demanda previdenciária poderá se dar no foro Estadual do domicílio do segurado, quando não for sede de Vara Federal (CF, art. 109, § 3º); perante a Vara Federal da Subseção Judiciária Circunscrita ao Município em que está domiciliado, ou, ainda, perante as Varas Federais da Capital do Estado.

II - Segundo a Súmula 689 do E. STF: "O segurado pode ajuizar ação contra a instituição previdenciária perante o juízo federal do seu domicílio ou perante as varas federais da Capital do Estado-Membro."

III - A parte autora do feito originário domiciliada em município abrangido pela jurisdição de Osasco, sede de vara federal, pode optar por ajuizar a demanda perante uma das varas federais da subseção judiciária de seu domicílio ou perante uma das varas federais da capital do Estado-membro.

IV - Conflito negativo de competência procedente para reconhecer a competência para processar e julgar o feito originário do Juízo Federal da 10ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP.

V - Agravo não provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 20034 - 0019995-52.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 28/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/02/2016)

Portanto, inexistente qualquer óbice à parte autora ter ajuizado a ação na 6ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP.

Diante disso, julgo procedente o presente conflito de competência, para determinar a competência do Juízo Suscitado (Juízo Federal da 6ª Vara Previdenciária de São Paulo-SP).

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

Comunique-se a ambos os juízos.

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

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 5017523-17.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
AUTOR: VICENTE BENTO DOS SANTOS
Advogado do(a) AUTOR: JOSE CARLOS GOMES PEREIRA MARQUES CARVALHEIRA - SP139855-N
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Inicialmente, concedo à parte autora os benefícios da justiça gratuita.

No mais, processe-se a ação rescisória, **citando-se a parte ré**, para responder no prazo de 15 (quinze) dias, a teor do disposto no art. 970 do Código de Processo Civil e art. 196 do Regimento Interno desta Corte.

Publique-se. Intime-se.

AÇÃO RESCISÓRIA(47) Nº 0017374-24.2011.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AUTOR: LUZIA BUSCARATO
Advogado do(a) AUTOR: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Abra-se vista ao autor e ao réu para que, a teor do art. 973 do CPC, apresentem razões finais, sucessivamente, no prazo de 10 (dez) dias.

Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para emitir parecer, nos termos dos arts. 967, parágrafo único, do CPC, e 199, § 1º, do RI/TRF 3ª Região.

Intimem-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5017874-87.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AUTOR: JOSE DA SILVA PORTO

Advogados do(a) AUTOR: SABRINNE SILVA FERREIRA RODRIGUES - SP445185, ERON DA SILVA PEREIRA JUNIOR - SP334172-A, ERON DA SILVA PEREIRA - SP208091-A

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Diante da declaração de hipossuficiência apresentada pela parte autora, corroborada pelos elementos constantes dos autos (ID 135991452 – pág. 2 e ID 135991453), defiro os benefícios da gratuidade de justiça, dispensando-a, nos termos do art. 968, §1º, do CPC/15, de realizar o depósito prévio previsto no inciso II do mesmo dispositivo. Intime-se.

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

AÇÃO RESCISÓRIA (47) Nº 5016819-38.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AUTOR: BERENICE VIANA DA SILVA ANDRADE

Advogado do(a) AUTOR: RAQUEL CARVALHO DE FREITAS GOMES - SP263211-A

REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Berenice Viana da Silva Andrade com fulcro no art. 966, V e VIII, do CPC, visando à desconstituição de acórdão proferido pela E. Oitava Turma desta Corte e, conseqüentemente, lhe seja concedido *“o BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE em virtude do falecimento do filho, a partir do Requerimento Administrativo, com o pagamento das prestações vencidas e vincendas, corrigidas monetariamente na forma da lei, acrescidas de juros de mora, incidentes até a data do efetivo pagamento”*.

Instadas as partes a se manifestarem acerca das provas que eventualmente pretendessem produzir, compareça a parte autora a fim de requerer (i) a oitiva de testemunha, bem como (ii) a juntada de declaração de ex-empregador do *de cujus*, em que consta a informação de prestação de serviços no período compreendido entre 02/05/2001 e 17/04/2002 (ID 1350765620).

Por sua vez, o INSS pugna pela juntada dos autos subjacentes em sua integralidade, a fim de que se possa aferir eventual controvérsia acerca dos fatos ora narrados, o que afastaria a configuração da hipótese de erro de fato (ID 134135640).

Entretanto, impende salientar que a violação manifesta à norma jurídica, a teor do art. 966, V, do CPC, deve ser aferível com base no mesmo acervo probatório em que se lastreou a decisão rescindenda, motivo por que fica indeferido o pedido de produção de provas documental e testemunhal adicionais, consoante deduzido pela parte autora.

Da mesma maneira, o erro de fato, nos termos do art. 966, VIII, do CPC, deve ser passível de verificação pelo exame dos elementos constantes do processo originário, sendo incabível a produção de provas no âmbito da ação rescisória a fim de demonstrá-lo.

Por outro lado, pelos mesmos motivos acima delineados, afigura-se oportuna a produção de prova documental, na forma preconizada pelo INSS.

Assim, traga a parte autora, no prazo de 10 (dez) dias, a cópia integral dos autos subjacentes.

Intimem-se.

AÇÃO RESCISÓRIA (47) N° 5019299-23.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AUTOR: JOSE CARLOS SANTANA SANTOS
Advogado do(a) AUTOR: CLAUDIA ANDREA FRANCISCO DA COSTA - SP178945-A
REU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 135898984:

Tendo em vista os fundamentos suscitados pela parte autora, defiro a dilação requerida, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 4ª SEÇÃO

REVISÃO CRIMINAL (12394) N° 5018083-56.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO
REQUERENTE: PAULO SERGIO DE CARVALHO
Advogado do(a) REQUERENTE: JOAO MARQUES BUENO NETO - MS5913-A
REQUERIDO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intimem-se a defesa de **Paulo Sérgio de Carvalho** para que regularize a sua representação processual, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de não conhecimento do pedido revisional.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) N° 5005330-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 4ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) N° 5005330-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 4ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 6ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Ministério Público Federal, com fundamento no inciso II do artigo 115 do Código de Processo Penal, por entender que é competente para o processamento dos autos de nº 0000935-57.2019.4.03.6110 o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e não o Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP.

Foi instaurado Inquérito Policial para apurar possível ocorrência do delito no âmbito de financiamento concedido por intermédio da Caixa Econômica Federal. Segundo a notícia de crime remetida à Secretaria da Habitação e Regularização Fundiária, por meio da Corregedoria Geral do Município de Sorocaba/SP, Fabiola da Silva Melo teria firmado contrato de financiamento junto àquela instituição financeira, no âmbito do Programa "Minha Casa, Minha Vida", mediante declaração falsa de que não tinha companheiro à época da celebração do contrato, além de ter vendido o imóvel correspondente, o que viola o regime legal de regência do programa, bem como seu caráter social (ID 126201623).

A Procuradoria da República de Sorocaba/SP manifestou-se pela remessa dos autos a uma Vara Especializada em Crime contra o Sistema Financeiro e de Lavagem de Dinheiro, por considerar que os fatos apurados, em tese, estariam tipificados nos artigos 19 e/ou 20 da Lei nº 7.492/86 (ID 126201629), o que foi determinado pelo Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP (ID 126201629).

O Juízo Federal da 6ª Vara de São Paulo/SP remeteu aos autos ao Ministério Público Federal (ID 126201629), que ofereceu denúncia contra Fabiola pela prática dos crimes previstos nos artigos 19 e 20 da Lei nº 7.492/86 (ID 126201630). Todavia, posteriormente, declinou da competência para uma das Varas Criminais da Justiça Federal de Sorocaba/SP (ID 126201732).

Ao receber o feito de volta, o Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP remeteu ao Ministério Público Federal para que se manifestasse sobre o declínio da competência (ID 126201736).

A Procuradoria da República de Sorocaba/SP, então, suscitou o presente conflito negativo de competência (ID 126201737), tendo o Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP determinado a remessa dos autos a este E. Tribunal Regional Federal (ID 1262001738).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Uendel Domingues Ugatti, manifestou-se pela improcedência do conflito, declarando-se a competência do Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP, para o processamento e julgamento dos autos de nº 0000935-57.2019.4.03.6110 (ID 129070838).

É o Relatório.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5005330-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 4ª VARA FEDERAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão cinge-se à apresentação pela ré de declaração falsa, de que não tinha companheiro à época da celebração do contrato, para fins de ser habilitada no programa minha casa minha vida, por meio do qual conseguiu, através de subvenção econômica do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), firmar contrato de financiamento para aquisição de imóvel, com condições mais favoráveis. Além de ter vendido o imóvel correspondente, o que viola o regime legal de regência do programa, bem como seu caráter social.

No caso, não estão configurados, em tese, os crimes dos artigos 19 e 20 ambos da Lei 7.492/86, pois a acusada não obteve de forma fraudulenta o financiamento, em si mesmo considerado, com a caixa Econômica Federal, sendo que a posterior cessão, troca ou venda do imóvel não é causa suficiente para atrair a competência de uma das varas especializadas.

O Programa minha casa minha vida trata-se de um programa social voltado à realização do direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, às pessoas hipossuficientes, cujos requisitos são analisados pela CEF, que atua como órgão de intermediação e gestor na relação jurídica existente entre a União e o adquirente.

Por conseguinte, com base no até aqui carreado aos autos, há indícios de prática de estelionato majorado, nos termos do artigo 171, §3º, do Código Penal, considerando a obtenção de vantagem indevida em detrimento do programa "Minha Casa Minha Vida", em violação ao caráter social do benefício obtido.

Nesse diapasão é a orientação jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais:

"PENAL. ESTELIONATO. ARTIGO 171, §3º, DO CÓDIGO PENAL. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO PARA REFORMA NO ÂMBITO DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA RURAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS EM RELAÇÃO AO BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. ERRO DE TIPO. NÃO OCORRÊNCIA 1. Configura estelionato em detrimento da União o recebimento de subsídio para reforma no âmbito do programa minha casa, minha vida rural - PMCMV rural, mediante fraude na Declaração de aptidão ao Pronaf - DAP e em outras declarações que propiciaram ao denunciado que requereu o benefício, fazer prova de seu enquadramento nos requisitos exigidos para a adesão ao referido programa governamental. 2. Prática o crime de estelionato aquele que obtém, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. 3. Havendo provas robustas de que a ré foi beneficiária do programa, prestando informações falsas e omitindo dados relevantes, ciente da ilicitude de sua conduta, tem-se presente a autoria e o dolo para a prática do crime de estelionato. 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena." (HC 107.409/PE, 1.ª Turma do STF, Rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.4.2012. DJe-091, 09.5.2012), devendo o ser tomado em conta os princípios da necessidade e eficiência, decompostos nos diferentes elementos previstos no art. 59 do Código penal, principalmente na censurabilidade da conduta. 5. A fixação da pena de multa obedece ao sistema bifásico, devendo guardar proporcionalidade com a sanção corporal imposta, tendo-se como parâmetro a menor e maior pena prevista no ordenamento jurídico. 6. O valor de cada dia-multa deve levar em conta a situação econômica do condenado, podendo ser aumentada até o triplo, caso o máximo previsto se mostre ineficaz, em razão da condição econômica do réu. Inteligência dos arts. 49, § 1º e 60, § 1º, ambos do Código penal. 7. Não tendo a pena de multa tarifação expressa no tipo, deve-se tomar como balizadores as penas mínimas e máximas de todo o Código Repressivo. 8. Apelação criminal desprovida." (TRF4, ACR 5001153-25.2015.4.04.7011, OITAVA TURMA, Relator DANILO PEREIRA JUNIOR, juntado aos autos em 15/02/2019).

"PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. LOCAÇÃO OU VENDA DE IMÓVEL DESTINADO À MORADIA DE BENEFICIÁRIO DO PROGRAMA HABITACIONAL "MINHA CASA, MINHA VIDA". CONDUTA QUE NÃO SE AMOLDA AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 20 DA LEI Nº. 7.492/86. COMPETÊNCIA AFASTADA DA VARA CRIMINAL ESPECIALIZADA EM CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E "LAVAGEM" OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E DE VALORES. CONFLITO DE JURISDIÇÃO PROCEDENTE. 1. A competência é, em regra, fixada pelo local da consumação do delito (artigo 70, caput, do CPP). 2. A conduta posterior de alugar ou vender imóvel destinado à moradia de beneficiário do Programa Habitacional "minha casa, minha vida" não configura aplicação em finalidade diversa dos recursos oriundos do financiamento, mas mero descumprimento de condição legal prevista pelo artigo 6º-A, parágrafo 5º, III, da Lei nº. 11.977/09 ou, ainda, crime de estelionato previsto no artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, diante da vantagem indevida obtida em prejuízo do programa social. 3. Ausência de crime contra o sistema financeiro nacional a ser apurado, o que afasta a competência da Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e "Lavagem" ou Ocultação de Bens, Direitos e de Valores. 4. conflito de jurisdição procedente." (grifo nosso). (TRF3 - QUARTA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 0000440-44.2018.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/03/2019-.)

Desta forma, não há falar-se em competência da Vara Especializada, prevalecendo a competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Sorocaba/SP para o processamento e julgamento do feito.

Ante o exposto, julgo improcedente o conflito, declarando a competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Sorocaba/SP, para processar e julgar os fatos apurados no feito subjacente.

É COMO VOTO.

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. IMÓVEL OBTIDO POR MEIO DO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA NÃO RECONHECIDA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. Conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Ministério Público Federal, com fundamento no inciso II do artigo 115 do Código de Processo Penal, por entender que é competente para o processamento dos autos de nº 0000935-57.2019.4.03.6110 o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, especializada em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e não o Juízo Federal da 4ª Vara de Sorocaba/SP.
2. O Inquérito Policial foi instaurado para apurar a suposta conduta de Fabíola da Silva Melo, que teria firmado contrato de financiamento junto à Caixa Econômica Federal, no âmbito do Programa "Minha Casa, Minha Vida", mediante declaração falsa de que não tinha companheiro à época da celebração do contrato, além de ter vendido o imóvel correspondente, o que viola o regime legal de regência do programa, bem como seu caráter social.
3. Inexistem indícios de que a acusada obteve de forma fraudulenta o financiamento, em si mesmo considerado, com a caixa Econômica Federal, sendo que a posterior cessão, troca ou venda do imóvel não é causa suficiente para atrair a competência de uma das varas especializadas.
4. Competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Sorocaba/SP para o processamento e julgamento do feito.
5. Conflito improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito, declarando a competência do Juízo da 4ª Vara Federal de Sorocaba/SP, para processar e julgar os fatos apurados no feito subjacente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000973-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LINS/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000973-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LINS/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Lins/SP (doravante "Juízo Suscitante") em face do Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP (a seguir "Juízo Suscitado") nos autos da Ação Penal nº 0004285-34.2019.4.03.6181, na qual se imputa aos acusados JOSÉ HUGO GENTIL MOREIRA, SÉRGIO VALENTIM CID JUNIOR, ALLAN LEITE GUERREIRO e LEONARDO ALEXANDRE DA SILVA a prática do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 c.c. o artigo 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90, mediante o concurso de pessoas, bem como à acusada APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE, o cometimento, em tese, do delito definido no artigo 313-A do Código Penal.

O Juízo Federal da 8ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP (suscitado) declinou da competência no tocante à imputação da prática do delito definido no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 aos denunciados JOSÉ HUGO GENTIL MOREIRA, SÉRGIO VALENTIM CID JUNIOR, ALLAN LEITE GUERREIRO e LEONARDO ALEXANDRE DA SILVA, considerando o domicílio fiscal da empresa "PROSEG SEGURANÇA E VIGILÂNCIA" e determinou o desmembramento do feito no que se refere à denunciada APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE, à qual se imputa o cometimento do delito descrito no artigo 313-A do Código Penal (Id 122287763, fs.407/409).

Redistribuídos os autos, o Juízo Federal da 1ª Vara de Lins/SP (suscitado), a rogo ministerial e tendo em vista a conexão probatória, suscitou o presente conflito de jurisdição (Id 122287763, fl.425).

Parecer da Procuradoria Regional da República em prol de ser julgado procedente o presente conflito

É o relatório.

Dispensada a revisão, na forma regimental.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000973-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LINS/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O artigo 76 do Código de Processo Penal, ao fixar regras modificativas da competência, prescreve que, "in verbis":

"Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração".

Narra a denúncia que a acusada APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE, funcionária pública lotada na Procuradoria da Fazenda Nacional da 3ª Região, autorizada a utilizar o sistema COMPROT da Administração Pública Federal, alterou, de forma livre e consciente, dados corretos no mencionado sistema informatizado, com o fim de obter vantagem indevida para outrem, consistente em certidões negativas de débitos e redução de tributos devidos pela empresa "PROSEG SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA" (CNPJ nº 03.805.877/0001-48) cujo sócio administrador era JOSÉ HUGO GENTIL MOREIRA.

Discorre que JOSÉ HUGO GENTIL MOREIRA, sócio-administrador da PROSEG, em unidade de designios com SÉRGIO VALENTIM CID JÚNIOR, ALLAN LEITE GUERREIRO e LEONARDO ALEXANDRE DA SILVA, sócios da "FISCAL CONSULTORIA E ASSESSORIA JURÍDICA LTDA ME" e da "VALENTIM & GUERREIRO PARTICIPAÇÕES LTDA", prestaram declarações falsas às autoridades fazendárias em pedidos de restituição e declarações de compensação (PER/DCOMPS) de tributos federais que sabiam indevidos, bem como inseriram na Escrituração Contábil Digital- ECD da empresa informação falsa, logrando, assim, suprimir tributos devidos, mediante a utilização de senha da servidora APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE.

Esclarece que, "in verbis":

"(...) Segundo consta da Representação Fiscal para Fins Penais nº 15868.720133/2013-04, no ano de 2012, a Delegacia da Receita Federal em Araçatuba/SP iniciou ação fiscal no contribuinte PROSEG SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA, cuja sede era em Lins/SP, para apuração do IRPJ e seus reflexos referentes ao ano-calendário 2009 e para análise de PER/DCOMPS (pedidos eletrônicos de restituição ou ressarcimento de declaração de compensação) apresentados em diversos períodos, todos relacionados ao PIS e Cofins.

Já no termo de início do procedimento fiscal (fls. 168v/170 do Anexo), a Receita Federal solicitou à empresa que justificasse e comprovasse a escrituração, na conta de ajuste de exercícios anteriores, de créditos no total de R\$ 2.999.684,67, valor este que não constava da DIPJ 2010 (ano-calendário 2009) original, transmitida em 30/06/2010, mas que foi declarado na DIPJ retificadora, encaminhada em 28/10/2010 (fls. 11/39 do Anexo, notadamente fl. 37v). Ademais, foi comunicado ao contribuinte que diversos PER/DCOMPS apresentados- e listados na fl. 169v do Anexo estavam sob análise.

A PROSEG apresentou resposta à intimação às fls. 175v a 176 do Anexo, e, em relação à conta de ajuste de exercícios anteriores, informou que o valor ali escriturado de R\$ 3.279.280,77, referia-se a crédito da empresa pleiteado no PAF nº 13811.000348/2009-41 (...).

De acordo com a informação registrada no sistema COMPROT, o processo administrativo nº 13811.000348/2009-41 estava, de fato, em nome da PROSEG- imagem de fl. 31. Contudo, ao analisar os autos físicos, o fiscal da Receita Federal percebeu, de plano, que o PAF não tinha qualquer relação com a PROSEG SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA. O PAF na verdade tratava-se de REDARF de interesse do CAC Santo Amaro, e encontrava-se no arquivo desde 15/04/2009, inexistindo qualquer registro de movimentação posterior (fls. 31/32).

A Receita Federal do Brasil procedeu, então, ao levantamento de todos os eventos ocorridos no citado PAF, no COMPROT, verificando que a alteração de dados no sistema- CNPJ e nome do interessado- ocorreu em 26/02/2010, ou seja, quando o processo físico já encontrava-se arquivado, e foi realizada com a senha da servidora APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE.

Em prosseguimento à ação fiscal, o auditor RONALDO ANTÔNIO CASATTI intimou a empresa a apresentar documentos comprobatórios dos pagamentos indevidos ou a maior declarados nas PER/DCOMPS, que justificaram as compensações de PIS e Cofins realizadas pela empresa entre março de 2009 e junho de 2012 (...).

A PROSEG, no entanto, não apresentou qualquer documentação comprobatória dos créditos usados para a compensação, alegando genericamente a inconstitucionalidade da cobrança de PIS e Cofins, sem apresentar qualquer decisão judicial de reconhecimento da inconstitucionalidade alegada. Destarte, constatou o auditor fiscal que a empresa declarou que foram indevidos vários pagamentos devidos – inclusive declarados pela empresa na época própria- de forma a "criar" créditos indevidos, e passou a efetuar compensação desses créditos indevidos com parcelas do PIS e Cofins que a empresa deixou de recolher. Em sua, "estava pagando dois créditos com apenas um recolhimento"- fls. 157/159.

Além da vantagem tributária, os pedidos de restituição e compensação de PIS e Cofins permitiram à PROSEG obter certidões positivas com efeito de negativa, pois a exigibilidade de seus débitos fiscais era suspensa. No período de 2009 a 2013, foram emitidas 96 (noventa e seis) certidões conjuntas da RFB e da PGFN positivas com efeito de negativas, possibilitando à empresa participar de licitações e contratar com o Poder Público (...).

Diante das fraudes constatadas na ação fiscal, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 357/361 do anexo, no valor de R\$ 982.261,55, consubstanciado no processo administrativo fiscal protocolizado sob o nº 15868.720025/2014-12 (...). De acordo com informação prestada pela PFN, referido crédito foi definitivamente constituído em 30/03/2014, não havendo registro de sua extinção ou de parcelamento vigente (fls. 358/363).

(...) Por sua vez, a materialidade do crime previsto no art. 313-A do Código Penal está comprovada pela Representação Fiscal para Fins Penais nº 15868.720060/2014-23 (...), pelo Parecer PGFN/COJED nº 2018/2014, exarado no PA nº 12100.000006/2014-41 (...).

(...) A autoria do crime contra a Administração Pública é cristalina. No dia 26/02/2010, APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE, devidamente autorizada a alterar dados no COMPROT, mediante uso de senha pessoal, alterou indevidamente dados no sistema, com o fim de obter vantagem para a empresa PROSEG (...)"- destaques no original -Id 122287763, fls. 396/406.

Anoto que na cota da denúncia, a Procuradoria da República em São Paulo salientou a existência da causa de conexão prevista no artigo 76, inciso II, do Código de Processo Penal: "(...) "a adulteração do COMPROT teve por finalidade garantir a impunidade e a vantagem indevida, vez que os dados adulterados foram utilizados na contabilidade da empresa e em algumas PER/DCOMPS para justificar os créditos indevidos"

Com efeito, o suposto cometimento dos crimes de sonegação fiscal e de inserção de dados falsos em sistema de informações, ainda que em momentos distintos, no contexto acima descrito, estão íntima e reciprocamente ligados, uma vez que a referida inserção de elementos espúrios no banco de dados da Administração Pública pela acusada garantiu a consumação do delito contra a ordem tributária.

Deveras, verifica-se que o eventual cometimento do delito definido no artigo 313-A objetivou garantir a impunidade ou vantagem da prática, em tese, do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

Destarte, para assegurar que a omissão de informação ou o lançamento de informações falsas às autoridades fazendárias lograsse êxito, foi necessário que um funcionário autorizado (a acusada Aparecida) procedesse à adulteração dos dados corretos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública, assim agindo com o fito de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

Ademais, o contexto fático denota que a prova de uma infração – inserção de elementos falsos em bancos de dados da Administração Pública - ou de qualquer de suas circunstâncias elementares, influi diretamente na prova do crime contra a ordem tributária.

Desta feita, há conexão objetiva consequencial entre os fatos (CPP, art. 76, II), além da conexão instrumental ou probatória (CPP, art. 76, III), tendo em vista o entrelaçamento dos fatos e, portanto, da prova.

Como consignado pela Procuradoria Regional da República em seu parecer:

“Assim, considerando que a adulteração do COMPROT, praticada por APARECIDA DA CONCEIÇÃO PRADO MACEDO DUARTE – mediante uso de senha pessoal –, teve o propósito de garantir a impunidade e a vantagem indevida, vez que os dados adulterados foram utilizados na contabilidade da empresa e em algumas PER/ DCOMP para justificar os créditos indevidos, é cristalina a existência das causas de conexão previstas no artigo 76, incisos II e III, do Código de Processo Penal de sorte a justificar o processamento em conjunto das imputações”.

Afigura-se, portanto, a conexão, nos moldes do artigo 76, incisos II e III, do Código de Processo Penal, devendo o juízo suscitado processar e julgar a ação penal.

Com tais considerações, JULGO PROCEDENTE O CONFLITO e declaro competente o Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP para o processamento e julgamento do feito.

É o voto.

EMENTA

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. CRIMES DESCRITOS NOS ARTIGOS 313-A DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. CONEXÃO. ARTIGO 76, II E III, DO CPP. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE.

1. Os elementos de cognição demonstram que o eventual cometimento do delito definido no artigo 313-A objetivou garantir a impunidade ou vantagem da prática, em tese, do crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90.

2. Para assegurar que a omissão de informação ou o lançamento de informações falsas às autoridades fazendárias lograsse êxito, foi necessário que um funcionário autorizado procedesse à adulteração dos dados corretos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública, assim agindo com o fito de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

3. Ademais, o contexto fático denota que a prova de uma infração – inserção de elementos falsos em bancos de dados da Administração Pública - ou de qualquer de suas circunstâncias elementares, influi diretamente na prova do crime contra a ordem tributária.

4. Afigura-se, portanto, a conexão, nos moldes do artigo 76, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

5. Conflito julgado procedente para declarar competente o juízo suscitado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo Federal da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP para o processamento e julgamento do feito, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais NINO TOLDO, ANDRÉ NEKATSCHALOW, JOSÉ LUNARDELLI e FAUSTO DE SANCTIS, restando vencido o Desembargador Federal MAURÍCIO KATO que julgava improcedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5022687-94.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

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

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE RE: JONES DONIZETTE SOBRINHO

ADVOGADO do(a) PARTE RE: HELLEN CRISTINA DUARTE MEDRADO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5022687-94.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

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

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE RÉ: JONES DONIZETTE SOBRINHO

ADVOGADO do(a) PARTE RÉ: HELLEN CRISTINA DUARTE MEDRADO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP contra o Juízo da 8ª Vara Federal de São João de São Paulo/SP, nos autos da Ação Penal n. 0013237-41.2015.4.03.6181.

O Juízo Suscitado declinou da competência ao Juízo Suscitante, tendo em vista que os fatos narrados na exordial acusatória teriamse dado em Itapeverica da Serra/SP.

O Juízo Suscitante aduz, em síntese, que incide ao caso o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*.

O Exmo. Procurador Regional da República, Dr. Paulo Taubemblatt, manifestou-se pela procedência do conflito negativo de jurisdição, fixando-se a competência do Juízo Suscitado (Juízo da 8ª Vara Federal de São Paulo (ID 94792600)).

É o relatório.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5022687-94.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

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

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 8ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE RÉ: JONES DONIZETTE SOBRINHO

ADVOGADO do(a) PARTE RÉ: HELLEN CRISTINA DUARTE MEDRADO

VOTO

Do caso dos autos. Jones Donizete Sobrinho foi denunciado como incurso no art. 183 da Lei nº 9.472/97, pois, em 06 de agosto de 2010, foi surpreendido operando equipamento de radiodifusão clandestina, consistente na emissora "Rádio Profética FM", sem autorização da ANATEL (ID 90159965).

A denúncia foi rejeitada pelo Juízo Suscitado (8ª Vara Federal de São Paulo/SP), por ausência de justa causa, o que motivou a interposição de recurso em sentido estrito a este E. Tribunal Regional Federal, sendo provido pela E. Quinta Turma, que recebeu a denúncia proposta em desfavor de Jones Donizete Sobrinho, nos termos da ementa a seguir (ID 90159965):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 183 DA LEI N. 9.472/97. TELECOMUNICAÇÕES. DENÚNCIA REJEITADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO. 1. A denúncia foi rejeitada, com fundamento no artigo 395, III, do Código de Processo Penal, por falta de justa causa, porque não demonstrada efetiva interferência nos meios de comunicação no caso concreto. 2. In casu, trata-se de crime de perigo abstrato. A importância do bem jurídico tutelado, que é o regular funcionamento das telecomunicações, e a reprovabilidade da conduta ofensiva ao bem comum impedem a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em exame, que trata da prática de delito contra as telecomunicações. 3. O entendimento atual da Jurisprudência é de que o crime previsto no art. 183 da lei n. 9.472/97 é formal de perigo abstrato. 4. Recurso em sentido estrito provido."

Os autos retornaram ao Juízo Suscitado, que abriu prazo para a defesa do réu apresentar resposta à acusação, o que foi feito, conforme ID 90159965. Posteriormente, o Juízo Suscitado se declarou incompetente, sob a alegação de que os fatos narrados na peça acusatória ocorreram em Itapeverica da Serra/SP, determinando, assim, a remessa dos autos ao Juízo Suscitante (2ª Vara Federal de Osasco/SP).

Remetidos os autos ao Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP, o Ministério Público Federal manifestou-se por suscitar-se o conflito negativo de jurisdição (ID 90159965), o que foi feito pelo Juízo Suscitante, tendo em vista a aplicação do instituto da *perpetuatio jurisdictionis* (ID 90159964).

Do mérito recursal. O conflito é improcedente. Vejamos.

O artigo 70, caput, do Código de Processo Penal, dispõe que:

"A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução".

No caso, não há controvérsia quanto ao local da consumação da conduta delituosa imputada na denúncia, qual seja, Itapeverica da Serra/SP, cidade sob jurisdição da 2ª Vara Federal de Osasco/SP.

Além disso, não se discute que o art. 43 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, anteriormente previsto no art. 87 do Código de Processo Civil de 1973, incide no processo penal, por aplicação analógica, conforme dispõem o art. 3º do Código de Processo Penal e a Súmula n. 33 desta Corte Regional, sendo que, no processo penal, a perpetuação da jurisdição requer a efetiva instauração da ação penal com o recebimento da denúncia (TRF da 3ª Região CJ n. 00199282420144030000, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, 4ª Seção, j. 16.07.15 e CJ n. 00043719420144030000, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, 1ª Seção, j. 15.05.14).

Ocorre que não é caso de aplicação do princípio *perpetuatio jurisdictionis*, haja vista que sua incidência pressupõe a competência do Juízo para o processamento do feito e posterior modificação.

Na hipótese, o Juízo Federal da 8ª Vara de São Paulo/SP sempre foi incompetente e o fato de ter rejeitado a denúncia, por ausência de justa causa, o que motivou a interposição de recurso em sentido estrito a este E. Tribunal Regional Federal, que recebeu a denúncia proposta em desfavor de Jones Donizete Sobrinho, não tem o condão de alterar a competência para o processamento do feito que é do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o conflito negativo de jurisdição para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP para processar a Ação Penal nº 0013237-41.2015.4.03.6181.

É o voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. INAPLICÁVEL O PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. COMPETÊNCIA FIRMADA PELO LOCAL DA CONSUMAÇÃO DO CRIME.

1. No caso, não há controvérsia quanto ao local da consumação da conduta delituosa imputada na denúncia, qual seja, Itapeverica da Serra/SP, cidade sob jurisdição da 2ª Vara Federal de Osasco/SP.
2. Além disso, não se discute que o art. 43 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, anteriormente previsto no art. 87 do Código de Processo Civil de 1973, incide no processo penal, por aplicação analógica, conforme dispõem o art. 3º do Código de Processo Penal e a Súmula n. 33 desta Corte Regional, sendo que, no processo penal, a perpetuação da jurisdição requer a efetiva instauração da ação penal com o recebimento da denúncia (TRF da 3ª Região CJ n. 00199282420144030000, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, 4ª Seção, j. 16.07.15 e CJ n. 00043719420144030000, Rel. Juiz Fed. Conv. Márcio Mesquita, 1ª Seção, j. 15.05.14).
3. Ocorre que não é caso de aplicação do princípio *perpetuatio jurisdictionis*, haja vista que sua incidência pressupõe a competência do Juízo para o processamento do feito e posterior modificação.
4. Na hipótese, o Juízo Federal da 8ª Vara de São Paulo/SP sempre foi incompetente e o fato de ter rejeitado a denúncia, por ausência de justa causa, o que motivou a interposição de recurso em sentido estrito a este E. Tribunal Regional Federal, que recebeu a denúncia proposta em desfavor de Jones Donizete Sobrinho, não tem o condão de alterar a competência para o processamento do feito que é do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP.
5. Conflito negativo de jurisdição julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar improcedente o conflito negativo de jurisdição para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Federal de Osasco/SP para processar a Ação Penal nº 0013237-41.2015.4.03.6181, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5033101-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LIMEIRA/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5033101-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE LIMEIRA/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Limeira/SP em face da decisão do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP, que determinou o desmembramento do inquérito policial nº 0006121-52.2014.4.03.6105, para o processamento e julgamento do apenso autuado sob o nº 0000788-63.2018.4.03.6143.

Nos autos do inquérito policial nº 0006121-52.2014.4.03.6105 foram constatados pela Equipe de Monitoramento Operacional de Benefícios da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social, em Campinas/SP, indícios de fraudes em requerimentos de benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria, por idade ou por tempo de contribuição, envolvendo 34 (trinta e quatro) segurados, sendo Reni, Cícero e Vera os intermediários.

Os autos daquela peça investigativa foram distribuídos ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP que, acolhendo manifestação do Ministério Público Federal (ID 109013549), declinou da competência para o Juízo Federal da 1ª Vara de São João da Boa Vista/SP, haja vista que o maior número de requerimentos administrativos dos benefícios fraudulentos foram realizados nos municípios da 27ª Subseção (São João da Boa Vista).

Por derradeiro, o Juízo da 1ª Vara Federal de São João da Boa Vista/SP, acolheu pleito ministerial e reconheceu a incompetência para o processamento e julgamento do feito e determinou a remessa dos autos ao Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP (ID 109013554).

O Ministério Público Federal de Campinas/SP manifestou-se no sentido de que fosse suscitado conflito negativo de competência no tocante aos apensos relativos aos fatos que teriam se consumado em outras Subseções Judiciárias, o que foi deferido (ID 109013554).

Os autos nº 0000788-63.2018.4.03.6143, objeto deste conflito, dizem respeito ao apenso referente ao benefício previdenciário concedido a Eurípedes Cezio Pereira.

O referido feito foi distribuído ao Juízo Federal da 1ª Vara de Limeira/SP (Juízo suscitante), tendo sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público Federal contra contra Reni Aparecida da Silva e Cícero Dutra Moreira, pela prática, em tese, do crime do art. 171, § 3º, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal (ID.109013554 e 109013555).

O Juízo da 1ª Vara Federal de Limeira/SP suscitou o presente conflito negativo de jurisdição sob o fundamento de que o declínio de competência do Juízo Federal da 9ª Vara Criminal Federal de Campinas/SP (Juízo Suscitado) é formal e materialmente indevido (ID 109013555).

Emparecer, a Exma. Procuradora Regional da República, Elaine Cristina de Sá Prouença, manifestou-se pela procedência do conflito negativo de jurisdição (ID 122741291).

É o relatório.

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 9ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos relaciona-se à definição do Juízo competente para o processamento de julgamento do processo nº 0000788-63.2018.4.03.6143 (resultante do desmembramento do inquérito policial nº 0006121-52.2014.4.03.6105).

Anoto, de início, que os fatos narrados nestes autos são análogos àqueles tratados no Conflito de Jurisdição -CJ nº 5007591-39.2019.4.03.000, de minha relatoria, suscitado nos autos do inquérito policial nº 0006121-52.2014.4.03.6105, do qual derivou o processo nº 0000788-63.2018.4.03.6143 e, portanto, repiso os fundamentos postos naquele feito.

O conflito merece ser provido. Vejamos.

Conforme o inquérito policial que deu azo feito objeto deste conflito, foram constatados pela Equipe de Monitoramento Operacional de Benefícios da Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social, em Campinas/SP, indícios de fraudes, consumadas e tentadas, decorrentes de requerimentos de benefícios de auxílio-doença e de aposentadoria, por idade ou por tempo de contribuição, envolvendo 35 (trinta e cinco) segurados, sendo que estes sempre eram intermediados pelos mesmos procuradores, quais sejam, Reni Aparecida da Silva, Cícero Dutra Moreira e Vera Lúcia Rodrigues Catorí (ID.109013549).

In casu, as investigações demonstraram a existência de uma organização criminoso, supostamente comandada por Carlos Gonçalves Paschoal e Odovor Martínez, este ex companheiro da suspeita Vera Lúcia Rodrigues Catorí, voltada para a prática de estelionatos previdenciários. Confira-se:

"... Diante de todas as provas carreadas no presente inquérito, com as inúmeras oitivas de segurados, representantes/proprietários das empresas e intermediários, constatou-se que os benefícios ora investigados, notadamente representados pelos procuradores RENI APARECIDA DA SILVA, CÍCERO DUTRA MOREIRA e VERA LÚCIA RODRIGUES CATORÍ, foram instruídos com cópias de falsas Fichas de Registro de Empregados e declarações inverídicas supostamente firmadas pelos empregadores das empresas CERÂMICA SUMARÉ, LAVINCO AVICULTURA LTDA. - GRANJASITO, VALMARES REPRÉS. SERVS. REPROG. LTDA., LOJAS MARISPUMA LTDA., LOJAS JOMAPA LTDA., ANTÔNIO MARCOLINO DE ANDRADE e EMPRESA TEATRAL PEDUTI, dentre outras, eis que os segurados ouvidos no bojo do presente inquérito, em sua grande parte, não confirmaram o vínculo laboral com referidas (s) empresas(s). Cabe ainda ressaltar que RENI, VERA e CÍCERO foram identificados pela maioria dos beneficiários como responsáveis pela apresentação dos documentos falsos." (fl.466 do ID 109013554).

Além disso, os intermediários são sempre os mesmos, chegando a se revezar no atendimento de um mesmo cliente como foi no caso do requerente Eurípedes Cezio Pereira (Apenso XXXIV) – fl.98 do ID 109013549.

Acrescente-se que as fraudes consistiam na forja de vínculos empregatícios fictícios, sendo que tais vínculos eram quase sempre com as mesmas empresas.

Insta mencionar, ainda, que Reni, Vera e Cícero são investigados em outros inquéritos policiais pela prática de condutas análogas às investigadas nestes autos.

Nessa ordem de ideias, diante dos fortes indícios acerca da existência de uma organização criminosa composta pelos investigados, haja vista que as infrações penais foram cometidas de forma semelhante e com os mesmos intermediários, verifica-se a existência da conexão probatória ou instrumental, nos termos do inc. III, do art. 76 do Código de Processo Penal, ou, ainda, intersubjetiva, nos termos do inc. I, do art. 76, do mesmo diploma legal.

Desta feita, os crimes devem ser processados e julgados de forma conjunta, de sorte que o desmembramento do feito poderá trazer prejuízo à apuração dos fatos.

Neste tópico, mister consignar excerto da decisão que suscitou o presente conflito:

"Em relação ao aspecto material, não se esqueça que tem a jurisprudência seguido o entendimento segundo o qual a perpetração de diversas fraudes previdenciárias não provoca necessariamente a conexão ou a continência.

Entretanto, neste caso específico, está-se diante de uma exceção, consideradas as peculiaridades a seguir demonstradas.

Foi encaminhado para este juízo suscitante o anexo XXXIV do IPL nº 590/2013, tendo o MPF denunciado somente os procuradores que deram entrada no requerimento administrativo no INSS. Portanto, o pretenso beneficiário não integra o polo passivo, tendo a acusação considerado que ele não participou da fraude – o benefício, a propósito, foi indeferido.

Não faz sentido, do ponto de vista da ampla defesa, do contraditório e da economia processual, ser instaurado um inquérito para apuração de diversos crimes imputados aos procuradores e aos supostos beneficiários e, após constatação de elementos sobre a autoria e materialidade só dos primeiros, desmembrar as investigações com fundamento exclusivo no lugar da consumação de cada delito.

Ora, esses procuradores, em razão da compartimentação do inquérito, certamente serão alvo de várias denúncias (com ou sem concurso com o beneficiário, a depender das circunstâncias) em subseções judiciárias diversas (uma delas bem distante – Bragança Paulista), o que lhes acarretará custo desproporcional para se defenderem.

Vale dizer que os crimes imputados são os mesmos em todos os inquéritos (artigo 171, § 3º, do Código Penal), não havendo, portanto, a possibilidade de desmembramento em razão da competência absoluta do juízo suscitado.

Os institutos da conexão e da continência têm por objetivo primordial evitar julgamentos conflitantes, além de serem também instrumentos voltados à viabilização dos princípios acima referidos.

Não tendo o suposto beneficiário qualquer participação no cometimento dos crimes imputados aos procuradores, deveriam os acusados ter sido denunciados no juízo onde ficou a principal parte do inquérito policial, dada a presença da relação de conexão preconizada no artigo 76, I, do Código de Processo Penal."

Diante disso, resta a definição da competência.

Consoante a regra geral, do *caput* do art. 70 do CPP, a competência é determinada pelo lugar em que se consuma a infração.

Dúvida não há de que o estelionato se consuma com a obtenção da vantagem ilícita. A "questão juris" no presente caso é, justamente, saber em que local foi obtida a vantagem indevida, se no local em que o benefício foi postulado e concedido pelas autoridades administrativas ou se, ao contrário, a vantagem e o próprio crime se consuma no local em que são realizados os saques e a efetiva apropriação dos valores indevidos.

Reconheço a existência de certa oscilação da jurisprudência, mas estou convencido da inegável vantagem de estabelecer-se a competência do local em que sediada a agência do INSS.

Ademais, o critério dos saques parece-me extremamente fluido. É sabido que o beneficiário do INSS pode optar por duas formas de pagamento, o depósito em conta corrente ou a utilização do "cartão INSS". Ainda que, no primeiro caso, a disponibilização do benefício dê-se em uma determinada agência, o que permitiria fixar a competência judicial sem maiores dificuldades, a utilização do "cartão INSS" permite ao beneficiário sacar os valores em qualquer casa lotérica, de maneira que os saques podem em tese variar de local mês a mês, tomando de antemão dificultosa a fixação da competência.

Nesse sentido, a jurisprudência a seguir:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CONSUMAÇÃO. EFETIVA OBTENÇÃO DA VANTAGEM INDEVIDA (APOSENTADORIA). TRANSFERÊNCIA POSTERIOR DO LOCAL DE RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS DE COMPETÊNCIA. ART. 70 DO CPP. 1. O crime de estelionato previdenciário se consuma com o efetivo recebimento da vantagem indevida, no caso, com o início do pagamento da aposentadoria, que se deu na cidade do Rio de Janeiro/RJ. 2. Assim, embora o local de recebimento do benefício previdenciário tenha sido posteriormente transferido para a cidade de Brasília/DF, a competência já havia sido fixada pelo lugar em que se consumou a infração, a teor do que dispõe o art. 70 do CPP. 3. Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, o suscitado (STJ, CC 125.023/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 19/03/2013)

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. BENEFÍCIO FRAUDULENTO. LOCAL DA AGÊNCIA DO INSS. 1. Discute-se acerca da competência para a ação penal em hipótese de benefício previdenciário obtido mediante fraude, mas cujo local de pagamento (saque) é diverso do da concessão (agência do INSS). Embora seja razoável sustentar que o saque revela o resultado da ação delitiva, não se pode desprezar a relevância do ato concessivo para a configuração do tipo. Por outro lado, o pagamento realizado por intermédio da rede bancária ou outros ("cartão INSS") permite que o saque seja efetivado em local distante e sem conexão com a prática fraudulenta, conspirando contra a segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional penal. Por essa razão, penso que o local em que sediada a agência do INSS prevalece sobre o em que realizado o saque do benefício, conforme precedente deste tribunal. 2. Conflito de competência improcedente (TRF3, QUARTA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 21128 - 0000046-71.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/05/2017)

PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRÁTICA DO ATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. 1. A competência é fixada pelo local da consumação do delito (artigo 70, caput, do CPP). 2. O crime de estelionato previdenciário consuma-se no local em que foi empregado o artil, ou seja, onde foi requerido e concedido o benefício de forma irregular. 3. Eventual saque das parcelas do benefício constitui exaurimento do crime. 4. Conflito de jurisdição procedente (TRF3, QUARTA SEÇÃO, CJ - CONFLITO DE JURISDIÇÃO - 20536 - 0008654-92.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MAURICIO KATO, julgado em 16/02/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2017)

Assim sendo, na hipótese, concurso de jurisdições da mesma categoria, a determinação da competência deve observar a regra do art. 78, II, do CPP, que assim dispõe:

"Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

(...)

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

(...)

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;"

Nessa linha, nota-se que o maior número de infrações ocorreu em municípios sob a jurisdição da Subseção Judiciária de Campinas/SP (ID 109013554), a saber:

a) 5ª Subseção Judiciária de Campinas/SP: 18 infrações referentes aos requerentes - Ailton Arnaldo da Silva (Apenso I); Gelson Alves da Costa (Apenso V); Gilberto Ferreira Vasconcelos de Souza (Apenso VI); Hilda Elias de Oliveira (Apenso VII); Ivan Aparecido Michelini (Apenso VIII); Jair Ricardo dos Santos (Apenso XI); Joaquim Gil Martin (Apenso XII); Joarez Soares de Souza (Apenso XIII); Leonilda Carossi Pichitelli (Apenso XIV); Manoel José de Almeida (Apenso XVI); Maria de Almeida Cruz (Apenso XVII); Maria José Ferreira de Freitas (Apenso XIX); Maria José Ferreira de Freitas (Apenso XX); Simone Machado de Souza (Apenso XXI); Irene de Miranda Antonias (Apenso XXII); Ignez Sversut Ribeiro (Apenso XXV); Antônio Carlos Bezerra de Menezes (Apenso XXVI); e José Monteiro (Apenso XXXIII);

b) 27ª Subseção Judiciária de São João da Boa Vista: 08 infrações referentes aos seguintes requerentes - Davi dos Santos (Apenso II); Dirceu Dias Soares (Apenso III); João Alves de Souza (Apenso IX); João Gonçalves (Apenso X); Maria de Lourdes Martin (Apenso XVIII); Jetro Júlio de Almeida (Apenso XXIV); Alício Ribeiro (XXIX); e Ida Néia Martins (Apenso XXX);

c) 34ª Subseção Judiciária de Americana: 06 infrações referentes aos seguintes requerentes - Edson Luiz Perin (Apenso IV); Lourdes Trés Santin (Apenso XV); Geraldo Fernandes dos Santos (Apenso XXVII); Odilson Rodrigues de Moraes (Apenso XXVIII); Edvaldo Confessor de Souza (Apenso XXVIII); Shirley Dias de Moura (Apenso XXXV);

d) 23ª Subseção Judiciária de Bragança Paulista: 01 infração referente ao requerente Cláudio Aparecido Lúcio (Apenso XXXI);

e) Seção Judiciária de São Paulo: 01 infração referente ao requerente Zelito Gomes Santana (Apenso XXXII);

f) 43ª Subseção Judiciária de Limeira: 01 infração referente ao requerente Eurípedes Cezio Pereira (Apenso XXXIV).

Ademais, como outrora consignado, esta E. 4ª Seção, por ocasião do julgamento do CJ 5007591-39.2019.4.03.000, - sessão de 03/09/2019- suscitado nos autos do inquérito policial nº 0006121-52.2014.4.03.6105, do qual derivou o processo nº 0000788-63.2018.4.03.6143, declarou competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP ante a existência de conexão probatória e intersubjetiva, considerando-se como local da consumação a sede da agência do INSS, e prevalecendo o local em que houve o maior número de infrações - a Subseção Judiciária de Campinas/SP.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE O CONFLITO e declaro competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP, para processar e julgar os autos nº 0000788.63.208.4.03.6143, nos termos da fundamentação supra.

É COMO VOTO.

PROCESSO PENAL. CONFLITO DE JURISDIÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. CONEXÃO. COMPETÊNCIA DO LOCAL EM QUE SEDIADA A AGÊNCIA. JURISDIÇÕES DE MESMA CATEGORIA. ART. 78, II, DO CPP. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE HOUVER OCORRIDO O MAIOR NÚMERO DE INFRAÇÕES. ART. 78, II, DO CPP. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE HOUVER OCORRIDO O MAIOR NÚMERO DE INFRAÇÕES. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO A QUE SE JULGA PROCEDENTE.

1. Considerando a existência de fortes indícios acerca da existência de uma organização criminosa composta pelos investigados, haja vista que as infrações penais foram cometidas de forma semelhante e com os mesmos intermediários, verifica-se a existência da conexão probatória ou instrumental, nos termos do inc. III, do art. 76 do Código de Processo Penal, ou, ainda, intersubjetiva, nos termos do inc. I, do art. 76, do mesmo diploma legal. Desta feita, os crimes devem ser processados e julgados de forma conjunta, de sorte que o desmembramento do feito poderá trazer prejuízo à apuração dos fatos.

2. Consoante a regra geral, do caput do art. 70 do CPP, a competência é determinada pelo lugar em que se consuma a infração. Duvida não há de que o estelionato se consuma com a obtenção da vantagem ilícita. A "questão juris" no presente caso é, justamente, saber em que local foi obtida a vantagem indevida, se no local em que o benefício foi postulado e concedido pelas autoridades administrativas ou se, ao contrário, a vantagem e o próprio crime se consuma no local em que são realizados os saques e a efetiva apropriação dos valores indevidos. Reconhecida a existência de certa oscilação da jurisprudência. Convencimento no sentido da inegável vantagem de estabelecer-se a competência do local em que sediada a agência do INSS. Ademais, o critério dos saques parece-me extremamente fluido. É sabido que o beneficiário do INSS pode optar por duas formas de pagamento, o depósito em conta corrente ou a utilização do "cartão INSS". Ainda que, no primeiro caso, a disponibilização do benefício dê-se em uma determinada agência, o que permitiria fixar a competência judicial sem maiores dificuldades, a utilização do "cartão INSS" permite ao beneficiário sacar os valores em qualquer casa lotérica, de maneira que os saques podem em tese variar de local mês a mês, tornando de antemão dificultosa a fixação da competência.

3. Na hipótese, concurso de jurisdições da mesma categoria, na determinação da competência prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, nos termos art. 78, II, do CPP. Verifica-se que o maior número de infrações consumadas ocorreu em municípios sob a jurisdição da Subseção Judiciária de Campinas/SP.

4. Caso análogo ao posto nos autos do CJ 5007591-39.2019.4.03.000, julgado procedente para declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP, ante a existência de conexão probatória e intersubjetiva, considerando-se como local da consumação a sede da agência do INSS, e prevalecendo o local em que houve o maior número de infrações - a Subseção Judiciária de Campinas/SP.

5. Conflito julgado procedente, a fim de declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP para processar e julgar os autos nº 0000788.63.208.4.03.6143.

EMENTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu julgar procedente o conflito e declarar competente o Juízo Federal da 9ª Vara Criminal de Campinas/SP, para
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 08/07/2020 91/2089

processar e julgar os autos nº 0000788.63.2018.4.03.6143, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5004782-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5004782-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de **conflito positivo de jurisdição** suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP (doravante "Juízo suscitante") em face do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo/SP (a seguir "Juízo Suscitado") nos autos da Execução Penal nº 0001316-02.2018.4.03.6110.

JOSE JEORGITON DEMOURA CARVALHO, foi condenado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Sorocaba/SP, pela prática do crime previsto no art. 334-A, §1º, V e §2º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito consistente em prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária no valor de ¼ (um quarto) do salário-mínimo vigente ao mês durante o período de pena fixada (ID 125611694 - Pág. 29/50).

Após o trânsito em julgado para as partes, o Suscitante expediu carta precatória para uma das Varas Criminais de São Paulo com a finalidade de realização da audiência admonitória e cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade (ID 125611694 fs.69/71)

O Suscitado, Juízo da 1ª Vara Federal de São Paulo, avocou a competência para processamento e julgamento da execução penal, com fundamento na Resolução n. 280/19 do Conselho Nacional de Justiça, porquanto, no caso dos autos, o sentenciado atualmente reside cidade de São Paulo.

Mencionou ainda que a citada Resolução determina que, a partir de 31 de dezembro de 2019, todos os processos de execução penal dos tribunais brasileiros deverão tramitar obrigatoriamente pelo SEEU, objetivando maior efetividade à execução e celeridade ao processamento de incidentes. (ID 125611694 fs. 82/83).

Por sua vez, para o Suscitante, a norma do art. 65 da LEP trata de critério de competência funcional, pois informa que o Juízo Competente para a execução das penas será aquele indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. Assim, critério de competência funcional, definido em lei, não pode ser substituído por critério de competência territorial, disciplinado em ato administrativo.

Argumentou, ainda, que a implantação do SEEU não tem a eficácia de subverter a questão da competência definida pela LEP e a Resolução 280 do CNJ não alterou matéria que deve ser objeto de lei ordinária. (ID 125611693).

Distribuído à minha relatoria, foi designado o Juízo Suscitante para resolver as medidas urgentes (ID 126738689).

A Procuradoria Regional da República manifestou-se conhecimento e procedência do presente conflito de jurisdição, para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara Federal Sorocaba/SP. (ID 127254713)

Dispensada a revisão, nos termos regimentais.

É o relatório.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5004782-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão cinge-se em saber qual o juízo competente para processar a execução penal que tramita pelo SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificado, a fim de dar cumprimento à condenação de JOSÉ JEORGITON DEMOURA CARVALHO à pena privativa de liberdade, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito.

O art. 65 da Lei nº 7.210/84 dispõe que a execução penal competirá ao Juízo indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

De fato, o Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU foi implementado pela Resolução nº 280, de 09/04/2019, do Conselho Nacional de Justiça e, por sua vez, este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Resolução nº 287 de 20/07/2019, regulamentando a implantação do sistema.

Tal Resolução é norma infralegal, não tendo o condão de modificar o disposto na Lei de Execução Penal, mormente o seu art. 65 que determina que “a execução da pena competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.

Bem mencionou o Juízo Suscitante as recentes decisões monocráticas do STJ, no sentido de que a criação do Sistema Eletrônico Unificado de Execução Penal não acarreta a modificação de competência, tal como decidido no CC 170.280, RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. 11/02/202:

(...) De outra parte, ao avocar, para si, a competência para processar a execução, o Juízo suscitante usurpou a competência do suscitado, notadamente porque não há base legal para modificação de competência aludida. Ressalto, nesse particular, que o implemento de uma nova solução tecnológica (SEEU) não constitui fundamento idôneo para inobservância do preconizado na Lei de Execução Penal. (...) Afinal, por se tratar de um sistema eletrônico unificado, os próprios autos processuais eletrônicos podem ser diretamente encaminhados ao Juízo da localidade da residência do condenado para que este fiscalize o cumprimento das restritivas de direito. Não há deslocamento de competência, frise-se, uma vez que inexistente previsão legal de deslocamento de competência para o cumprimento das restritivas de direito, como assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Assim, se no curso da fiscalização, surgir algum incidente de execução passível de ser decidido, os autos eletrônicos devem regressar ao Juízo executivo originário para deliberação. Decidida a questão, os autos eletrônicos são novamente encaminhados ao Juízo da fiscalização. (STJ. CC 170.280. RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. 11/02/2020).

Foi o réu condenado pelo Juízo Federal de Sorocaba, o Suscitante, sendo deste a competência para a Execução Penal, ainda que o réu resida em local não abrangido por sua jurisdição, hipótese em que, se o caso, deverá ser expedida Carta Precatória, consoante reiteradas decisões de nossas Cortes de Justiça, das quais destaco:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO PENAL. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. NOVO DOMICÍLIO DO APENADO. INOCORRÊNCIA DE MUDANÇA DE COMPETÊNCIA DE JUÍZO PARA EXECUÇÃO DA PENA. FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. 1. A simples mudança de domicílio do condenado à pena restritiva de direitos para fora da sede do juízo das Execuções Penais não provoca o deslocamento da competência, sendo certo que apenas deve ser deprecada a fiscalização do cumprimento das condições impostas na concessão da benesse, consoante o disposto nos arts. 65 e 66 da Lei de Execuções Penais. 2. Conflito conhecido para declarar-se competente o juízo de Direito da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas de Porto Alegre-RS, o suscitado. (CC - CONFLITO DE COMPETENCIA - 98167, Relator(a) JORGE MUSSI, DJE DATA:03/08/2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO À PENA EM REGIME ABERTO. NOVO DOMICÍLIO DO APENADO. INADMISSIBILIDADE DA MUDANÇA DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO DA PENA. FISCALIZAÇÃO PELO JUÍZO DO NOVO DOMICÍLIO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que ao Juízo da condenação compete a execução da pena, não havendo deslocamento desta competência pela mudança voluntária de domicílio do condenado à pena em regime aberto, devendo ser deprecada ao Juízo do domicílio do apenado a supervisão e acompanhamento do cumprimento da reprimenda determinada. Nesse contexto, in casu, os autos devem retornar ao juízo da condenação (Juízo de Direito da Vara Criminal de Videira - SC), competente para a execução penal, a fim de que determine a expedição de carta precatória ao Juízo de onde reside o apenado para a supervisão do desconto da sua reprimenda. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara Criminal de Videira - SC, o suscitado. (STJ, CC nº 131.468/RS, Reg. 2013/0391381-0, Terceira Seção, v.u., Rel. Min. Marilza Maynard [Des. Convocada do TJ/SE], j. 26.02.2014, DJe 13.03.2014)

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DA SUBSEÇÃO DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. 1. A competência para processar a execução da pena imposta é do juízo da condenação. Lei nº 7.210/84, art. 65. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 2. Considerando que a 5ª Vara da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto/SP foi a responsável pela prolação da sentença penal condenatória, compete à 2ª Vara Federal dessa Subseção Judiciária processar a execução penal decorrente dessa condenação. 3. Conflito julgado procedente. (TRF3. CJ. 5016493-15.2018.4.03.0000. Rel. Desemb. Fed. Nino Toldo. Quarta Seção. DATA: 24/09/2018).

Desta sorte, permanece o entendimento de que a competência para a execução de pena é do Juízo Federal da condenação, mesmo no caso do sentenciado residir em localidade diversa, e competirá ao Juízo de seu domicílio apenas a fiscalização do cumprimento da pena, ainda que em trâmite pelo SEEU.

Ante o exposto, **julgo procedente o presente conflito positivo, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP.**

É o voto.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5004782-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SOROCABA/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 1ª VARA FEDERAL CRIMINAL

DECLARAÇÃO DE VOTO

Des. Fed. André Nekatschalow. Trata-se de conflito positivo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP) em face do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo (SP) nos autos da Execução Penal n. 0001316-02.2018.4.03.6110 (Id n. 125611693, pp. 2/8).

Extraí dos autos que José Jeorgiton de Moura Carvalho foi condenado nos autos da Ação Penal n. 0004327-78.2014.403.6110, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Sorocaba (SP), a cumprir as penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por prática do crime previsto no art. 334-A, § 1º, V, e § 2º, do Código Penal, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente ao mês, durante o período da condenação (Id n. 125611694, pp. 29/50).

Após a distribuição da guia de recolhimento, o Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP) expediu carta precatória a uma das Varas Criminais da Justiça Federal em São Paulo (SP) para a realização da audiência admonitória, acompanhamento e fiscalização do cumprimento da pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (Id n. 125611694, pp. 69/71).

O processo eletrônico de execução penal foi autuado (Id n. 125611694, p. 81).

O Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) recebeu a carta precatória e avocou a competência para processar e julgar o processo de Execução Penal n. 0001316-02.2018.403.6110, considerando o atual domicílio do condenado estar em local situado sob sua jurisdição (Id n. 125611694, pp. 82/83).

A seu turno, discordando da decisão, o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Sorocaba (SP) suscitou o presente conflito positivo de jurisdição, a fim de que se reconheça sua competência para o conhecimento, processamento e julgamento da execução penal, autorizando-se apenas a realização de atos materiais necessários à efetivação da pena por parte do Juízo suscitado (Id n. 125611693, pp. 2/8).

Após a distribuição do conflito, foi designado o Juízo suscitante para resolver as medidas urgentes (Id n. 126738689).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Álvaro Luiz de Mattos Stipp, manifestou-se pela procedência do presente conflito, para que seja declarada a competência do Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP) (Id n. 127254713).

O Eminentíssimo Relator, Desembargador Federal Paulo Fontes, julgou procedente o conflito, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba (SP).

Com a devida vênia, divirjo do Relator.

Execução penal. Penas restritivas de direitos. Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU. Processo eletrônico de execução penal. Competência. Juízo do domicílio do condenado. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, por meio da Resolução n. 280/19, diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, considerando, dentre outras razões, a “necessidade de aprimoramento da gestão da informação no âmbito da execução penal, tornando seu trâmite processual mais célere, transparente, eficiente e, sobretudo, uniforme”.

Para implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Resolução n. 287/19, a qual dispõe sobre a concentração de todas as condenações impostas a determinado indivíduo em um único processo eletrônico de execução penal, nos seguintes termos:

Art. 2.º O processo eletrônico de execução penal será individual e indivisível e reunirá todas as condenações que forem impostas ao indivíduo, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, sendo responsável pelo processamento do feito o juízo competente no domicílio atual do condenado.

Nos termos do dispositivo transcrito, a competência em relação ao processo eletrônico de execução penal é do juízo do domicílio atual do condenado.

Do caso dos autos. Nos termos do que dispõe a Resolução n. 287/19 da Presidência deste TRF da 3ª Região, haverá um único processo eletrônico de execução penal, a concentrar todas as condenações impostas a determinada pessoa, e cujo processamento competirá ao juízo do domicílio atual do condenado.

Logo, considerando que o condenado José Jeorgiton de Moura Carvalho está atualmente domiciliado em área de jurisdição da Subseção Judiciária de São Paulo (SP) (Id n. 125611694, p. 82), é de competência do Juízo Suscitado o processo eletrônico de Execução Penal n. 0001316-02.2018.4.03.6110.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o conflito de jurisdição, reconhecendo a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de São Paulo (SP) para processamento da Execução Penal n. 0001316-02.2018.4.03.6110 (divrj do Relator).

É o voto.

EMENTA

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. SENTENCIADO DOMICILIADO EM LOCALIDADE DIVERSA DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. SISTEMA ELETRÔNICO EXECUÇÃO UNIFICADO. NÃO ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA. CONFLITO PROCEDENTE.

- 1) Conflito positivo de jurisdição suscitado pelo Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Sorocaba (SP) em face do Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo (SP) em Execução Penal.
- 2) Réu definitivamente condenado à pena privativa de liberdade, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direito, e possui domicílio em localidade diversa da condenação, tendo o processo de execução penal em trâmite pelo SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificada.
- 3) O Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU foi implementado pela Resolução nº 280, de 09/04/2019, do Conselho Nacional de Justiça e, por sua vez, este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Resolução nº 287 de 20/07/2019, regulamentando a implantação do sistema.
- 4) Tal Resolução é norma infralegal, não tendo o condão de modificar o disposto na Lei de Execução Penal, mormente o seu art. 65.
- 5) Consoante o disposto no artigo 65 da Lei de Execuções Penais o critério determinante para a fixação de competência na fase de execução penal é o local da sentença condenatória, e competirá ao Juízo de seu domicílio apenas a fiscalização do cumprimento da pena, ainda que em trâmite pelo SEEU. Precedentes desta Corte e do STJ.
6. Conflito positivo de jurisdição a que se julga procedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o presente conflito positivo, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Federal de Sorocaba/SP, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais NINO TOLDO, MAURÍCIO KATO, JOSÉ LUNARDELLI e FAUSTO DE SANCTIS, restando vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW que julgava improcedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000732-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BOTUCATU/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 1ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE RE: JOCILENE DE MELO ALVES

ADVOGADO do(a) PARTE RE: RODRIGO SILVA COELHO

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000732-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BOTUCATU/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 1ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE RE: JOCILENE DE MELO ALVES
ADVOGADO do(a) PARTE RE: RODRIGO SILVA COELHO

RELATÓRIO

Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal 1ª Vara Criminal de Botucatu/SP (a seguir "Juízo Suscitante") em face do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru/SP (doravante "Juízo Suscitado") nos autos da Execução Penal n.º 0000226-28.2018.4.03.6108.

A apenada Jocilene de Melo Alves foi condenada pelo Juízo da 3ª Vara Criminal Federal de Bauru/SP à pena de 03 (três) anos, em regime inicial aberto, e pagamento de 12 (doze) multa, no valor unitário mínimo legal, pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de 04 (quatro) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade, pelo cometimento do delito descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (Id.120861285, fls.14/25).

Em sede recursal, a E. Quinta Turma desta Corte Regional deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena-base para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa e deu parcial provimento à apelação ministerial para reconhecer a continuidade delitiva e redimensionar o valor do dia-multa e as penas restritivas de direito impostas à ré, resultando a pena total de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário de 1/10 do salário mínimo vigente na data da última competência sonegada pela acusada, devidamente corrigido até o efetivo pagamento, mantida a substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direito consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação, e uma pena de prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos (Id.120861285, fls.27/36).

Expedida a guia de recolhimento definitiva (Id.120861285, fls.06/04), distribuída ao Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru/SP, que declinou da competência em favor da Seção Judiciária de Botucatu/SP, sob o fundamento de que, "in verbis":

"A presente execução penal tramitava nesta 1ª Vara no formato de autos físicos. Recentemente, por força da Resolução CNJ nº 280, de 09/04/2019, que estabelece diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal nos tribunais brasileiros por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU, a tramitação passou a ser no sistema eletrônico.

Seguindo essas diretrizes do CNJ, o artigo 2º da RESOLUÇÃO PRES TRF 3 Nº 287, de 20 de julho de 2019, assim dispõe: "O processo eletrônico de execução penal será individual e indivisível e reunirá todas as condenações que forem impostas ao indivíduo, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, sendo responsável pelo processamento do feito o juízo competente no domicílio atual do condenado".

Pois bem. A condenada JOCILENE DE MELO ALVES atualmente reside na cidade de Botucatu-SP. Então, competente para aplicação das normas referentes à execução penal é o Juízo sob cuja jurisdição a apenada está submetida.

Em vista disso, declino da competência, para processamento e julgamento dos presentes autos eletrônicos, em favor do MM. Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Botucatu-SP" (Id.120861285, fls.53/54).

Redistribuído o feito ao Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Botucatu/SP, que suscitou o presente conflito negativo de jurisdição, apontando entendimento desta Corte Regional no sentido de que a competência para processar a execução da pena imposta é do Juízo da condenação- artigo 65 da Lei nº 7.210/84 (Id. 120861285, fls.57/58).

Parecer da Procuradoria Regional da República pela procedência do conflito de jurisdição (Id.123515499).

É o relatório.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000732-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BOTUCATU/SP - 1ª VARA FEDERAL
SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 1ª VARA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:
PARTE RE: JOCILENE DE MELO ALVES
ADVOGADO DO(a) PARTE RE: RODRIGO SILVA COELHO

VOTO

O conflito negativo de jurisdição deve ser julgado procedente.

Deveras, em se tratando de processo em fase de execução penal, dispõe o artigo 65 da Lei nº 7.210/84, "in verbis":

"Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença".

Sobre o tema, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a competência para a execução penal cabe ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL. REGIME INICIAL ABERTO. EXECUÇÃO DA PENA EM REGIME ABERTO QUE COMPETE AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. REMESSA DO FEITO À JUSTIÇA ESTADUAL SOMENTE QUANDO O APENADO ESTIVER PRESO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ESTADUAL. INAPLICABILIDADE AO CASO DA SÚMULA 192 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL SUSCITANTE PARA A EXECUÇÃO DA PENA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA AO JUÍZO FEDERAL DA COMARCA DE DOMICÍLIO DO CONDENADO APENAS PARA O ACOMPANHAMENTO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. "Tendo o réu sido condenado pela Justiça Federal a pena a ser inicialmente cumprida no regime aberto, deve a execução ser processada por esta, nos termos do art. 65, da Lei de Execuções Penais." Precedente: AgRg no CC 153.707/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 10/11/2017)

2. "A competência para a execução penal cabe ao Juízo da condenação, sendo deprecada ao Juízo do domicílio do apenado somente a supervisão e acompanhamento do cumprimento da pena determinada, inexistindo deslocamento de competência." Precedente: CC 113.112/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJe 17/11/2011.

3. "Havendo Vara Federal na comarca de domicílio do condenado, o Juízo deprecado deverá ser o Juízo Federal. Caso contrário, o Juízo Estadual." Precedente: CC 120.747/PR, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira - Desembargadora Convocada do TJ/PE, Terceira Seção, DJe 17/4/2013.

4. Considerando que ambas as penas – uma imposta pela Justiça Estadual e outra imposta pela Justiça Federal – estão sendo cumpridas em regime aberto, não há motivos, por ora, para a unificação das execuções, porquanto a eventual regressão funda-se em mera conjectura. Frise-se que o cumprimento de pena imposta pela Justiça Estadual em regime aberto constitui circunstância não contemplada pela Súmula n. 192/STJ, conforme ponderou o próprio Juízo suscitante, o qual, por via transversa, pretende ampliar a incidência do verbete sumular para abarcar situação na qual o sentenciado não se encontra recolhido em estabelecimento prisional estadual" (CC 163.091-SP (2018/0346126-0) - Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe: 25/03/2019).

Ao aplicar o dispositivo em questão em casos análogos, esta E. Corte Regional tem reiteradamente se manifestado pela competência do juízo da condenação:

"CONFLITO DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PENAL. MUDANÇA DE DOMICÍLIO. DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

1. A circunstância de o sentenciado alterar seu domicílio não desloca a competência para o processamento da execução penal, cumprindo ser expedida carta precatória para audiência admostrativa e a fiscalização do cumprimento das condições.

2. Conflito negativo de jurisdição julgado procedente" (CJ 20456/SP, 4ª Seção, Juiz Federal Convocado Ferreira da Rocha, data do julgamento: 29/07/2016).

PROCESSO PENAL - COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO PENAL - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. 1. A competência para o processo da execução penal é do juízo da condenação, nos termos do art. 65, da Lei 7.210/84, não a modificando o fato de residir; o réu, em lugar não abrangido por sua jurisdição. 2. Conflito negativo de competência procedente. Competência do Juízo Suscitado. (CJ 00181141120134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/09/2013).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MUDANÇA DE DOMICÍLIO DO APENADO. ARTS. 65 E 66 DA LEP - COMPETÊNCIA DO JUÍZO PROLATOR DA SENTENÇA CONDENATORIA - CONFLITO PROCEDENTE. 1. A competência para a execução das penas restritivas de direitos é do juízo responsável pela condenação, o qual poderá deprecicar ao juízo do domicílio do sentenciado os atos fiscalizatórios do cumprimento da reprimenda, remanescendo ao juízo deprecante, porém, a competência para a prática de todos os atos decisórios relativos à execução das reprimendas impostas. 2. Inteligência dos arts. 65 e 66 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84). 3. Conflito procedente. Competência do juízo suscitado. (CJ 00008865720124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO PENAL. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RESIDÊNCIA DO SENTENCIADO. -Processamento da execução penal que cabe à primeira vara com competência criminal da Subseção Judiciária do Juízo da condenação. Inteligência do artigo 65 da LEP e Provimento COGE nº 64/2005. -Residência fora da sede do Juízo da condenação que não opera o deslocamento da competência, cabendo a expedição de precatória para a fiscalização do cumprimento das condições do benefício concedido e permanecendo o Juízo das Execuções da respectiva Subseção Judiciária com competência para a solução dos incidentes e para a decisão final da execução. - Conflito negativo de competência julgado procedente, para declarar a competência do Juízo Federal suscitado. (CJ 00157466320124030000, DESEMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/10/2012).

PROCESSO PENAL - COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO PENAL - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA CONDENAÇÃO - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA PROCEDENTE. 1. A competência para o processo da execução penal é do juízo da condenação, nos termos do art. 65, da Lei 7.210/84, não a modificando o fato de residir; o réu, em lugar não abrangido por sua jurisdição. 2. Conflito negativo de competência procedente. Competência do Juízo Suscitado, da 1ª Vara de Araraquara declarada. (CJ 00320239120114030000, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - PRIMEIRA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2012).

Sendo assim, na esteira dos precedentes acima citados, o critério determinante para a fixação de competência na fase de execução penal é o local da sentença condenatória, que, na hipótese, implica a fixação da competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru/SP, o Suscitado.

Noutro vértice, o artigo 2º da Resolução nº 280, de 20 de julho de 2019, da Presidência deste Tribunal, ao dispor que o "(...) processo eletrônico de execução penal será individual e indivisível e reunirá todas as condenações que forem impostas ao indivíduo, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, sendo responsável pelo processamento do feito o juízo competente no domicílio atual do condenado" não tem o condão de modificar regra de fixação de competência e tampouco foi editado para tal fim, mas tão somente como fito de instrumentalizar a execução de pena junto ao sistema unificado implantado pelo E. CNJ – SEEU.

Como dispôs o Juízo Suscitante, "in verbis":

“Isso porque a referida Resolução não tem o condão de alterar disposição normativa a fim de modificar as regras processuais de fixação de competência, sendo mais acertada a interpretação do art. 2º da Resolução no sentido de que o “processamento” do feito pelo juízo do domicílio atual do apenado refere-se tão somente ao acompanhamento dos atos materiais do cumprimento da pena.

Veja-se que, se assim não fosse a própria Resolução não teria disciplinado a inclusão das Cartas Precatórias na implantação do sistema SEEU, como o fez nos arts. 1º, §1º e 3º”.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o presente conflito de jurisdição, declarando a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru/SP, o Suscitado, para o processamento da Execução Penal nº 0000226-28.2019.4.03.6108.

É o voto.

CONFLITO DE JURISDIÇÃO (325) Nº 5000732-70.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

SUSCITANTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BOTUCATU/SP - 1ª VARA FEDERAL

SUSCITADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE BAURU/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

PARTE RE: JOCILENE DE MELO ALVES

ADVOGADO do(a) PARTE RE: RODRIGO SILVA COELHO

DECLARAÇÃO DE VOTO

Des. Fed. André Nekatschalow. Trata-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo Juízo Federal 1ª Vara Criminal de Botucatu (SP) em face do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru (SP) nos autos da Execução Penal n. 0000226-28.2018.403.6108 (Id n. 120861285, pp. 57/58).

Extrai-se dos autos que Jocilene de Melo Alves foi condenada nos autos da Ação Penal n. 0003716-05.2012.403.6108, pelo Juízo da 3ª Vara Criminal Federal de Bauru (SP), às penas definitivas de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, regime inicial aberto, e 12 (doze) dias-multa, por prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, substituída a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em uma pena de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora por dia de condenação, e uma pena de prestação pecuniária no valor de 10 (dez) salários mínimos (Id n. 120861285, pp. 6/36).

A guia de recolhimento definitiva foi expedida e distribuída ao Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru (SP), que determinou a expedição de carta precatória à Justiça Federal de Bauru (SP), considerando que a condenada residia naquela cidade, a fim de se realizar a audiência admonitória e fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direitos (Id n. 120861285, p. 43).

Após a implementação do processo eletrônico de execução penal, o Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru (SP) declinou da competência em favor do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Botucatu (SP), onde atualmente reside a condenada (Id n. 120861285, pp. 53/54).

O Juízo da 1ª Vara Criminal de Botucatu (SP) rejeitou a declinatória e suscitou o presente conflito negativo de jurisdição (Id n. 120861285, pp. 57/58).

Após a distribuição do conflito, foi designado o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes (Id n. 121863477).

O Ilustre Procurador Regional da República, Dr. Pedro Barbosa, manifestou-se pela procedência do conflito (Id n. 123515499).

O Eminentíssimo Relator, Desembargador Federal Paulo Fontes, julgou procedente o conflito, declarando a competência do Juízo Federal da 1ª Vara Criminal de Bauru (SP) para processar a Execução Penal n. 0000226-28.2019.403.6108.

Com a devida vênia, divirjo do Relator.

Execução penal. Penas restritivas de direitos. Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU. Processo eletrônico de execução penal. Competência. Juízo do domicílio do condenado. O Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, por meio da Resolução n. 280/19, diretrizes e parâmetros para o processamento da execução penal por intermédio do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, considerando, dentre outras razões, a “necessidade de aprimoramento da gestão da informação no âmbito da execução penal, tornando seu trâmite processual mais célere, transparente, eficiente e, sobretudo, uniforme”.

Para implementação do Sistema Eletrônico de Execução Unificado – SEEU, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Resolução n. 287/19, a qual dispõe sobre a concentração de todas as condenações impostas a determinado indivíduo em um único processo eletrônico de execução penal, nos seguintes termos:

Art. 2.º O processo eletrônico de execução penal será individual e indivisível e reunirá todas as condenações que forem impostas ao indivíduo, inclusive aquelas que vierem a ocorrer no curso da execução, sendo responsável pelo processamento do feito o juízo competente no domicílio atual do condenado.

Nos termos do dispositivo transcrito, a competência em relação ao processo eletrônico de execução penal é do juízo do domicílio atual do condenado.

Do caso dos autos. Nos termos do que dispõe a Resolução n. 287/19 da Presidência deste TRF da 3ª Região, haverá um único processo eletrônico de execução penal, a concentrar todas as condenações impostas a determinada pessoa, e cujo processamento competirá ao juízo do domicílio atual do condenado.

Logo, considerando que a condenada Jocilene de Melo Alves está atualmente domiciliada em área de jurisdição da Subseção Judiciária de Botucatu (SP) (Id n. 120861285, p. 43), é de competência do Juízo suscitante o processo eletrônico de Execução Penal n. 0000226-28.2018.403.6108.

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** o conflito negativo de jurisdição, reconhecendo a competência do Juízo Suscitante da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Botucatu (SP) para processamento da Execução Penal n. 0000226-28.2018.403.6108 (divirjo do Relator).

É o voto.

EMENTA

1. Consoante o disposto no artigo 65 da Lei de Execuções Penais o critério determinante para a fixação de competência na fase de execução penal é o local da sentença condenatória, que, na hipótese, implica a fixação da competência do Juízo Suscitado. Precedente desta Corte Regional.
2. O artigo 2º da Resolução nº 280, de 20 de julho de 2019, da Presidência deste Tribunal, não tem o condão de modificar regra de fixação de competência e tampouco foi editado para tal fim, mas tão somente com o fito de instrumentalizar a execução de pena junto ao sistema unificado implantado pelo E. CNJ – SEEU.
3. Conflito negativo de jurisdição a que se julga precedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por maioria, decidiu julgar procedente o presente conflito de jurisdição, declarando a competência do juízo federal da 1ª vara criminal de Bauru/SP, o Suscitado, para o processamento da Execução Penal nº 0000226-28.2019.4.03.610, nos termos do voto do Relator, no que foi acompanhado pelos Desembargadores Federais NINO TOLDO, MAURÍCIO KATO, JOSÉ LUNARDELLI e FAUSTO DE SANCTIS, restando vencido o Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW que julgava improcedente o conflito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL (11955) Nº 5008013-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

REQUERIDO: J. D. F., P. S. J., S. V. K. P., C. R. C. O., M. C. C., M. O. G. C., J. D. L. G., E. P., C. I. C., C. C. C., C. A. S. S., W. J. P., E. G., S. E. M. M., J. G. P. S., E. R. S. E., R. V., M. G. C., L. C. L.,

SUBSECRETARIAS SEÇÕES

ATO ORDINATÓRIO (INTIMAÇÃO DE ACÓRDÃO)

Tendo em vista a virtualização do presente feito, nos termos da Resolução PRES nº 278, de 26 de junho de 2019, e em conformidade com os Comunicados da Diretoria-Geral de 11/10/2019 e de 28/10/2019, procede-se por este ato ordinatório à intimação da(s) parte(s)/interessado(s) do teor do acórdão lavrado pela 4ª Seção do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região no sistema informatizado PJe, nos termos abaixo reproduzidos:

CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL (11955) Nº 5008013-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

REQUERIDO: J. D. F., P. S. J., S. V. K. P., C. R. C. O., M. C. C., M. O. G. C., J. D. L. G., E. P., C. I. C., C. C. C., C. A. S. S., W. J. P., E. G., S. E. M. M., J. G. P. S., E. R. S. E., R. V., M. G. C., L. C. L.,

CAUTELAR INOMINADA CRIMINAL (11955) Nº 5008013-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
REQUERENTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

REQUERIDO: J. D. F., P. S. J., S. V. K. P., C. R. C. O., M. C. C., M. O. G. C., J. D. L. G., E. P., C. I. C., C. C. C., C. A. S. S., W. J. P., E. G., S. E. M. M., J. G. P. S., E. R. S. E., R. V., M. G. C., L. C. L.,

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria Regional da República da 3ª Região. O Agravo foi interposto por meio do sistema PJE, embora os autos do inquérito policial que trata dos fatos e o pedido de sequestro em que proferida a decisão agravada (proc. 0000398-92.2018.4.03.0000) sejam "físicos". Tal medida justifica-se em razão do contexto da pandemia da Covid-19, que levou a Presidência do TRF-3 a suspender os prazos e autorizar o sistema de "home office", que dificulta o manuseio e trâmite dos autos físicos.

O Agravo volta-se, como dito, contra decisão monocrática proferida por este Relator que, no pedido de sequestro formulado pelo Ministério Público, deferiu a medida requerida em relação aos investigados C. I. C., C. C. C., W. P., C. A. S. S. e E. G. I.

Procuradoria agrava requerendo a retificação do valor estabelecido por este Relator como parâmetro para o sequestro e ainda para que a medida alcance outros investigados que indica. Requer, ainda, em relação aos investigados já alcançados pela primeira decisão, que se acresça outro fundamento legal, constante da Lei 9.613/98.

Em juízo de retratação, a decisão foi reconsiderada em parte (ID 130352722).

É o relatório.

VOTO

Em juízo de retratação, reconsiderarei em parte a primeira decisão, para adotar como fundamento legal das medidas constritivas a Lei 9.613/98, notadamente o que dispõe o seu art. 4º, §4º, persistindo, ainda, como fundamento já indicado na decisão anterior o Decreto-lei 3240/41 e, ainda, para decretar a constrição em face das seguintes pessoas: S. E. M. M.; J. G. S.; E. R. S. E..

A decisão foi prolatada nos seguintes termos:

"Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Ministério Público Federal, por intermédio da Procuradoria Regional da República da 3ª Região. O Agravo foi interposto por meio do sistema PJE, embora os autos do inquérito policial que trata dos fatos e o pedido de sequestro em que proferida a decisão agravada (proc. 0000398-92.2018.4.03.0000) sejam "físicos". Tal medida justifica-se em razão do contexto da pandemia da Covid-19, que levou a Presidência do TRF-3 a suspender os prazos e autorizar o sistema de "home office", que dificulta o manuseio e trâmite dos autos físicos.

O Agravo volta-se, como dito, contra decisão monocrática proferida por este Relator que, no pedido de sequestro formulado pelo Ministério Público, deferiu parcialmente a medida requerida.

A Procuradoria agrava requerendo a retificação do valor estabelecido por este Relator como parâmetro para o sequestro e ainda para que a medida alcance outros investigados que indica. Requer, ainda, em relação aos investigados já alcançados pela primeira decisão, que se acresça outro fundamento legal, constante da Lei 9.613/98.

Vieram os autos para juízo de retratação.

Despachei para que o Ministério Público apresentasse memoriais e justificativas relativos ao cálculo dos valores de que requer o bloqueio, tendo o Parquet se manifestado por meio do documento [130060618](#).

É o relatório.

Decido em sede de juízo de retratação.

A decisão deve ser reconsiderada em parte.

Entendo que não foram satisfatórios os esclarecimentos prestados a respeito dos valores. Ou os danos estão materializados no superfaturamento, ou nos saques realizados pelos envolvidos, mas "tertium non datur"; a argumentação torna-se por conta disso um tanto confusa. Seria possível considerar-se como dano o valor relativo a toda a contratação, mas não me parece que a denúncia explicita esse aspecto ou assevera que os produtos não foram entregues em sua totalidade.

Sendo assim, nesse aspecto, mantenho a decisão anterior no ponto em que considerei o valor atualizado do dano como de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais), sem prejuízo de se fazerem novos e mais aprofundados cálculos no curso do processo.

Quanto à decretação do sequestro em desfavor das demais pessoas indicadas, reformo parcialmente a decisão agravada para decretar o sequestro / indisponibilidade de valores em relação a S. E. M. M.; J. G. S.; E. R. S. E..

Com efeito, S. é tio de E. G., em relação ao qual a medida foi já decretada, e segundo a denúncia e elementos probatórios que indica, atuou de forma ilícita, em conluio com os dirigentes da Cooperativa. Era à época presidente da UVESP – União de Vereadores do Estado de São Paulo. Segundo depoimento prestado por C. L. L., mencionado na denúncia, prestado em 20/01/2016, S. teria, por conta de suas ligações políticas, intermediado as contratações fraudulentas. No e-mail enviado a E. G. em 23/09/2014, S. M. comunica estar trabalhando para manter Campinas "sob controle", declarando que "os pagamentos devem ser reservados para mim", segundo comprova a denúncia.

Da mesma forma, a denúncia indica de forma suficiente que J. G. e E. R. o estavam envolvidos nas fraudes, fornecendo à cooperativa Coaf notas fiscais frias destinadas a encobrir as irregularidades e sendo remunerados por este serviço de maneira expressiva. As provas apresentadas incluem emails trocados com os dirigentes da Coaf, bem como quebra de sigilo bancário que indicou depósitos em favor dos mesmos.

Considero, contudo, precipitado o sequestro em relação aos gerentes de instituições bancárias M. G. C. e L. C. L., sendo necessário o aprofundamento da cognição com vistas a saber se tinham efetivamente conhecimento e envolvimento nas fraudes.

Por fim, acolho também o agravo para adotar como fundamento legal das medidas constritivas a Lei 9.613/98, notadamente o que dispõe o seu art. 4º, §4º, persistindo, ainda, como fundamento já indicado na decisão anterior o Decreto-lei 3240/41.

ANTE O EXPOSTO, decreto a indisponibilidade dos bens das seguintes pessoas, de forma solidária entre si e em relação aos alcançados pela primeira decisão, até o valor de R\$ 2.200.000,00:

- S. E. M. M., brasileiro, empresário, nascido em 14/01/1946, titular do CPF 168.177.538-72, residente e domiciliado na Rua 20, 157, Centro, Barretos/SP;

- J. G. S., brasileiro, empresário, nascido em 02/07/1947, titular do CPF 292.012.688-15, residente e domiciliado na Rua Itacy Duarte, 90, Pq. Beatriz, Campinas/SP e

- E. R. S. E., brasileiro, empresário, nascido em 03/03/1965, titular do CPF 063.109.918-25, residente e domiciliado na Rua Três, 50, Jd. Vista Alegre, Jundiá/SP.

A indisponibilidade deve atingir contas bancárias e aplicações financeiras em geral, veículos e imóveis.

Quanto às contas e aplicações e aos veículos, a medida será implementada por meio dos sistemas Bacenjud e Renajud.

No que concerne aos imóveis, deve-se oficiar com brevidade aos cartórios de registro de imóveis dos municípios de Barretos, Campinas e Jundiá. Tendo em vista a pandemia do coronavírus, referida comunicação poderá ser feita por email, solicitando-se confirmação do recebimento pelos cartórios.

Mantenho o sigilo total dos presentes autos. Deve a Secretaria em tempo oportuno certificar sobre os resultados das medidas, de forma detalhada, quando então este Relator poderá abrir vistas dos autos aos alcançados pelas medidas.

Intime-se a Procuradoria Regional da República da 3ª Região."

Não vislumbrando alteração de fato ou de direito capaz de modificar a referida decisão, entendo que deva ser mantida em todos os seus termos.

ANTE O EXPOSTO, em razão da reconsideração, em parte, da decisão agravada, conheço parcialmente do presente agravo regimental e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. SEQUESTRO DE BENS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. CONHECIMENTO PARCIAL. IMPROVIMENTO.

1. Decisão que, em juízo de retratação, reconsiderou parcialmente a decisão agravada.
2. Decisão agravada mantida quanto ao valor atualizado do dano como sendo de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais), sem prejuízo de se fazerem novos e mais aprofundados cálculos no curso do processo.
3. Precipitado o sequestro em relação aos gerentes de instituições bancárias, sendo necessário o aprofundamento da cognição com vistas a saber se tinham efetivamente conhecimento e envolvimento nas fraudes.
4. Recurso conhecido em parte e, na parte conhecida, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Seção, por unanimidade, decidiu em razão da reconsideração, em parte, da decisão agravada, conhecer parcialmente do presente agravo regimental e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 1ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000909-19.2016.4.03.6125
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECÍ DOS SANTOS

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 98/2089

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por Mario Eduardo Rodrigues em face de sentença que julgou improcedentes os embargos de terceiros.

O autor alega, em síntese, a inocorrência de fraude à execução, diante da boa-fé do adquirente e das alienações sucessivas do imóvel.

Com contrarrazões, os autos subiram esta Corte Regional.

É o relatório.

DECIDO.

Da fraude à execução

Primeiramente destaco que a Súmula nº 84, do Superior Tribunal de Justiça autoriza terceiro, detentor de contrato particular de compra e venda de imóvel, defender a posse do bem via embargos de terceiros, mesmo que a avença não tenha sido levada ao registro público, *in verbis*:

"É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro."

Nesse sentido é o entendimento dessa Corte, como segue:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIROS. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. POSSE JUSTA E DE BOA FÉ. APLICAÇÃO DA SÚMULA 84 DO STJ.- Deve-se proceder de ofício ao reexame necessário, nos termos do artigo 475, inciso III, do CPC. O embargante adquiriu o imóvel em litígio, conforme documento de fl. 13, e a partir daí exerceu os poderes inerentes ao domínio como se proprietário fosse. Portanto, possui justo título e exerce posse de boa fé. Entretanto, o documento da fl. 13, não foi levado à registro público e o imóvel foi penhorado em executivo fiscal movido contra empresa do ex proprietário do imóvel. A teor da Súmula 84 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro." - O recurso da autarquia limitou-se a atacar o compromisso de compra e venda, quando o direito do autor se funda na sua efetiva posse e não no referido contrato.- Apelação autárquica não provida. Sentença mantida, inclusive como consequência do reexame necessário." (TRF - AC 6017, 5ª Turma - Relator ANDRÉ NABARRETE - DJU 15-06-2001 - página 914).

No mérito, observa-se que o artigo 932, IV, do Código de Processo Civil, Lei 13.105/15, prevê que o relator, por mera decisão monocrática, poderá negar provimento ao recurso que for contrário a: Súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Inicialmente, observa-se que a questão tratada no presente recurso já foi objeto de julgamento pelo C. STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, em 10/11/2010, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO-DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Conseqüentemente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: "O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ". (EDcl no AgrR no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) "Reserva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005)". (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) "Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005". (AgrR no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) "A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (REsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal". (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009)

*8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, *in verbis*: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."*

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (iure et de iure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção iure et de iure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.

10. In casu, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.

11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.141.990 - PR, Rel. Min. LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA: 19/11/2010)

Assim, consoante restou assentado pelo STJ, a alienação de bem efetivada pelo devedor, antes da entrada em vigor da LC nº 118, de 09/06/2005, presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à referida data, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa, salientando-se, ainda, que o registro da penhora não pode ser exigência a caracterização da fraude no âmbito dos créditos, sendo irrelevante, inclusive, a existência ou não de boa-fé do adquirente.

No caso concreto, o autor pretende o afastamento da fraude à execução em relação à transferência do imóvel registrado na matrícula nº 72.069, no Cartório de Registro de Imóveis de Santos/SP, por ele adquirido de Sedovia Stacchini de Freitas em 01/04/2013, a qual, por sua vez, adquiriu o imóvel de Emília Turini Ulliana em 28/11/2011, posteriormente à LC nº 118, de 09/06/2005.

Tendo em vista que a inscrição da dívida se deu em 08/04/1999 e a execução fiscal foi distribuída em 27/06/2001 (ID nº 1007606546), configurada está a fraude à execução.

Sendo assim, não merece reforma a sentença recorrida.

Dos honorários advocatícios

No que concerne aos honorários advocatícios, o seu arbitramento pelo magistrado fundamenta-se no princípio da razoabilidade, devendo, como tal, pautar-se em uma apreciação equitativa dos critérios contidos no § 2.º do artigo 85 do Código de Processo Civil, evitando-se que sejam estipulados em valor irrisório ou excessivo.

Os honorários devem ser fixados em quantia que valorize a atividade profissional advocatícia, homenageando-se o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, tudo visto de modo equitativo.

Assim, nos termos do artigo 85, §1º, do CPC, condeno a parte apelante ao pagamento de honorários advocatícios recursais no valor de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932, IV, "b", do CPC, **nego provimento à apelação do autor**, para manter a sentença, nos termos da fundamentação acima.

P.I.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008319-46.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: TREETECH SISTEMAS DIGITAIS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Tendo em vista a prolação de sentença definitiva nos autos principais, consoante consulta efetuada no sítio eletrônico da Justiça Federal da Terceira Região, resta evidente a perda de objeto do presente agravo de instrumento.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente Agravo de Instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009814-95.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FLORA PRODUTOS DE HIGIENE E LIMPEZA S.A

Advogado do(a) APELADO: FABIO AUGUSTO CHILO - SP221616-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança objetivando a exclusão dos valores referentes ao PIS e à COFINS da base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a receita bruta instituída pela Lei nº 12.546/2011.

A r. sentença recorrida julgou procedente o pedido e concedeu a segurança.

Inconformada, apela a União, pleiteando a reforma da sentença, com a total improcedência do pedido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

Decido.

O artigo 932, III, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), estabelece que incumbe ao relator "*não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida*".

Ademais, o inciso IV do referido artigo prevê que o relator poderá negar provimento ao recurso que for contrário a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; e entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; bem como o inciso V desse dispositivo possibilita, após facultada a apresentação de contrarrazões, o provimento do recurso se a decisão recorrida for contrária àquelas mesmas hipóteses das alíneas do inciso anterior.

O caso comporta julgamento nos termos do artigo 932, IV, do CPC:

O mandado de segurança é ação constitucional que obedece a procedimento célere e encontra regulamentação básica no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal: "*Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

Percebe-se, portanto, que, dentre outras exigências, é necessário que o direito cuja tutela se pretende seja líquido e certo.

Todavia, a conceituação de direito líquido e certo não se relaciona com a existência ou não de dúvida ou controvérsia, sob o prisma jurídico, em relação a existência do direito.

Assim, é líquido e certo o direito apurável sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, quando os fatos em que se fundar o pedido puderem ser provados de forma incontável no processo.

Portanto, a presença de prova pré-constituída a amparar a pretensão do impetrante impõe aqui o exame do mérito.

Cinge-se a controvérsia acerca do afastamento do PIS e da COFINS da base de cálculo da Contribuição Sobre o Valor da Receita Bruta, instituída pela Lei nº 12.546/11.

Com efeito, a Lei nº 12.546/2011, com a finalidade de desonerar a folha de salários das empresas, promoveu a substituição da tributação das contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91, adotando uma nova Contribuição sobre o Valor da Receita Bruta (CVRB), cuja base de cálculo é a receita bruta ou faturamento.

Cumprido ressaltar que adotava-se o entendimento no sentido de que o ICMS e o ISS integravam o preço das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, bem como de serviço de qualquer natureza, sendo repassados ao consumidor final, estando de acordo com o conceito de receita bruta ou faturamento, previsto no art. 195, inciso I, "b", da CF/88.

Isto porque os valores relativos ao ICMS ingressavam no patrimônio da empresa e constituíam, em conjunto com outros valores (por exemplo, o ISS), o faturamento ou receita bruta, que é base de cálculo da COFINS, da contribuição ao PIS, bem como da contribuição previdenciária substitutiva em comento.

No entanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, assentou que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS", uma vez que muito embora o valor do ICMS esteja incluído no preço pago pelo adquirente da mercadoria ou serviço, esse não ingressa no patrimônio da empresa, pois em algum momento será recolhido, não integrando, por isso, a sua receita bruta ou faturamento.

Conforme esse entendimento, o valor do ICMS apenas integra a contabilidade da empresa como mero ingresso de caixa, uma vez que tem como destinatário final a Fazenda Pública, para a qual será repassado.

Desse modo, o STF consolidou a tese de que os valores arrecadados a título de ICMS não possuem relação com o conceito de receita bruta ou faturamento, previsto no art. 195, inciso I, "b", da CF/88 e, portanto, não pode servir como base de cálculo das contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social.

Por oportuno, faço transcrever a ementa do mencionado julgado sob a sistemática da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. (STF, RE 574.706/PR, Tribunal Pleno, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, DJe 15/03/2017)

Assim, de acordo com a tese consolidada na repercussão geral acima mencionada, adoto o novel entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, que o valor correspondente ao ICMS não deve ser incluído na definição de faturamento ou receita bruta da empresa, previsto no art. 195, inciso I, "b", da CF/88.

Ademais, no julgamento do REsp nº 1.638.772/SC, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 994), o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da decisão do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o valor de ICMS não deve integrar a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, vez que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. *In verbis*:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA - CPRB. LEI N. 12.546/11. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/15. 1 - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015. 11 - Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11. Precedentes. 111 - Recurso especial da contribuinte provido. Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/15. (REsp 1638772/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019)

Dessa forma, o ICMS não compõe a base de cálculo das contribuições sociais que incidem sobre a receita bruta. Vale destacar que o mesmo entendimento deve ser aplicado quanto à exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, em razão da similitude de incidência em relação ao ICMS.

Nesse mesmo sentido são os julgados deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE RECEITA BRUTA - CPRB. OBSERVÂNCIA ÀS TESES FIRMADAS PELO STF (TEMA 69) E STJ (TEMA 994). PIS. COFINS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CPRB. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. ART. 26-A DA LEI Nº 11.457/2007. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ATUALIZAÇÃO. TAXA SELIC. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, fixou o Tema 69 de Repercussão Geral no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". 2. Em sessão realizada no dia 10/04/2019, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, exarou a tese de que "os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), instituída pela Medida Provisória 540/2011, convertida na Lei 12.546/2011" (Tema 994). 3. O E. Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 574.706, entendeu que o valor de ICMS não deve integrar a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, uma vez que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. 4. Adequação à nova orientação jurisprudencial, firmada em caráter vinculante, em observância às teses firmadas pelo STF (Tema 69) e pelo STJ (Tema 994). 5. Em prol da uniformidade na aplicação do Direito e da celeridade da prestação jurisdicional, foi adotado o posicionamento majoritário firmado por esta Primeira Turma de que o entendimento supramencionado deve ser aplicado no tocante à exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta. 6. Compensação nos termos do art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 (introduzido pela Lei 13.670/18) e da Instrução Normativa RFB n. 1.717/17, com as alterações da Instrução Normativa RFB 1.810/18. 7. A Lei Complementar n. 104, de 11/01/2001, introduziu no CTN o art. 170-A, vedando a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença. 8. O STF, no RE n. 561.908/RS, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria, em 03/12/2007, e no RE n. 566.621/RS, representativo da controvérsia, ficou decidido que o prazo prescricional de cinco anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. 9. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo, até a sua efetiva compensação. Os créditos deverão ser corrigidos pela Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já incluiu os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013. 10. Apelação da impetrante provida. (TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004987-60.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, julgado em 25/06/2020, Intimação via sistema DATA: 26/06/2020)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. ICMS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. - O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, aos 08.10.2014, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao entendimento de que o valor desse tributo, pela própria sistemática da não cumulatividade que o rege, não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta da empresa, pois não ingressa no seu patrimônio, apenas transitando contabilmente na empresa arrecadadora, mas sendo, afinal, destinado aos cofres do ente estatal tributante. - Trata-se de julgamento em processo individual, gerando efeitos entre as partes, mas o C. STF também admitiu o tema como repercussão geral (Tema 69 - O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS), estando ainda pendente de julgamento final, quando surtiria efeitos erga omnes. - Essa orientação da Suprema Corte, por se tratar de matéria constitucional, já foi adotada pela C. Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp 593.627/RN, julgado aos 10.03.2015, superando os entendimentos daquela Corte Superior anteriormente expostos nas suas súmulas 68 e 94. - Sob uma fundamentação de natureza constitucional empregada e reconhecida como de repercussão geral pelo próprio C. Supremo Tribunal Federal, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 11.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão, com o consequente direito ao ressarcimento do indébito pelas vias próprias (restituição mediante precatório ou compensação). - Apelação da União desprovida. - Apelação da impetrante provida. (ApelReex nº 0003595-20.2016.4.03.6113/SP, Des. Fed. Souza Ribeiro, Segunda Turma, j. 29.08.2017, DJF3 20.12.2017).

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. 1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN. 2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região. 3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação. 4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado. 5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. 6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior. 7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior. 9. Remessa oficial e apelação desprovidas. (AMS nº 00187573120154036100, Des. Fed. Nelson dos Santos, Terceira Turma, j. 03.05.2017, DJF3 15/05/2017)

Com relação ao pedido de compensação, cumpre esclarecer que esta somente é possível em relação a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, nos termos do disposto nos arts. 66 da Lei nº 8.383/91, 39 da Lei nº 9.250/95 e 89 da Lei nº 8.212/91, ressaltando-se que o § único do art. 26 da Lei nº 11.457/07 exclui o indébito relativo às contribuições sobre a remuneração do regime de compensação do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SÚMULA 83/STJ. 1. Na hipótese em exame, o acórdão recorrido se encontra alinhado ao posicionamento do STJ, de que a compensação só pode ocorrer entre tributos da mesma espécie e destinação, consoante o disposto no art. 66, § 1º, da Lei 8.383/91. 2. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1426898/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014)

Outrossim, a nova redação dada ao art. 89 da Lei n.º 8.212/91 pela Lei n.º 11.941/09 não revogou o disposto no art. 26 da Lei n.º 11.457/07, estabelecendo, apenas, que cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil regulamentar as hipóteses de restituição ou compensação das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do § único do art. 11 da Lei n.º 8.212/91, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros. Nesta esteira:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. A solução integral da controversia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". 3. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 4. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 5. A intenção do legislador foi, claramente, resguardar as receitas necessárias para o atendimento aos benefícios, que serão creditadas diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 11.457/2007. 6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1267060/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011).

No mais, observa-se que, nos termos do art. 170-A do CTN, introduzido pela Lei Complementar n.º 104/01, é vedada a compensação, mediante aproveitamento, de tributo objeto de contestação judicial, antes do trânsito em julgado da respectiva sentença. Acrescente-se que, o STJ firmou, pela sistemática do art. 543-C do CPC, o entendimento segundo o qual o referido dispositivo se aplica às demandas ajuizadas após 10/01/2001. Neste sentido:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, submetido ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (recursos repetitivos), firmou o entendimento segundo o qual o art. 170-A do CTN - que veda a compensação de créditos tributários antes do trânsito em julgado da ação - aplica-se às demandas ajuizadas após 10.1.2001, mesmo na hipótese de tributo declarado inconstitucional. Agravo regimental improvido. (STJ; 2ª Turma; AgRg no REsp 1299470/MT; Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 23/03/2012).

Por fim, é cediço que o mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, consoante o disposto nas Súmulas 269 e 271 do STF. Desta forma, o mandamus é adequado tão somente com relação a declaração de direito a eventual compensação, sujeitando-se a mesma à apuração da administração fazendária, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos e a Súmula n.º 460:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. CONVALIDAÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS EFETUADA PELO CONTRIBUINTE UNILATERALMENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito de compensação de tributos indevidamente pagos, em conformidade com a Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no REsp 1044989/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009; EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 25/06/2009; RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007; e RMS 20.523/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 08.03.2007). 2. Ao revés, é defeito, ao Judiciário, na via estreita do mandamus, a convalidação da compensação tributária realizada por iniciativa exclusiva do contribuinte, porquanto necessária a dilação probatória. (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 1027591/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 21/09/2009; REsp 1040245/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009; AgRg no REsp 725.451/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 728.686/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 25/11/2008; REsp 900.986/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2007, DJ 15/03/2007; REsp 881.169/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2006, DJ 09/11/2006). 3. A intervenção judicial deve ocorrer para determinar os critérios da compensação objetivada, a respeito dos quais existe controvérsia, v.g. os tributos e contribuições compensáveis entre si, o prazo prescricional, os critérios e períodos da correção monetária, os juros etc; bem como para impedir que o Fisco exija do contribuinte o pagamento das parcelas dos tributos objeto de compensação ou que venha a autoliquidar em razão da compensação realizada de acordo com os critérios autorizados pela ordem judicial, sendo certo que o provimento da ação não implica reconhecimento da quitação das parcelas ou em extinção definitiva do crédito, ficando a iniciativa do contribuinte sujeita à homologação ou a lançamento suplementar pela administração tributária, no prazo do art. 150, § 4º do CTN. 4. A Administração Pública tem competência para fiscalizar a existência ou não de créditos a ser compensados, o procedimento e os valores a compensar; e a conformidade do procedimento adotado com os termos da legislação pertinente, sendo inadmissível provimento jurisdicional substitutivo da homologação da autoridade administrativa, que atribua eficácia extintiva, desde logo, à compensação efetuada. 5. O art. 535 do CPC resta inócua se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncie-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1124537/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Súmula 460 STJ - É incabível o mandado de segurança para convalidar a compensação tributária realizada pelo contribuinte.

No tocante ao prazo prescricional para pleitear a repetição de indébito ou a compensação tributária, o STF definiu, em sede de repercussão geral, que o prazo de 5 (cinco) anos se aplica às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, conforme a ementa que ora transcrevo:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDEBÍTOS AOS PROCESSOS AJUZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador; tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º; 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. In ocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE 566.621, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJE de 11/10/2011, pág. 273)

Outrossim, o STJ revisou a sua jurisprudência, passando a adotar o posicionamento do STF. Neste sentido, colaciono o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDEBÍTO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. 1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior. 2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005). 3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN. 4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, Recurso Especial nº 1.269.570/MG, 1ª Seção, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 23/05/2012, DJE de 04/06/2012).

Destarte, no caso vertente, o prazo prescricional é de cinco anos.

Por fim, cumpre esclarecer que a atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula 162/STJ), até a sua efetiva restituição e/ou compensação, com a incidência da Taxa SELIC, nos termos do § 4º do art. 39 da Lei n. 9.250/95, que já incluí os juros, conforme Resolução CJF n. 267/2013.

Ante o exposto, com fulcro no artigo 932 do Código de Processo Civil, **nego provimento ao reexame necessário e à apelação**, nos termos da fundamentação acima.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005089-41.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
APELANTE: FLACAMP INDUSTRIA MECANICA E SERVICOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIO CHRISTENSEN NOBRE - SP211772-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a apelante para regularizar os autos com a digitalização do processo administrativo nº 12971.001361/2008-31, que foi juntado aos autos físicos por apensamento em apartado conforme decisão de fl. 166 conforme numeração original dos autos físicos ou Pág. 53 do Id. 134428346, **sob pena de baixa dos autos eletrônicos à Vara de Origem** para o cumprimento do ônus atribuído às partes, nos termos do art. 6º, *caput*, da Resolução Pres Nº 142/2017.

Prazo: 10 (dez) dias, que deverá ser computado a partir do primeiro dia imediatamente posterior à normalização do atendimento presencial.

Após, tomem conclusos para julgamento.

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016374-83.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: EVANDRO DE JESUS SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDMILSON MORAIS DE OLIVEIRA - SP317784-N
AGRAVADO: JARDIM RESIDENCIAL DO BOSQUE SPE LTDA, CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão interlocutória proferida em primeiro grau.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO.

Numa análise perfunctória, não vislumbro presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo postulado, porquanto ausentes a lesão grave ou de difícil reparação que poderiam derivar da decisão agravada.

Com tais considerações, indefiro o pleito de efeito suspensivo.

Intime-se a parte agravada para apresentação da contraminuta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

P.I.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017684-27.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alex da Silva Braga e outra em face da r. decisão que, em sede de ação pelo rito comum, indeferiu tutela provisória de urgência consubstanciada na rescisão de contrato de financiamento imobiliário.

A r. decisão agravada, em síntese, restou fundamentada na ausência de demonstração de vício no contrato de mútuo habitacional ou fato capaz de afetar a relação contratual.

Por sua vez, insurgem-se os agravantes, sustentando resumidamente que:

- (i)- não possuem capacidade financeira para continuar com o contrato;
- (ii)- é devida a rescisão do contrato, afastando a possibilidade de negatificação de nome nos cadastros de inadimplentes;
- (iii)- "tentaram resolução contratual de forma amigável, no entanto, as agravadas simplesmente ignoraram os pedidos".

Com tais fundamentos, pedem provimento ao recurso para impedir a execução/cobrança.

Pugnância pela antecipação dos efeitos da tutela recursal

É o relatório.

Decido.

Sobre a tutela provisória de urgência, dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil, in verbis:

"Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão."

Desta feita, para a concessão da tutela de urgência, é necessária a existência da probabilidade do direito e do perigo de dano.

No caso concreto, a parte agravante ajuizou ação ordinária em face de CCISA32 INCORPORADORA LTDA, CURY CONSTRUTORA E INCORPORADA S/A E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF visando à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel e de mútuo, com pedido de tutela de urgência para determinar à agravada que se abstenha de promover a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, bem como para suspender a exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas e de qualquer cobrança de despesas inerentes ao imóvel.

A parte agravante, contudo, não comprovou o descumprimento do contrato pela Caixa Econômica Federal, nem a ocorrência de ilegalidades ou a onerosidade excessiva que ensejem a rescisão unilateral do contrato livremente firmado entre as partes, razão pela qual devem ser mantidas as obrigações pactuadas no contrato em questão.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO COMPROVADA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. Sobre a tutela provisória de urgência, dispõe o artigo 300 do Código de Processo Civil, in verbis: "Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo". Desta feita, para a concessão da tutela de urgência, é necessária a existência da probabilidade do direito e do perigo de dano.

II. No caso concreto, a parte agravante ajuizou ação ordinária em face de Luar do Paraíso Incorporadora Ltda e da Caixa Econômica Federal visando à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel e de mútuo, com pedido de tutela de urgência para determinar à agravada que se abstenha de promover a inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, bem como para suspender a exigibilidade das parcelas vencidas e vincendas e de qualquer cobrança de despesas inerentes ao imóvel.

III. A parte agravante, contudo, não comprovou o descumprimento do contrato pela Caixa Econômica Federal, nem a ocorrência de ilegalidades ou a onerosidade excessiva que ensejem a rescisão unilateral do contrato livremente firmado entre as partes, razão pela qual devem ser mantidas as obrigações pactuadas no contrato em questão.

IV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024538-42.2017.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado DENISE APARECIDA AVELAR, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 14/04/2020)

"CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROGRAMA "MINHA CASA MINHA VIDA". RESCISÃO CONTRATUAL UNILATERAL. REDUÇÃO DE RENDA FAMILIAR. TEORIA DA IMPREVISÃO. DESCABIMENTO. 1. Trata-se de apelação contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido autoral, e determinou a rescisão dos contratos de compra e venda e mútuo, com garantia em alienação fiduciária, com a devolução de 75% dos valores pagos a título de financiamento e de "Taxa de Obra". 2. A hipótese em tela não se confunde com aquela que deu ensejo à edição da súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça: "Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento". 3. De fato, a relação negocial entre os autores e a vendadora do imóvel evoluiu da promessa de compra e venda para a efetiva venda do bem, mediante a obtenção de financiamento para quitação do preço, com execução da garantia em alienação fiduciária, nos termos da Lei 9.514/97, de modo que ficou estabelecido entre as partes um complexo de direitos e obrigações interligados, de relação continuada e trato sucessivo, que não mais admite seu rompimento, sem que haja motivo juridicamente idôneo. 4. Neste aspecto, os autores não apontaram a existência de qualquer abuso ou inadimplemento contratual por parte dos réus, o que afasta a possibilidade de resolução contratual com base no art. 475 do Código Civil. Da mesma forma, como a única razão para a desistência do imóvel decorre de "dificuldades financeiras", tal fato não se apresenta como motivo hábil e suficiente para invocação da "Teoria da Imprevisão" (artigo 478 do Código Civil), de modo a propiciar o rompimento dos aludidos contratos. 5. A redução da renda familiar pode ser motivo imprevisto, mas jamais imprevisível, não tendo o condão de impor a rescisão contratual, mas, apenas, a revisão do contrato junto à parte ré, através de renegociação, o que, aliás, não pode ser imposto, pois depende da análise da viabilidade de adequação do contrato à nova realidade fática. 6. Deve ser privilegiado o princípio da força obrigatória dos contratos, no sentido de que ninguém é obrigado a contratar, mas aqueles que o fizerem devem cumprir com as obrigações assumidas, de modo que, diante da ausência de abuso ou inadimplemento por parte dos réus, a improcedência do pedido autoral é medida que se impõe. 17. Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido e condenar os autores nas custas e honorários advocatícios, fixados em 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §2º, e §11 c/c artigo 98, § 3º, ambos do Código de Processo Civil de 2015, já considerado o trabalho adicional realizado em sede recursal. 8. Apelação provida."

“APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. RESCISÃO UNILATERAL. REDUÇÃO DE RENDA FAMILIAR. TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE CONDIÇÕES DIVERSAS DAS PACTUADAS. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Apelação contra a sentença que julgou procedente o pedido para determinar a rescisão do contrato particular de compra e venda firmado junto à incorporadora e do contrato de financiamento imobiliário, com garantia de alienação fiduciária, firmado junto à instituição financeira, determinando que os demandados devolvessem as quantias pagas, com a retenção de 25% (vinte e cinco por cento), sob o fundamento de que não se pode impedir o comprador de obter a resolução contratual. 2. Na origem, os demandantes pugnaram pelo distrato do contrato de compra e venda realizado com a construtora e do financiamento habitacional, com garantia de alienação fiduciária, realizado com a CEF, bem como pela suspensão da exigibilidade do pagamento das parcelas vincendas e pela devolução dos valores pagos a MRV e a instituição financeira. Narraram que o valor do imóvel foi de R\$ 149.563,00, tendo sido dado de entrada o montante de R\$ 2.244,00 e utilizado o FGTS, na quantia de R\$ 14.217,00. O restante foi dividido em parcelas de R\$ 1.345,13, conforme cláusula contratual firmada com a CEF, com prazo de amortização de 420 meses. Como causa de pedir, alegaram que um dos adquirentes sofreu um acidente no olho direito, em 2014, tendo a deficiência se agravado até a perda total da visão. Diante de tal fato, houve a diminuição salarial, bem como gastos com consultas e exames. Nesse ponto aduziram que por conta de tal circunstância e também por motivos particulares deixaram de desejar o imóvel. 3. No caso, a relação negocial entre os compradores e a vendedora do imóvel evoluiu da promessa de compra e venda para a efetiva venda do bem, mediante a obtenção de financiamento para quitação do preço, com execução da garantia em alienação fiduciária, de modo que ficou estabelecido entre as partes um complexo de direitos e obrigações interligados, de relação continuada e trato sucessivo, cujo rompimento não mais se admite sem que haja motivo juridicamente idôneo. 4. Os demandantes não apontaram a existência de qualquer abuso ou inadimplemento contratual por parte dos demandados. Na verdade, eles buscaram a rescisão de ambos os contratos, alegando, como causa de pedir, o fato de um dos compradores haver perdido a visão direita, sofrendo redução de seu salário. Entretanto, a desistência do imóvel em decorrência de dificuldades financeiras enfrentadas pelos adquirentes não se apresenta como motivo hábil e suficiente para invocação da “Teoria da Imprevisão”, conforme previsto no art. 478 do CC/2002, de modo a propiciar o rompimento dos aludidos contratos. A redução da renda familiar pode ser motivo imprevisível, mas jamais imprevisível, não tendo, por essa razão, o condão de impor a rescisão contratual. Precedentes: TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 01410071520174025101, Rel. Juiz Fed. Conv. VIGDOR TEITEL, DJE 9.11.2018; TRF2, 7ª Turma Especializada, AC 00119763920174025101, Rel. Des. Fed. SÉRGIO SCHWARTZ, DJE 16.8.2017. 5. Considerando que, no contrato de mútuo, “(...) o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”, nos termos do disposto no art. 586 do CC/2002, conclui-se que não se mostraria cabível a rescisão de um contrato de mútuo feneratício, muito menos a devolução de todas as quantias pagas pelo mutuário, sem que houvesse a necessária devolução à instituição financeira de todo o montante emprestado. 6. O quadro apresentado pelos demandantes, diminuição da renda familiar em decorrência de fato superveniente ao contrato, quando mútuo, poderia sugerir como solução uma eventual renegociação da dívida, no âmbito extrajudicial, a critério das partes, ressaltando-se que o Poder Judiciário não tem poder de coerção quando se trata de renegociação (TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 00045813520134025101, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, DJE 12.5.2017). Isso porque não existe obrigação legal dirigida à CEF de rever o que foi pactuado com o demandante, e qualquer provimento jurisdicional neste sentido configuraria ingerência indevida do Poder Judiciário a limitar a autonomia da vontade e a liberdade contratual das partes envolvidas (TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 00045813520134025101, Rel. Des. F. ed. RICARDO PERLINGEIRO, DJE 12.5.2017). 7. Sentença reformada para julgar improcedente o pedido formulado pelos demandantes na petição inicial, ficando eles condenados ao pagamento de honorários sucumbenciais, no percentual de 10% sobre o valor atualizado da causa (R\$ 149.563,00), ex vi do art. 85, § 2º, do CPC/2015, pro rata, cuja exigibilidade, contudo, permanecerá suspensa em razão da concessão do benefício da gratuidade de justiça. Diante da reforma da sentença, não há que se falar em majoração de honorários em sede recursal. 8. Apelações da MRV MRL XXVII INCORPORAÇÕES SPE LTDA. e da CEF providas. Apelação dos demandantes não provida.”

(TRF2, AC 0143314-28.2016.4.02.5116, 5ª TURMA ESPECIALIZADA, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, DJe 30/04/2019)

Desta feita, à míngua de comprovação da probabilidade do direito, deve ser mantida a r. decisão agravada.

Ante o exposto, indefiro a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intime-se para contraminuta, nos termos do art. 1.019, II do CPC.

P.I.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016046-56.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 03 - DES. FED. HELIO NOGUEIRA
AGRAVANTE: NOVA ARALCO INDUSTRIA E COMERCIO S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO VICTOR ROSA BRAGHIN - SP378639-N
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DE C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Nova Aralco Indústria e Comércio S/A contra a decisão que, nos autos de execução fiscal, deferiu sua inclusão no polo passivo do feito, como devedora solidária.

Em suas razões recursais, a agravante alega, em síntese, que não estaria caracterizada sua responsabilidade tributária solidária, ante a ausência de interesse comum no fato gerador das contribuições devidas. Sustenta, ainda, a inocorrência de sucessão empresarial, porquanto teria sido constituída no contexto do plano de recuperação judicial do Grupo Aralco. Argumenta que eventuais bloqueios sobre seu patrimônio inviabilizariam o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

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

Com efeito, a criação da Nova Aralco Indústria e Comércio S/A, embora ostente a finalidade de viabilizar o cumprimento das obrigações previstas no plano de recuperação judicial, caracteriza a sucessão tributária nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A questão referente à responsabilidade tributária por sucessão empresarial está disciplinada no artigo 133 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

1 - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

...

Para que seja reconhecida a sucessão tributária, portanto, não basta o exercício da mesma atividade econômica, no mesmo local. Faz-se necessária a comprovação da aquisição, pela sucessora, do fundo de comércio ou estabelecimento comercial da empresa sucedida, o que implicaria serem ambas as sociedades constituídas ou administradas pelos mesmos sócios; ou ter a atual ocupante do imóvel absorvido os funcionários da executada; ou ainda haver identidade de exploração de marcas, títulos de estabelecimento ou sinais identificadores.

Nesse sentido já se formou a jurisprudência deste Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DÉBITOS DE CONTRIBUIÇÃO AO FGTS. INOCORRÊNCIA DE SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. HONORÁRIOS. PRECEDENTES.

1. *Admite-se a sucessão tributária quando uma pessoa, física ou jurídica, adquire de outra o fundo de comércio para explorar o mesmo ramo comercial, cabendo à administração tributária comprovar a responsabilidade do adquirente.*
2. *Permite-se reconhecer a sucessão empresarial sem ato formal de transferência do negócio, desde que existam indícios e provas convincentes de sua ocorrência.*
3. *O embargado não logrou demonstrar, de maneira objetiva e pertinente, que ocorreu sucessão tributária entre a firma individual - Diodi Guskuma ME - e as empresas que, à época da constituição do crédito tributário, desenvolviam suas atividades no mesmo endereço - Badia Miguel Loft e Josephina Mussa Rosa.*
4. *A responsabilidade tributária não pode ser estimada ou inferida a partir do simples endereço das atividades comerciais, sem que existam outros elementos a evidenciar a sucessão (art. 133 do CTN) ou a responsabilidade direta pelo nascimento da obrigação tributária.*
5. *O Relatório Fiscal não demonstra a aquisição do fundo de comércio e a continuidade da exploração do mesmo objeto social, apenas indicando eventual transferência do negócio, relativo aos boxes 52, 54 e 56 do Mercado Municipal, em Sorocaba (SP).*
6. *O Registro de Firma Individual do embargante remonta a 25.10.1978, após o período cobrado no executivo fiscal - setembro/1973 a setembro/1978.*
7. *Verba honorária majorada para R\$ 1.000,00 (valor presente), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, em apreciação equitativa.*
8. *Apelo da CEF improvido. Recurso adesivo do embargante provido.*

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, APELREEX 0904305-54.1998.4.03.6110, Rel. JUIZ CONVOCADO CESAR SABBAG, julgado em 15/02/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/03/2012)

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, §1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE DÍVIDA NÃO-TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DA ATUAL EMPRESA ESTABELECIDADA NO LOCAL POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. NÃO CONFIGURADA A HIPÓTESE DO ART. 133 DO CTN. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Embora seja fato incontroverso que a agravante se estabeleceu no mesmo endereço da empresa executada e que explora ramo de atividade idêntico ao da empresa executada, não se verifica configurada a sucessão tributária cujo figurino legal é aquele do artigo 133 do Código Tributário Nacional.*
2. *Para a caracterização da responsabilidade prevista no artigo 133 do Código Tributário Nacional é mister a prova da aquisição do fundo de comércio ou de estabelecimento comercial, industrial ou profissional, a indicar a figura da sucessão de atividade empresarial, coisa distinta da mera sucessão da empresa (tratada no art. 132 do CTN).*
3. *É ômus da exequente a demonstração daquela transferência, não se podendo presumir a responsabilidade tributária da ora agravante apenas porque tem seu estabelecimento no mesmo local onde outrora esteve a devedora original.*
4. *Agravo legal a que se nega provimento.*

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI 0012605-31.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 13/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/08/2015)

No caso dos autos, as informações apresentadas no Plano de Recuperação Judicial (ID 134612471) demonstram que as sociedades do grupo, dentre elas a executada na ação originária – Agroazul Agrícola Alcoazul Ltda. – têm suas atividades paralisadas a partir da criação da nova empresa. Corolário disso, é que a criação da Nova Aralco Indústria e Comércio S/A é o ponto crucial das medidas de recuperação do grupo econômico (item 4 do Plano de Recuperação Judicial), absorvendo todo o ativo do Grupo Aralco:

4. Reestruturação Societária

4.1. Constituição da Nova Aralco. *Os Acionistas deverão constituir a Nova Aralco e integralizar o capital da Nova Aralco com as ações representativas do capital das sociedades do Grupo Aralco, e/ou a propriedade de todos os bens e direitos das empresas do Grupo Aralco, observado o disposto neste Plano. (...)*

Ademais, muito embora o Código Tributário Nacional afaste a sucessão tributária na hipótese de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada em processo de recuperação judicial (§ 1º, inciso II, do artigo 133), a sucessão estará caracterizada se o adquirente for sociedade controlada pelo devedor em recuperação judicial (§ 2º, inciso I, do artigo 133).

No presente caso, além de todos os ativos do Grupo Aralco terem sido adquiridos pela Nova Aralco, que será a *holding* controladora do Grupo (ID 134612471, item 1.2.45), o estatuto da nova empresa demonstra que as empresas integrantes do grupo econômico e a Nova Aralco compartilham também seus administradores (ID 134612483).

Desse modo, a situação apresentada leva à conclusão de que a criação da Nova Aralco Indústria e Comércio S/A, não obstante se apresente como medida de reestruturação das sociedades integrantes do Grupo Aralco, com vistas ao pagamento dos credores da recuperação judicial, tem como consequência o esvaziamento da capacidade da executada e demais empresas do grupo de quitarem seus débitos tributários.

De fato, ao alienar a integralidade de seus bens e direitos à nova sociedade, resta à devedora um passivo impossível de ser realizado, pela ausência de ativo e pela paralisação de suas atividades.

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

Ante o exposto, **indeferido** o efeito suspensivo.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017856-66.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ADRIANO SAMPAIO COELHO, LEIDI MARIANA FIGUEIREDO COELHO

Advogados do(a) AGRAVANTE: LEIDI PRISCILA FIGUEIREDO - SP344275, MARIANE TARGA DE MORAES TENORIO - SP344296-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEIDI PRISCILA FIGUEIREDO - SP344275

AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal interposto por Adriano Sampaio Coelho e Leidi Mariana Figueiredo Coelho contra a decisão que, nos autos de ação ordinária, indeferiu a tutela de urgência para suspensão do registro da carta de arrematação e da averbação nº 5 realizadas na matrícula nº 80.311 do CRI de São Bernardo do Campo/SP, bem como para que a ré efetue o depósito judicial da diferença entre o valor arrematado e o valor da dívida.

Em suas razões recursais, os agravantes alegam, em síntese, que haveria cláusulas contratuais nulas. Sustentam que o imóvel dado em alienação fiduciária em garantia do mútuo de dinheiro contratado com a ré seria bem de família.

Pleiteia a concessão do efeito suspensivo ativo.

É o relatório.

Fundamento e decido.

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

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

O deferimento da tutela provisória de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida. Ademais, o deferimento da tutela de urgência não pode implicar a irreversibilidade do provimento antecipado, nos termos do § 3º do mesmo dispositivo.

Esses requisitos, assimpostos, implicam a existência de prova pré-constituída da veracidade do quanto arguido pela parte requerente, na medida em que a antecipação do provimento postulado, nas tutelas de urgência, provoca a postergação do contraditório.

No caso dos autos, não há *fumus boni iuris*. Admitido o inadimplemento da obrigação, a suspensão do procedimento de consolidação da propriedade enquanto se discutem cláusulas do contrato de financiamento somente se admite mediante o depósito judicial dos valores devidos. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO CÍVEL. ARTIGO 557, § 1º, CPC. JULGAMENTO MONOCRÁTICO AUTORIZADO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. ANULAÇÃO EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEI 9.514/97. I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau. II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante desta Corte. III - Afastada de plano a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista pela Lei n. 9.514/97, a semelhança do que ocorre com a execução extrajudicial de que trata o Decreto-lei 70/66 de há muito declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. IV - A alienação fiduciária representa espécie de propriedade resolúvel, de modo que, conforme disposto pela própria Lei n. 9.514/97, inadimplida a obrigação pelo fiduciante a propriedade se consolida em mãos do credor fiduciário. V - O contrato de financiamento foi firmado nos moldes do artigo 38 da Lei nº 9.514/97, com alienação fiduciária em garantia, cujo regime de satisfação da obrigação (artigos 26 e seguintes) diverge dos mútuos firmados com garantia hipotecária. A impuntualidade na obrigação do pagamento das prestações pelo mutuário acarretou no vencimento antecipado da dívida e a imediata consolidação da propriedade em nome da instituição financeira. Não consta, nos autos, evidências de que a instituição financeira não tenha tomado as devidas providências para tanto, nos termos do art. 26, da Lei 9.514/97. VI - Ademais, somente o depósito da parte controvertida das prestações, além do pagamento da parte controversa, teria o condão de afastar a adjudicação e o subsequente leilão do imóvel enquanto se discutem judicialmente as cláusulas do contrato de financiamento. Lei nº 10.931/2004, no seu artigo 50, § 1º, garante ao mutuário o direito de pagar - e à instituição financeira, o de receber - a parte incontroversa da dívida. VII - O pagamento da parte incontroversa, por si só, não protege o mutuário contra a execução. Para obter tal proteção, é preciso depositar integralmente a parte controvertida (§ 2º, artigo 50, Lei nº 10.931/2004) ou obter do Judiciário decisão nos termos do § 4º do artigo 50 da referida lei. VIII - O procedimento de execução do mútuo com alienação fiduciária em garantia não fere o direito de acesso ao Judiciário, porquanto não proíbe ao devedor, lesado em seu direito, levar a questão à análise judicial. IX - Agravo legal a que se nega provimento.

(AC n. 00106746520114036100, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, 5ª Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 26/03/2013)

No caso dos autos, não há depósito do montante controvertido, nem tampouco houve purgação da mora no prazo ou exercício do direito de preferência, para o que os agravantes foram devidamente notificados (ID 33212924 e ID 33213261 dos autos originários).

Assim, consolidada a propriedade em nome da credora fiduciária, a alienação do imóvel a terceiros é faculdade conferida pelo direito de propriedade que lhe advém do registro.

Por outro lado, o contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia não apresenta vícios que apontem para eventual nulidade da avença (ID 33213268). Os agravantes livremente procuraram a instituição financeira e contrataram mútuo de dinheiro, dando em garantia fiduciária o imóvel descrito na inicial.

Tratando-se de pessoas plenamente capazes, supõe-se que livremente ofereceram seu único imóvel residencial como garantia fiduciária, não havendo nos autos nenhum indício de vício do consentimento na contratação do mútuo. Desse modo, a proteção ao bem de família não pode prevalecer, sob pena de prestigiar a má-fé do contratante e esvaziar a garantia prestada. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA. VALIDADE DA GARANTIA. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.

1. Não há falar em omissão ou contradição do acórdão recorrido se as questões pertinentes ao litígio foram solucionadas, ainda que sob entendimento diverso do perfilhado pela parte.
2. O incidente de uniformização de jurisprudência não se confunde com a irrisignação recursal, ostentando caráter preventivo. Daí por que o seu processamento depende da análise de conveniência e oportunidade do relator e deve ser requerido antes do julgamento do apelo nobre.
3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.
4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.
5. A propriedade fiduciária consiste na transmissão condicional daquele direito, convencionada entre o alienante (fiduciante), que transmite a propriedade, e o adquirente (fiduciário), que dará ao bem a destinação específica, quando implementada na condição ou para o fim de determinado termo.
6. Vencida e não paga, no todo em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário, consequência ulterior, prevista, inclusive, na legislação de regência.
7. Sendo a alienante pessoa dotada de capacidade civil, que livremente optou por dar seu único imóvel, residencial, em garantia a um contrato de mútuo favorecedor de pessoa diversa, empresa jurídica da qual é única sócia, não se admite a proteção irrestrita do bem de família se esse amparo significar o alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais.
8. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 1559348/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 05/08/2019)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. BEM DE FAMÍLIA ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SUBSISTE. PREVALÊNCIA DA BOA-FÉ. VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. QUESTÃO CENTRAL DO RECURSO ESPECIAL EMINENTEMENTE JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO REFORMADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Concernente à impenhorabilidade do bem de família, esta Corte Superior já afastou tal garantia no caso em que o devedor fiduciante alienou fiduciariamente o bem de família, o qual sabidamente era de residência familiar, por caracterizar comportamento contraditório.

Precedente.

2. Outrossim, em sentido semelhante, em que o bem de família foi oferecido como garantia hipotecária, a Segunda Seção deste Tribunal Superior consignou ser penhorável tal imóvel, "quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos" (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 7/6/2018).

3. Na hipótese em apreço, o TJMT, modificando a sentença de improcedência, julgou em sentido contrário, ao reconhecer a impenhorabilidade do imóvel ofertado como garantia fiduciária de contrato de mútuo bancário em benefício de pessoa jurídica, mesmo sendo os titulares do bem os únicos sócios da sociedade empresária devedora, razão pela qual foi reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença.

4. Por fim, enfatiza-se que as circunstâncias fáticas utilizadas como parâmetro para acolher o pleito recursal são incontroversas, sendo eminentemente jurídica a questão em debate, o que rechaça possível incidência da Súmula 7/STJ à espécie, ao revés do que sustentam os agravantes.

5. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1555368/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2020, DJe 20/03/2020)

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

Ante o exposto, **indeferir** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Comunique-se.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta.

Após, voltem conclusos para deliberação.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5026196-03.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
PARTE AUTORA: MARGEN ENGENHARIA & CONSTRUÇÕES LIMITADA. - ME
Advogados do(a) PARTE AUTORA: SILVIA HELENA ROCHA CAMPOS - SP315447-A, ARGEMIRO MATIAS DE OLIVEIRA - SP242540-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5026196-03.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
PARTE AUTORA: MARGEN ENGENHARIA & CONSTRUÇÕES LIMITADA. - ME
Advogados do(a) PARTE AUTORA: SILVIA HELENA ROCHA CAMPOS - SP315447-A, ARGEMIRO MATIAS DE OLIVEIRA - SP242540-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando prestação jurisdicional que determine a análise administrativa do pedido de restituição de créditos tributários.

Sobrevinda a sentença, o MD. Juízo *a quo* houve por bem conceder a segurança pleiteada. Foi determinado o reexame necessário.

Sem recurso voluntário, subiram os autos a esta Corte Regional.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5026196-03.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nesta seara cinge-se à ausência de apreciação de pedido administrativo em prazo razoável.

É cediço que a atuação da Administração Pública deve ser orientada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, sendo desproporcional a demora na apreciação do mencionado pedido administrativo.

Ademais, o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, traz o princípio da razoável duração do processo, bem como há previsão expressa de prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a Administração profira decisão em relação às petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte (artigo 24, da Lei n.º 11.457/07).

Noutro vértice, a Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução, o que não ocorrerá, *in casu*, porquanto ausente qualquer justificativa razoável para a demora na conclusão do procedimento administrativo.

Precedentes desta E. Corte Regional reconhecem que a demora da Administração Pública em atender o requerimento do administrado não se coaduna com os princípios da razoável duração do procedimento administrativo, tampouco como da eficiência da administração pública, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, e 37, *caput*, respectivamente. Confira-se:

*PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DEMORA NA ANÁLISE DO PEDIDO. ARTIGO 49 DA LEI 9.784/99. PRAZO PARA ADMINISTRAÇÃO DECIDIR APÓS A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO. O impetrante protocolou seu pedido de restituição em 15/07/2013 e 06/11/2013, após cinco anos de andamento do processo administrativo que resultou no reconhecimento de um crédito do impetrante, e somente após o ajuizamento deste mandado de segurança, em 24/06/2014, é que o requerimento foi examinado, o que não se coaduna com os princípios da razoável duração do procedimento administrativo, tampouco com o da eficiência da administração pública, ambos consagrados na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, e 37, *caput*, respectivamente. - Frise-se que o pedido do autor não se refere a todo um procedimento administrativo, mas apenas ao cumprimento de decisão que reconheceu o direito à restituição. Ademais, a Lei n.º 9.784/99 fixou em 30 (trinta) dias, a partir da conclusão da instrução processual, o prazo para a administração proferir decisões. - Remessa oficial desprovida. REOMS 00064601120144036105 - REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 356224 - Relator (a) - DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARETE - Sigla do órgão - TRF3 - Órgão julgador - QUARTA TURMA - Fonte - e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/06/2015 - Data da Decisão - 28-05-2015 - Data da Publicação - 18-06-2015*

TRIBUTÁRIO. PIS. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO VIA COMPENSAÇÃO. DEMORA NO JULGAMENTO. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. 1. Agravo retido não conhecido uma vez que, não tendo havido interposição de recurso, não foi formulado pedido de sua apreciação por este Tribunal, a teor do § 1º, do artigo 523, do Código de Processo Civil. 2. Não há que se falar em perda do objeto da impetração pois a análise do procedimento administrativo em questão pela autoridade coatora, por força da liminar, tal fato não faz desaparecer o objeto da impetração. 3. O número excessivo de processos não é motivo justo para a não prestação adequada do serviço que compete à Administração Pública, devendo ser concretizada em tempo razoável, sendo certo que o contribuinte não pode ser penalizado pela inércia ou demora. 4. Agravo convertido em retido não conhecido, preliminar afastada e remessa oficial desprovida. Processo REOMS 00018606920084036100REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 312554 - Processo - REOMS 00018606920084036100 - REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 312554 - Relator (a) - DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES - Sigla do Órgão - TRF3 - Órgão julgador - Terceira Turma - Fonte - e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/03/2009 PÁGINA: 27 - Data da Decisão - 19-03-2009 - Data da Publicação - 31-03-2009.

Nesse sentido também, o Egrégio STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA EM DECIDIR. 1. De acordo com o art. 49 da Lei n. 9.784, de 29.01.1999, concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta e dois dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 2. Comprovada a omissão da autoridade administrativa em decidir no prazo acima definido, há de se confirmar mandado de segurança concedido para que, no caso, a Receita Federal analise e decida os pedidos de ressarcimento formulados pela recorrida no prazo de 120 (cento e vinte) dias. Multa devida pelo descumprimento. 3. Homenagem que a Administração Pública deve prestar aos princípios da legalidade, da eficiência e do respeito aos direitos subjetivos da cidadania. 4. Recurso especial não-provido. RESP 200701952634 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 980271 - Relator(a) - JOSÉ DELGADO - Sigla do Órgão STJ - Órgão julgador - PRIMEIRA TURMA - Fonte - DJE DATA:03/03/2008 - Data da Decisão 18-12-2007 - Data da Publicação - 03-03-2008.

Por derradeiro, eventuais dificuldades enfrentadas pela Administração Pública não podem ser aceitas como justificativa da morosidade no cumprimento da obrigação de expedição de certidões e esclarecimento de situações, sob pena de desrespeito aos princípios da eficiência, da legalidade e da razoabilidade, bem como ao direito de petição.

Isto posto, **nego provimento à remessa oficial**, mantendo, na íntegra, a douda decisão recorrida.

Oficie-se a autoridade impetrada, encaminhando-se cópia da presente decisão.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO. EXTRAPOLAÇÃO DE PRAZO PARA RESPOSTA. DEFERIMENTO DA LIMINAR. RATIFICAÇÃO.

I. A conclusão do procedimento administrativo se deu somente em decorrência do deferimento do pleito de liminar e outrossim, a sentença concessiva da segurança, que ratificou a concessão da liminar, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009, necessitando ser confirmada por meio do julgamento de mérito (Súmula 405 do STF).

II. A atuação da Administração Pública deve ser orientada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, sendo desproporcional a demora na apreciação do mencionado pedido administrativo.

III. O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, traz o princípio da razoável duração do processo, bem como há previsão expressa de prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a Administração profira decisão em relação às petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte (artigo 24, da Lei n.º 11.457/07).

IV. A Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução, o que não ocorrerá, *in casu*, porquanto ausente qualquer justificativa razoável para a demora na conclusão do procedimento administrativo.

V. Eventuais dificuldades enfrentadas pela Administração Pública não podem ser aceitas como justificativa da morosidade no cumprimento da obrigação de expedição de certidões e esclarecimento de situações, sob pena de desrespeito aos princípios da eficiência, da legalidade e da razoabilidade, bem como ao direito de petição.

VI. Remessa oficial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031234-26.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VIP TRANSPORTES URBANO LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: JOSIMAR TEIXEIRA DE LIMA - SP243243-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento contra r. decisão interlocutória.

Conforme consulta ao Sistema Processual desta E. Corte, verifico que foi proferida decisão na ação originária, o que acarreta a perda de objeto do presente recurso.

Com tais considerações, julgo prejudicado o presente agravo de instrumento.

P.I.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029330-05.2018.4.03.0000

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

AGRAVANTE: THAIS PACHECO DE ARAUJO

Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL COSTA RODRIGUES - SP82154-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 135997750: indefiro o pleito de sustentação oral formulado pelo patrono da parte agravante, ora embargada, THAÍS PACHECO DE ARAUJO, tendo em vista o disposto no Artigo 143, caput, do Regimento Interno desta Corte, in verbis:

“Art. 143 - Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, de embargos de declaração e de arguição de suspeição.”

Intím(e)m)-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010070-85.2003.4.03.6100

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) APELANTE: PEDRO PAULO DE OLIVEIRA - SP116890

APELADO: ROSEMEIRE CRISTINA DOS SANTOS MOREIRA

Advogado do(a) APELADO: ERICA CRISTINA RODRIGUES OTERO - SP158473

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 135351817/135356376: trata-se de memoriais apresentados pelo apelante INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL.

Aguarde-se o julgamento do feito na sessão designada para 07/07/2020.

Intím(m)-se.

São Paulo, 5 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010450-28.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL

AGRAVADO: ADAILDA CONCEICAO
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE NICODEMOS DE ARAUJO JUNIOR - MS18270-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 135244737/135244757: trata-se de memoriais apresentados pela agravada ADAILDA CONCEIÇÃO.

Aguarde-se o julgamento do feito na sessão designada para 07/07/2020.

Intím(m)-se.

São Paulo, 5 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026640-70.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: IHC SAO PAULO HOTELARIA LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: RICARDO MALACHIAS CICONELLO - SP130857-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, IHC SAO PAULO HOTELARIA LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RICARDO MALACHIAS CICONELLO - SP130857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 135906679: trata-se de memoriais apresentados pela apelante IHC SÃO PAULO HOTELARIA LTDA.

Aguarde-se o julgamento do feito na sessão designada para 07/07/2020.

Intím(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003910-71.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: FUNDAÇÃO ESPIRITA ANDRÉ LUIZ
Advogados do(a) APELANTE: CESAR MORENO - SP165075-A, WALDIR LUIZ BRAGA - SP51184-A, ALAN CLEITON CHAVES - SP316058-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

O DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY.

ID nº 136111819: trata-se de memoriais apresentados pela apelante FUNDAÇÃO ESPIRITA ANDRÉ LUIZ.

Aguarde-se o julgamento do feito na sessão designada para 07/07/2020.

Intím(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000622-60.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECID DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SOLANGE APARECIDA ALEIXO DE CAMPOS
Advogado do(a) APELADO: LUCINEIA CRISTINA MARTINS RODRIGUES - SP287131-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000855-44.2016.4.03.6128
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CLIPTECH INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: DIMAS LAZARINI SILVEIRA COSTA - SP121220-A, MONICA SERGIO - SP151597-A, LEONARDO GETIRANA SILVA - SP180809-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020472-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: EVALDO FERREIRA DIAS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROBSON BARSANULFO DE ARAUJO - SP281412-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024362-63.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: DELTA USINAGEM E FUNDIDOS LTDA

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024593-90.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: EXPRESSO RING LTDA - ME

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000099-88.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO

APELADO: VALMIR AMANCIO PIMENTA
Advogado do(a) APELADO: MARIA RUBINEIA DE CAMPOS SANTOS - SP256745-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019172-22.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS FUNCEF
Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO PINHEIRO GUIMARAES DE CARVALHO - SP361409-A, JUSUVENNE LUIS ZANINI - RJ130686
AGRAVADO: VIRGINIA SPATUZZI
Advogado do(a) AGRAVADO: GISLANDIA FERREIRA DA SILVA - SP117883-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001988-87.2016.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: HOSPITAL E MATERNIDADE ALBERT SABIN S/B LTDA
Advogados do(a) AGRAVADO: ALINE DA CUNHA BERGO SCHWARTZMANN - SP298183-A, ADERBAL DA CUNHA BERGO - SP99296-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000663-45.2018.4.03.6002
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: VEICULOS CRUZEIRO COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: JOAO CARLOS DE PAIVA - MG47822-A, FLAVIO CORREA REIS - MG75179-A, GABRIEL DA SILVA CARVALHO FERNANDES MENDES - MG120470-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VEICULOS CRUZEIRO COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE PAIVA - MG47822-A, GABRIEL DA SILVA CARVALHO FERNANDES MENDES - MG120470-A, FLAVIO CORREA REIS - MG75179-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016009-67.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGROPECUARIA RIO DA AREIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: KATIA SILENE LONGO MARTINS - SP141222-A, PATRICIA HELENA FERNANDES NADALUCCI - SP132203-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006309-67.2013.4.03.6109
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARIA JOANA BONINI MICHIELIN
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO ROMANIN - SP142263-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5012642-98.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: JEFERSON RIBEIRO SALAZAR
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5012642-98.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: JEFERSON RIBEIRO SALAZAR
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por JEFERSON RIBEIRO SALAZAR contra sentença proferida em cumprimento de sentença por eles proposto, que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos seguintes termos (Num. 75927224):

“(…)

Análise as preliminares arguidas pela União.

Afasto a alegação de inépcia da inicial.

Ao contrário do que alegou a União, foram devidamente juntadas aos autos cópias do título executivo, bem como da respectiva certidão de trânsito em julgado (ID 8467698 – Páginas 99/103 e 104).

Quanto à ausência de cópia da citação da União, desnecessária a sua juntada, visto que possui pleno conhecimento da ação, com manifestação acerca de todos os atos processuais nos autos da ação coletiva.

Igualmente, deve ser rechaçada a suposta ausência de comprovação, por parte do exequente, da qualidade de auditor da Receita Federal do Brasil, tendo em vista constar dos autos declarações emitidas pelo SINDIFISCO NACIONAL atestando a qualidade de auditor das exequentes, bem como sua respectiva filiação à respectiva entidade (ID 8466609 – Pág. 5).

Por outro lado, tenho que assiste razão à União quanto à preliminar de ausência de congruência entre o título e o pedido de cumprimento.

Sustentou a União que os limites objetivos da coisa julgada determinam, unicamente, a obrigação de pagamento da GAT desde sua criação pela Lei nº 10.910/2004 até sua extinção pela Lei nº 11.890/2008, ou seja, limitou-se a reconhecer devido o seu pagamento.

Nesse contexto, consoante se extrai das fichas financeiras da parte exequente, teria havido o efetivo pagamento da gratificação pleiteada em todo o período de vigência da Lei nº 10.910/2004, até sua extinção pela Lei nº 11.890/2008.

Sendo assim, não haveria que se falar em obrigação da UNIÃO ao pagamento da Gratificação da Atividade Tributária (GAT) como vencimento, tampouco de sua incorporação aos vencimentos básicos dos substituídos ou sua incidência nas rubricas que tenham reflexos sobre o vencimento básico desses servidores, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da coisa julgada.

O exequente, por sua vez, argumentou que caso o título executivo se limitasse ao pagamento da GAT, não haveria controvérsia, uma vez aquela sempre foi paga aos servidores. Ademais, a petição inicial da ação coletiva foi clara no sentido de requerer a condenação da União à incorporação da GAT, com a incidência sobre ela das demais parcelas remuneratórias, com reflexo em todas as verbas recebidas no período, a partir da Lei nº 10.910/2004.

Nesse sentido, ao dar provimento ao Recurso Especial, o STJ, “por óbvio”, teria julgado procedente o pedido formulado na inicial. Acrescentaram, por fim, que muito embora os motivos, em si, não sejam aptos à formação da coisa julgada, “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade como princípio da boa-fé”, nos termos do artigo 489, § 3º do CPC.

Consta do dispositivo do título executivo judicial: “Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008” – AgInt no REsp nº. 1.585.353/DF (ID 8474686, pág. 99/103) – destaquei.

Nota-se, assim, que ao contrário do alegado pela parte exequente, não restou consignado no acórdão o pagamento de quaisquer diferenças remuneratórias de outras vantagens a serem calculadas sobre a GAT, mas, tão somente, o próprio pagamento da GAT.

Ressalte-se, nesse ponto, que nos fundamentos do acórdão, embora haja menção aos pedidos formulados pelo SINDIFISCO, não consta expressamente o reconhecimento da obrigatoriedade da incorporação da GAT no vencimento básico dos servidores e consequentes reflexos sobre as demais rubricas.

Nas razões de decidir vislumbra-se, apenas, análise acerca da sua natureza jurídica (vencimento ao invés de gratificação), tendo sido também omissas, tal como o dispositivo citado, quanto aos reflexos decorrentes da incorporação dessa verba no vencimento básico dos servidores e consequentes reflexos.

Importante destacar, nesse ponto, que embora conste na petição inicial da ação coletiva o requerimento de incorporação da GAT, com a incidência sobre ela das demais parcelas remuneratórias, com reflexo em todas as verbas recebidas no período, não houve especificação acerca de quais seriam essas “parcelas remuneratórias”, bem como as chamadas “verbas reflexas”, o que, por consequência, inviabiliza a própria prestação jurisdicional, haja vista a impossibilidade de aferição, na fase executiva, de quais rubricas teriam sido abrangidas por eventual decisão.

A própria parte exequente acrescentou no cálculo do montante da execução parcelas reconhecidas por força de decisões judiciais, o que ressalta a omissão do pleito inicial.

Nessa conjuntura, tem-se assim que, conquanto o pedido formulado pelo sindicato da categoria tenha sido outro, fato é que a análise do acórdão do C. STJ indica que a questão jurídica decidida se limitou à apreciação da natureza jurídica de vencimento, como se a controvérsia fosse acerca da manutenção ou não da GAT.

A própria conclusão do acórdão decorre das premissas firmadas na sua fundamentação, ao reconhecer como “... devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008”.

Não houve, assim, reconhecimento explícito e muito menos implícito, de que seria igualmente devido o pagamento de outras vantagens e gratificações sobre o valor da GAT. Conforme dito, sequer foram mencionadas na inicial da ação coletiva quais seriam as vantagens/gratificações incidentes sobre a GAT.

O SINDIFISCO não interpôs recurso de embargos de declaração a fim de sanar a omissão ora verificada, de maneira que transitou em julgado decisão que não confere nada mais além do quanto já pago aos servidores a título de GAT entre 2004 e 2008.

Por consequência, em relação à parte exequente, a decisão proferida pelo C. STJ ostenta natureza meramente declaratória, pois, como o próprio afirmou, aquela verba “sempre foi paga” aos servidores.

Por último, a invocação do artigo 489, § 3º, do CPC, não permite que a interpretação da decisão judicial ganhe contornos para além dos limites objetivos da decisão, sob pena de ofensa à coisa julgada e à própria segurança jurídica.

Portanto, ante a ausência de reconhecimento expresso no título judicial quanto aos valores pleiteados (os quais também não constaram da inicial da ação de conhecimento), a parte exequente carece de interesse processual para a sua execução.

Pelo exposto, JULGO EXTINTO o processo, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VI do CPC.

CONDENO a parte exequente ao pagamento de custas e de honorários advocatícios em favor da União, nos termos do §5º do artigo 85 do CPC, que fixo em R\$ 47.604,60, referentes a 49,9 salários mínimos vigentes na data desta sentença, de acordo com os percentuais mínimos previstos no § 3º, I e II, do artigo 85 do CPC.

Publique-se. Intimem-se”.

A sentença foi proferida em 12/03/2019 (Num. 75927283).

Embargos de declaração opostos pelo exequente foram rejeitados (Num. 75927228 e 75927282).

Sustenta o apelante que o SINDIFISCO NACIONAL ajuizou reclamação perante o STJ contra decisão proferida na oportunidade pelo eg. TRF da 5ª Região. Em 06/12/2018, o Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – exatamente o relator do REsp nº 1.585.353/DF que originou o título executivo judicial em destaque – julgou procedente a referida reclamação.

Pretende a reforma da sentença para se afastar a tese de inexigibilidade da obrigação aventada pela União, determinando-se a baixa dos autos para regular processamento e julgamento do mérito, ou que este Tribunal, desde logo, homologue os valores executados (Num. 75927286).

Contrarrazões pela União (Num. 75927290).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012642-98.2018.4.03.6100

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

APELANTE: JEFERSON RIBEIRO SALAZAR

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, verifico que a sentença foi publicada após 18 de março de 2016, sendo certo que se aplicam ao recurso as regras do Código de Processo Civil de 2015 quanto aos requisitos de admissibilidade. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

Enunciado administrativo n. 3

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feitas estas considerações, conheço da apelação por ser tempestiva e cabível, bem como acompanhada do devido preparo.

Do mérito recursal

Tenho que o recurso merece provimento.

Isto porque os requerentes pretendem a execução de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, verbis:

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio. 11. Insta destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento. 12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 24/04/2017).

Dos claros termos do julgado em questão se extrai que fora reconhecida a natureza de vencimentos à Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, sendo certo que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida.

Veja-se que o próprio Tribunal da Cidadania já afastou a tese ora sustentada pela União – de que a coisa julgada se limitaria ao pagamento da Gratificação em comento, sem abarcar a incidência, sobre esta gratificação, de outras vantagens que tenham por fundamento o “vencimento” – no bojo da Reclamação nº 36.691/RN, em decisão monocrática do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo teor relevante ao deslinde da causa transcrevo:

“(…) 8. Afirma o reclamante que o TRF5, ao determinar que o pedido de reflexo nas demais parcelas com base no vencimento básico acrescido da GAT estaria em desconformidade com a decisão do REsp. 1.585.353/DF, em verdade, descumpriu frontalmente a referida decisão. Sustenta o reclamante que a decisão, transitada em julgado, reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação (GAT), razão pela qual a sua incorporação ao vencimento acarreta reflexos nas demais parcelas remuneratórias.

9. De fato, a decisão reclamada divergiu do que foi determinado por este STJ, uma vez que se reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação em comento (GAT), conforme se verifica dos seguintes trechos do decisum:

(…)

10. A decisão do STJ, transitada em julgado, assentou que a GAT se incorpora, adere ou agrega-se ao vencimento do Servidor ou, em outros termos, se vencimentaliza. Em face disso, é fora de qualquer dúvida jurídica que, para a incidência de outras gratificações, que tenham por fundamento o vencimento, deve ser considerado como sua base de cálculo o valor global, total ou expandido desse mesmo vencimento, ou seja, o seu valor pós-incorporação da supradita GAT. Entendimento diverso não encontra respaldo na decisão do STJ.

11. Nesse contexto, conclui-se que a decisão reclamada descumpriu o comando jurisdicional emanado deste Tribunal Superior, afrontando a autoridade de sua referida decisão, constitucionalmente assegurada. Assim, impõe-se reconhecer a procedência da presente Reclamação.

(...)"

(STJ, Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 10/12/2018) (destaquei).

Se é verdade que tal decisão veio a ser tomada sem efeitos por decisão do próprio Relator em 15/05/2019, não menos certo é que isto se deu tão somente em razão de não se ter oportunizado à União prazo para manifestação (STJ, AgInt na Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 20/05/2019).

Quanto à decisão proferida pelo C. STJ no âmbito da Ação Rescisória nº 6.436/DF, veja-se que foi expressa ao determinar a suspensão do levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs, de sorte que não se aplica ao caso concreto, em que se está a discutir, ainda, o valor eventualmente devido pela União. Se acaso referida decisão estiver vigente quando o cumprimento de sentença ora em debate chegar à fase de levantamento de valores, aí, sim, se haverá de observá-la.

Registre-se, por fim, que o pedido deduzido pelo Sindicato, com vistas ao reconhecimento da natureza salarial da gratificação, tinha por objetivo a percepção dos reflexos daí decorrentes, pois a lei já garantia aos substituídos a percepção da GAT.

O novo CPC estabelece no artigo 8º que o Juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, observará, dentre outros postulados, o da eficiência.

Com isso há de se ter, em linha de princípio, que o provimento judicial não pode conduzir a um nada jurídico, ou a um mero diletantismo; ao contrário, os provimentos judiciais trazem carga de eficácia!

Desta forma, ante o reconhecimento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, da natureza de vencimentos da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, de rigor concluir que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem.

Dos honorários advocatícios

Com a reforma da decisão para se afastar o acolhimento da tese de incongruência entre o título exequendo e o pedido deduzido e se determinar o regular prosseguimento do cumprimento de sentença, a condenação dos exequentes em honorários sucumbenciais não mais deve subsistir.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação para reconhecer a exigibilidade do título exequendo, especialmente no que toca à incidência das demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo sobre a Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem, cujo regular prosseguimento ora se determina.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012642-98.2018.4.03.6100

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

APELANTE: JEFERSON RIBEIRO SALAZAR

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, verifico que a sentença foi publicada após 18 de março de 2016, sendo certo que se aplicam ao recurso as regras do Código de Processo Civil de 2015 quanto aos requisitos de admissibilidade. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

Enunciado administrativo n. 3

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feitas estas considerações, conheço da apelação por ser tempestiva e cabível, bem como acompanhada do devido preparo.

Do mérito recursal

Tenho que o recurso merece provimento.

Isto porque os requerentes pretendem a execução de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, verbis:

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio. 11. Insta destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento. 12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 24/04/2017).

Dos claros termos do julgado em questão se extrai que fora reconhecida a natureza de vencimentos à Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, sendo certo que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida.

Veja-se que o próprio Tribunal da Cidadania já afastou a tese ora sustentada pela União – de que a coisa julgada se limitaria ao pagamento da Gratificação em comento, sem abarcar a incidência, sobre esta gratificação, de outras vantagens que tenham por fundamento o “vencimento” – no bojo da Reclamação nº 36.691/RN, em decisão monocrática do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo teor relevante ao deslinde da causa transcrevo:

“(…) 8. Afirma o reclamante que o TRF5, ao determinar que o pedido de reflexo nas demais parcelas com base no vencimento básico acrescido da GAT estaria em desconformidade com a decisão do REsp. 1.585.353/DF, em verdade, descumpriu frontalmente a referida decisão. Sustenta o reclamante que a decisão, transitada em julgado, reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação (GAT), razão pela qual a sua incorporação ao vencimento acarreta reflexos nas demais parcelas remuneratórias.

9. De fato, a decisão reclamada divergiu do que foi determinado por este STJ, uma vez que se reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação em comento (GAT), conforme se verifica dos seguintes trechos do decisum:

(...)

10. A decisão do STJ, transitada em julgado, assentou que a GAT se incorpora, adere ou agrega-se ao vencimento do Servidor ou, em outros termos, se vencimentaliza. Em face disso, é fora de qualquer dúvida jurídica que, para a incidência de outras gratificações, que tenham por fundamento o vencimento, deve ser considerado como sua base de cálculo o valor global, total ou expandido desse mesmo vencimento, ou seja, o seu valor pós-incorporação da supradita GAT. Entendimento diverso não encontra respaldo na decisão do STJ.

11. Nesse contexto, conclui-se que a decisão reclamada descumpriu o comando jurisdicional emanado deste Tribunal Superior, afrontando a autoridade de sua referida decisão, constitucionalmente assegurada. Assim, impõe-se reconhecer a procedência da presente Reclamação.

(...)"

(STJ, Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 10/12/2018) (destaquei).

Se é verdade que tal decisão veio a ser tomada sem efeitos por decisão do próprio Relator em 15/05/2019, não menos certo é que isto se deu tão somente em razão de não se ter oportunizado à União prazo para manifestação (STJ, AgInt na Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 20/05/2019).

Quanto à decisão proferida pelo C. STJ no âmbito da Ação Rescisória nº 6.436/DF, veja-se que foi expressa ao determinar a suspensão do levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs, de sorte que não se aplica ao caso concreto, em que se está a discutir, ainda, o valor eventualmente devido pela União. Se acaso referida decisão estiver vigente quando o cumprimento de sentença ora em debate chegar à fase de levantamento de valores, aí, sim, se haverá de observá-la.

Registre-se, por fim, que o pedido deduzido pelo Sindicato, com vistas ao reconhecimento da natureza salarial da gratificação, tinha por objetivo a percepção dos reflexos daí decorrentes, pois a lei já garantia aos substituídos a percepção da GAT.

O novo CPC estabelece no artigo 8º que o Juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, observará, dentre outros postulados, o da eficiência.

Com isso há de se ter, em linha de princípio, que o provimento judicial não pode conduzir a um nãda jurídico, ou a um mero diletantismo; ao contrário, os provimentos judiciais trazem carga de eficácia!

Desta forma, ante o reconhecimento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, da natureza de vencimentos da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, de rigor concluir que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem.

Dos honorários advocatícios

Com a reforma da decisão para se afastar o acolhimento da tese de incongruência entre o título exequendo e o pedido deduzido e se determinar o regular prosseguimento do cumprimento de sentença, a condenação dos exequentes em honorários sucumbenciais não mais deve subsistir.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação para reconhecer a exigibilidade do título exequendo, especialmente no que toca à incidência das demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo sobre a Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem, cujo regular prosseguimento ora se determina.

VOTO

O Desembargador Federal Hélio Nogueira: peço vênia ao e. Relator para acompanhar a divergência inaugurada pela e. Juíza Federal Convocada Noemi Martins.

Anoto que em feito de minha relatoria, nos quais se discute matéria de mesma natureza, tenho determinado a suspensão dos recursos, diante da questão decidida na ação rescisória 6.436/DF do C. STJ.

Contudo, uma vez que tal questão restou superada pelos meus pares, analiso o mérito recursal para acompanhar a divergência e negar provimento ao recurso.

É como voto.

SENHORA JUÍZA FEDERAL CONVOCADA NOEMI MARTINS:

Coma devida vênia, divirjo do E. Relator.

No caso, verifica-se que a parte apelante requereu a utilização da GAT como base de cálculo das demais verbas remuneratórias.

Pois bem. Em decisão proferida nos autos da ação coletiva n. 000042333.2007.4.01.3400, cujo trâmite ocorreu na 15ª Vara Federal de Brasília/DF, foi proferida decisão pelo C. STJ, no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.585.353/DF, em que reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade Tributária - GAT e, por consequência, o direito ao pagamento desta verba desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

Veja-se o teor da decisão proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no aludido julgado:

“DECISÃO

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DA ATIVIDADE DE TRABALHO-GAT NATUREZA JURÍDICA DE VENCIMENTO ANTE O CARÁTER GERAL QUE POSSUI. EXTENSÃO AOS INATIVOS E PENSIONISTAS PREVISTAS EM LEI. AUSÊNCIA DE QUAISQUER REQUISITOS PARA O PAGAMENTO DA PARCELA, SENÃO O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO ESTATUTÁRIO. AGRAVO INTERNO PROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.”

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL, que deu provimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA-GAT. ART. 1º. DA LEI 8.852/94. CONCEITO DE VENCIMENTO DEFINIDO NA LEGISLAÇÃO. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. OMISSÃO QUANTO AO PONTO CENTRAL DA DEMANDA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, ANULANDO O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM AFIM DE SANAR A CONTRADIÇÃO VERIFICADA. PREJUDICADAS AS DEMAIS ALEGAÇÕES (fls. 1.071).”

2. O agravante requer que seja reconsiderada a decisão agravada ou, sucessivamente, não sendo o caso de reconsideração, seja submetido o presente recurso ao órgão colegiado competente, a fim de que seja provido desde logo o mérito do Recurso Especial, determinando-se a incorporação da GAT ao vencimento básico dos filiados do ora agravante, não havendo necessidade de determinar o retorno dos autos à Corte de origem.

3. É o relatório. Decido.

4. A insurgência prospera, melhor analisando os autos, verifica-se que o feito pode ser julgado nesta Corte. A propósito, o seguinte precedente:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA – DISPENSA DA REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO – INTELIGÊNCIA DO ART. 249, § 2º, DO CPC – IPI – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CORREÇÃO MONETÁRIA – PRECEDENTES DO STJ.

1. Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC, é desnecessária a remessa dos autos à instância ordinária se a questão de fundo puder ser decidida por este tribunal de forma favorável ao recorrente.

(...).

3. Recurso especial provido (REsp. 1.045.752/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 17.11.2008).”

5. Como visto, o Sindicato sustenta que a GAT, embora denominada como gratificação, ostenta natureza jurídica de vencimento básico, razão pela qual é cabível sua incorporação no vencimento básico e consequentes reflexos sobre as demais rubricas. Defende, por fim, que com a mudança do sistema remuneratório através do regime de subsídio decorrente da Lei 11.890/2008, a GAT é devida desde a sua criação pela Lei 10.910/2004 até a sua extinção pela Lei 11.890/2008.

6. De fato, a Lei 10.910/2004, que reestruturou a carreira dos Auditores da Receita Federal e das Auditorias-Fiscais da Previdência Social e do Trabalho, em sua redação original, assim estabeleceu:

“Art. 3º A Gratificação de Desempenho de Atividade Tributária - GDAT de que trata o art. 15 da Lei no 10.593, de 6 de dezembro de 2002, devida aos integrantes das carreiras de Auditoria da Receita Federal, Auditoria-Fiscal da Previdência Social e Auditoria-Fiscal do Trabalho, é transformada em Gratificação de Atividade Tributária - GAT, em valor equivalente ao somatório de:

Parágrafo único. Aplica-se a GAT às aposentadorias e às pensões.”

7. Incontroverso, assim, que havia expressa determinação legal para que a GAT fosse aplicada às aposentadorias e pensões, o que lhe confere caráter geral, uma vez que seu pagamento não estaria associado a avaliação de desempenho institucional ou individual. O acórdão é claro ao reconhecer tal situação nos seguintes termos:

“A GAT, como diversas outras parcelas a ela idênticas, é entendida como gratificação geral para a todos os servidores de determinadas carreiras, e que não deixa de ser conceituada como tal apenas por ter esse rol generalizados de destinatários (como se vencimento básico disfarçado), à luz do que dispõe a própria Lei 8.852/1994, em seu art. 10.,II.

Deveras, as gratificações gerais são vantagens permanentes relativas ao cargo (e também ao emprego, posto ou graduação) e que, em sentido estrito, integram o conceito de vencimentos dos servidores (fls. 876).”

8. Desta forma, embora a rubrica seja denominada gratificação, inafastável o reconhecimento de seu caráter genérico, a partir do momento que passou a ser concedida a todos os Servidores, e não especificamente aos Servidores que exerciam determinada função, cujo desempenho era perfeitamente computável, o que torna possível o reconhecimento da sua natureza jurídica de vencimento.

9. Ilustrativamente colacionam-se os seguintes julgados que afirmam a natureza vencimental de gratificações pagas de forma indistinta a todos os Servidores, ativos ou inativos:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. SUDENE. EXTINÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO. GRATIFICAÇÃO. DECRETO-LEI 2.374/87. SUPRESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A gratificação instituída pelo Decreto-Lei 2.374/87 possui natureza genérica, porquanto foi concedida indistintamente a todos os servidores da extinta Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE, inclusive àqueles investidos nas funções de confiança, integrando, portanto, seus vencimentos, não podendo ser suprimida pelo fato de os servidores terem sido redistribuídos para outros órgãos da Administração Federal. Inteligência dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei 2.374/87 c/c o 37, II, da Lei 8.112/90 e 37, XV, da Constituição Federal.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp. 1.353.490/PB, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 25.2.2013).”

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio.

11. Insta destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento.

12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

13. Publique-se.

14. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 05 de abril de 2017.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR”

Todavia, a r. decisão acima não assegura aos agravantes o direito aos reflexos decorrentes da Gratificação de Atividade Tributária – GAT, sendo previsto somente o direito ao pagamento desta verba.

Desta feita, conquanto reconhecida a natureza de vencimento da gratificação em comento naquele período, não há título executivo judicial a amparar a integração da GAT na base de cálculo de verbas remuneratórias, conforme pretendido no presente cumprimento de sentença, eis que a r. decisão proferida naqueles autos, retrotranscrita, nada dispõe sobre tal direito.

Com efeito, há óbice à concessão de efeitos jurídicos além daqueles dispostos na decisão exequenda, posto que extrapolaria os efeitos da coisa julgada.

Nesse sentido é a jurisprudência dos E. Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 5ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. GAT. INCIDÊNCIA. VENCIMENTO BÁSICO. REFLEXO REMUNERATÓRIO. RESP. 1.585.353/DF. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL QUE RESPALDE A PRETENSÃO EXECUTIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL EXTINTA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto visando à reforma do decisum proferido nos autos da execução de título judicial em que se reconheceu que por ter o “STJ conferido à GAT a natureza de vencimento, é lógica a conclusão de que seu cálculo deve ensejar reflexos, quando previstos na legislação, sobre as demais verbas salariais”, determinando, assim, a remessa dos autos à Contadoria do Foro para apurar o montante devido aos exequentes.

2. Alega a agravante que a execução iniciada pelos servidores/aposentados/pensionistas extrapolou os limites objetivos da coisa julgada, afigurando-se incongruente em relação ao título. Afirma que nada mais é devido pela União Federal tendo em vista que os valores cobrados pelos exequentes referem-se aos reflexos remuneratórios decorrentes da integração equivocada da Gratificação de Atividade Tributária - GAT ao vencimento básico, o que não está previsto no julgado exequendo.

3. A Sétima Turma Especializada, em sessão com composição ampliada, reconheceu que não há título judicial que respalde a pretensão dos exequentes de incidência da GAT na base de cálculo de outras rubricas, não compondo, assim, a referida gratificação o vencimento básico dos servidores, conforme precedentes: processos nº 0000924-5.2.2019.4.02.0000, nº 0001002-46.2019.4.02.0000 e nº 0008806-02.2018.4.02.0000.

4. Deve a execução, dessa forma, ser extinta, nos termos do art. 535, III, e art. 925 do CPC.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

(AG - Agravo de Instrumento - Agravos - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0009908-59.2018.4.02.0000, JOSÉ ANTONIO NEIVA, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGÃO JULGADOR:)” (g.n.)

“APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA - GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE TRIBUTÁRIA - INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL - LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA - ARTIGOS 489, §3º, 502 A 504 DO CPC/2015 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Ação de cumprimento de sentença onde buscam os demandantes, Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, executar obrigação de pagar concernente aos atrasados oriundos do reflexo da incorporação da Gratificação de Atividade Tributária - GAT (Lei nº 10.910/2004) ao seu vencimento básico, consoante comando que se alega contido no título executivo judicial constituído pelo STJ por ocasião do julgamento do AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, interposto pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil - UNAFISCO SINDICAL nos autos de ação ordinária coletiva ajuizada pela referida entidade em face da União Federal (proc. nº 2007.34.00.000424-0).

- A execução do julgado deve estar adstrita aos ditames da decisão exequenda, considerada, mais especificamente, a dicação de sua parte dispositiva, sob pena de ofensa à coisa julgada. Tal orientação, anteriormente contida no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 467 a 469), ganha corpo normativo na redação dos arts. 502, 503 e 504 do CPC/2015.

- A decisão monocrática de mérito proferida pelo STJ, por ocasião do julgamento do AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, deu "...providimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008."

- **O título executivo judicial limitou-se a reconhecer, em prol dos associados da entidade sindical autora da demanda coletiva, o direito à percepção da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008, o que, a toda evidência, não dá lastro jurídico à postulação deduzida no presente feito executivo, onde vindicam os demandantes a percepção de atrasados oriundos do reflexo da Gratificação de Atividade Tributária - GAT (Lei nº 10.910/2004) no cálculo das demais verbas remuneratórias percebidas no período de julho de 2004 a julho de 2008.**

- Decisão que careceu de oportuna integração por meio de embargos declaratórios, porquanto evidente o seu descompasso em relação ao pedido autoral formulado na ação coletiva.

- O órgão julgador, ao acolher o pleito autoral para "reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008", deu à lide uma solução diversa da que fora postulada pelo demandante em Juízo, entregando-lhe prestação jurisdicional de natureza condenatória em flagrante descompasso com a efetiva postulação realizada. Nesta perspectiva, e em respeito à coisa julgada, não há como se autorizar o prosseguimento da execução na forma como proposta.

- A decisão monocrática proferida no âmbito do STJ pelo e. Ministro Relator da Reclamação nº 36.691/RN não vincula o exercício da prestação jurisdicional por parte dos órgãos julgadores de primeiro e segundo graus, tampouco tem o condão de funcionar como substitutivo dos embargos declaratórios que deveriam ter sido opostos oportuno tempore, a fim de suprir omissões, contradições e obscuridades identificadas no título judicial que se almeja executar, constituído nos autos do AgInt no REsp nº 1.585.353/DF e já alcançado pela eficácia preclusiva da coisa julgada.

- À luz do disposto no art. 85, §§ 1º e 6º, do CPC/2015, a sucumbência e o princípio da causalidade impõem à parte que deu causa ao processo a restituição das despesas processuais pendidas pela parte contrária, bem como sua condenação ao pagamento dos honorários de advogado, observados os limites e critérios estabelecidos pelos §§ 2º e 3º, independentemente de qual seja o conteúdo da decisão. - Apelação da parte exequente não provida

- Apelação da União Federal provida.

(AC - Apelação - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0075422-79.2018.4.02.5101, SERGIO SCHWARTZ, TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA..ORGAO_JULGADOR:)" (g.n.)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO DAS DIFERENÇAS DOS REFLEXOS GERADOS PELA INCLUSÃO DA GAT NO VENCIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO TÍTULO EXEQUENDO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Cuida-se de agravo de instrumento manejado pela UNIÃO contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará que, em sede de cumprimento de sentença em face da Fazenda Pública, acolheu parcialmente a impugnação ofertada pelo ente público federal, determinando aos exequentes a apresentação de novas planilhas de cálculo, nas quais, antes da incidência dos juros de mora sobre o valor principal, devem ser excluídos os 11% (onze por cento) referentes à contribuição ao PSS e, após tal exclusão, seria expedido o precatório em favor dos exequentes.

2. O caso trata de execução desmembrada de ação coletiva de nº 0000423-33.2007.4.01.3400, que tramitou na 15ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, movida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, no bojo da qual fora dado provimento pelo STJ ao Recurso Especial nº 1.585.353-DF, a fim de reconhecer devido o pagamento da GAT (Gratificação de Atividade Tributária) desde a sua criação pela Lei nº 10.910/2004 até a sua extinção pela Lei nº 11.890/2008.

3. De início, quanto à preliminar de ilegitimidade ativa do exequente Marcondes Vieira Fortaleza, conforme ressaltou o Juízo de origem, embora não conste no rol de associados que acompanhou a inicial, o título executivo foi formado em ação ordinária ajuizada pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, que tem legitimação extraordinária para, na qualidade de substituto processual, atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, nos termos do art. 8º, III, da CF.

4. Ademais, no que tange à preliminar de impossibilidade de extensão do alcance territorial da coisa julgada, do compulsar da extensa lista de filiados (identificadores 3383155 a 3383161) juntada se extrai a conclusão de que existem substituídos em escala nacional, ou seja, tais não se limitam aos domiciliados no âmbito territorial do órgão prolator, o que torna frágil a alegação da Fazenda Pública executada.

5. Além disso, cuida-se execução de sentença coletiva proferida em favor de toda a categoria profissional, independentemente do estado de domicílio.

6. No mérito, merece acolhimento a pretensão fazendária.

7. É que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.585.353/DF, tratou tão só de reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008, mas, em momento algum, reconheceu o direito de incluir a gratificação em análise no vencimento básico dos servidores. Em verdade, o que se está discutindo, na hipótese, é a natureza da referida gratificação, se de vencimento ou não, e daí decorrer eventual repercussão em outras rubricas e vantagens.

8. A União agravante argumenta inexistir congruência entre o título formado e o pedido deduzido na pretensão executória, visto que os limites objetivos trazidos no dispositivo do título determinam, unicamente, a obrigação de pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei nº 11.890/2008.

9. Da análise dos autos observa-se que a inicial da ação coletiva, promovida pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal - UNAFISCO, teve como pedido a condenação da União Federal "a incorporar a GAT - Gratificação de Desempenho da Atividade Tributária, incidindo sobre ela as demais parcelas remuneratórias, com reflexo em todas as verbas recebidas no período, a partir da data de edição da Lei nº 10.910 de 15 de julho de 2004".

10. O pedido foi julgado improcedente no primeiro grau, sendo confirmada a sentença, por meio de apelação do Sindicato. Apenas no Superior Tribunal de Justiça, através de registro unipessoal do Min. Napoleão Maria no AgInt no REsp nº 1.585.353-DF, houve modificação do entendimento.

11. Nesse sentido, o que restou deferido na decisão exequenda é menos do que o que pretende executar a parte agravada. É que, ali, é reconhecida tão somente a natureza vencimental da GAT, justamente pelo seu caráter genérico, não havendo como defender que se acolheu a pretensão de considerá-la como um verdadeiro "aumento do vencimento básico".

12. Ainda que se vá à fundamentação, como defendido pela agravada, tem-se que, em nenhum momento, a decisão dá a entender que se estaria acolhendo a tese do Sindicato autor, de que a real intenção do legislador, ao criar a GAT, era de "incrementar" o vencimento básico".

13. Não há espaço, portanto, para a extensão da coisa julgada, de sorte a se interpretar que foi assegurada a todos os servidores a inclusão da GAT no vencimento básico que, reajustado, refletiria sobre as parcelas remuneratórias nele fundamentadas.

14. Assim, assiste razão à agravante ao afirmar que paira uma desconformidade entre o título judicial e a pretensão executiva, não sendo possível, em respeito à coisa julgada, no momento da execução, a alteração dos critérios fixados em decisão transitada em julgado, tampouco a ampliação dos mesmos.

15. Desse modo, revela-se descabida, em princípio, a extensão da coisa julgada para assegurar a todos os servidores a inclusão da GAT no vencimento básico e, como corolário, refletir sobre as parcelas remuneratórias nele fundamentadas.

16. Por fim, registre-se, por oportuno, que o STJ, em recentíssima decisão proferida na Ação Rescisória nº 6436/DF pelo eminente Ministro Francisco Falcão, deferiu o pedido de tutela de urgência requerido pela União, para suspender o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPYs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão ora em execução, até a apreciação colegiada pela Egrégia Primeira Seção (decisão de 09/04/2019).

17. O eminente relator da Rescisória identificou a plausibilidade da alegação da União "de possível ocorrência de bis in idem, considerando que a gratificação que, em tese, passaria a integrar o vencimento básico é calculada justamente como um percentual desse mesmo vencimento básico, em forte indicação de superposição de gratificações e outras vantagens pecuniárias pessoais de forma dúplice".

18. Prejudicada análise das demais questões.

19. Agravo de instrumento provido.

(PROCESSO: 08146138320184050000, AG - Agravo de Instrumento - , DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª Turma, JULGAMENTO: 10/10/2019, PUBLICAÇÃO:)" (g.n.)

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO DAS DIFERENÇAS DOS REFLEXOS GERADOS PELA INCLUSÃO DA GAT NO VENCIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO TÍTULO EXEQUENDO. PRECEDENTES DA TURMA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. RAZOABILIDADE. IMPROVIMENTO DAS APELAÇÕES.

1. Apelações interpostas contra sentença que julgou extinta a execução individual de sentença de sentença coletiva, na forma do art. 924, II, do CPC, condenando a parte exequente ao pagamento de honorários sucumbenciais fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada um dos 5 litisconsortes, nos termos do art. 85, parágrafo 8º, do CPC.

2. Segundo restou estabelecido na decisão agravada, como no REsp 1.585.353-DF (Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO), o sindicato defendeu que a GAT, embora denominada como gratificação ostentava natureza de vencimento básico, sendo cabível sua incorporação no vencimento básico e consequentes reflexos sobre as demais rubricas, o provimento do recurso teria acolhido tal pedido, a despeito de, na conclusão do julgado, o relator ter sido expresso no sentido de "reconhecer como devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

3. A decisão do STJ não foi expressa quanto ao acolhimento da pretensão de fazer incluir a GAT no vencimento básico dos servidores. O que se decidiu, em realidade, foi que tal gratificação deveria ser estendida a todos os servidores aposentados e aos pensionistas, por não guardar relação com funções ou atividades específicas dos servidores que foram inicialmente beneficiados.

4. Não há espaço, portanto, para a extensão da coisa julgada, de sorte a se interpretar que foi assegurada a todos os servidores a inclusão da GAT no vencimento básico que, reajustado, refletiria sobre as parcelas remuneratórias nele fundamentadas.

5. Precedentes da Turma, cujos fundamentos aplicam-se à hipótese dos autos: (PROCESSO: 08104011920184050000, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 15/10/2018; PROCESSO: 08091437120184050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 30/08/2018.

6. O STJ, em recentíssima decisão proferida na Ação Rescisória nº 6436/DF pelo eminente Ministro FRANCISCO FALCÃO, deferiu o pedido de tutela de urgência requerido pela UNIÃO, para suspender o levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs já expedidos, em quaisquer processos de execução decorrentes da decisão ora em execução, até a apreciação colegiada pela egrégia 1ª Seção (decisão de 9/4/2019). O Relator identificou a plausibilidade da alegação da UNIÃO "de possível ocorrência de bis in idem, considerando que a gratificação que, em tese, passaria a integrar o vencimento básico é calculada justamente como um percentual desse mesmo vencimento básico, em forte indicação de superposição de gratificações e outras vantagens pecuniárias pessoais de forma díplíce."

7. Embora o novo CPC tenha previsto um critério de aplicação específico para as hipóteses em que os honorários advocatícios pudessem ser fixados em valores irrisórios ou incompatíveis com o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte vencedora, nada foi estabelecido expressamente para os casos em que os honorários advocatícios se mostrem excessivos e desproporcionais ao trabalho desenvolvido pelo advogado da parte vencedora. Precedente do STJ nesse sentido: REsp 1789913/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019.

8. Apelações improvidas.

(PROCESSO: 08058738620184058100, AC - Apelação Cível -, DESEMBARGADOR FEDERAL ROGÉRIO FIALHO MOREIRA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 28/06/2019, PUBLICAÇÃO:)" (g.n.)

Cumprir destacar que a Reclamação n. 36.691/RN, em trâmite perante o C. STJ, não tem decisão de mérito com efeitos jurídicos vigentes, eis que houve anulação da r. decisão monocrática prolatada na mencionada reclamação pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, razão pela qual resta descabida a sua observância como paradigma para o presente julgamento.

Diante do exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012642-98.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 02 - DES. FED. WILSON ZAUHY
APELANTE: JEFERSON RIBEIRO SALAZAR
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, verifico que a sentença foi publicada após 18 de março de 2016, sendo certo que se aplicam ao recurso as regras do Código de Processo Civil de 2015 quanto aos requisitos de admissibilidade. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça a respeito:

Emnuciado administrativo n. 3

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

Feitas estas considerações, conheço da apelação por ser tempestiva e cabível, bem como acompanhada do devido preparo.

Do mérito recursal

Tenho que o recurso merece provimento.

Isto porque os requerentes pretendem a execução de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, verbis:

10. Nestes termos, se a única exigência para a percepção da gratificação é a existência de vínculo estatutário, independente do nome que se atribua à rubrica não há como não reconhecer seu natureza de vencimento da parcela, o que garante seu pagamento até o advento da Lei 11.890/2008, que mudou o sistema remuneratório através do regime de subsídio. 11. Instar destacar que não há que se falar em incidência da Súmula 7/STJ, uma vez que, embora tenha negado a pretensão autoral, o acórdão recorrido deixa claramente consignado, como se lê no trecho acima transcrito, que a gratificação é genérica, integrando, assim, o conceito de vencimento. 12. Ante o exposto, em juízo de retratação, dá-se provimento ao Recurso Especial para reconhecer devido o pagamento da GAT desde sua criação pela Lei 10.910/2004 até sua extinção pela Lei 11.890/2008.

(STJ, AgInt no REsp nº 1.585.353/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 24/04/2017).

Dos claros termos do julgado em questão se extrai que fora reconhecida a natureza de vencimentos à Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, sendo certo que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida.

Veja-se que o próprio Tribunal da Cidadania já afastou a tese ora sustentada pela União – de que a coisa julgada se limitaria ao pagamento da Gratificação em comento, sem abarcar a incidência, sobre esta gratificação, de outras vantagens que tenham por fundamento o “vencimento” – no bojo da Reclamação nº 36.691/RN, em decisão monocrática do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo teor relevante ao deslinde da causa transcrevo:

“(…) 8. Afirma o reclamante que o TRF5, ao determinar que o pedido de reflexo nas demais parcelas com base no vencimento básico acrescido da GAT estaria em desconformidade com a decisão do REsp. 1.585.353/DF, em verdade, descumpriu frontalmente a referida decisão. Sustenta o reclamante que a decisão, transitada em julgado, reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação (GAT), razão pela qual a sua incorporação ao vencimento acarreta reflexos nas demais parcelas remuneratórias.

9. De fato, a decisão reclamada divergiu do que foi determinado por este STJ, uma vez que se reconheceu, expressamente, o caráter vencimental da gratificação em comento (GAT), conforme se verifica dos seguintes trechos do decisum:

(…)

10. A decisão do STJ, transitada em julgado, assentou que a GAT se incorpora, adere ou agrega-se ao vencimento do Servidor ou, em outros termos, se vencimentaliza. Em face disso, é fora de qualquer dúvida jurídica que, para a incidência de outras gratificações, que tenham por fundamento o vencimento, deve ser considerado como sua base de cálculo o valor global, total ou expandido desse mesmo vencimento, ou seja, o seu valor pós-incorporação da supradita GAT. Entendimento diverso não encontra respaldo na decisão do STJ.

11. Nesse contexto, conclui-se que a decisão reclamada descumpriu o comando jurisdicional emanado deste Tribunal Superior, afrontando a autoridade de sua referida decisão, constitucionalmente assegurada. Assim, impõe-se reconhecer a procedência da presente Reclamação.

(…)”

Se é verdade que tal decisão veio a ser tomada sem efeitos por decisão do próprio Relator em 15/05/2019, não menos certo é que isto se deu tão somente em razão de não se ter oportunizado à União prazo para manifestação (STJ, AgInt na Reclamação nº 36.691/RN, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Decisão Monocrática, DJe: 20/05/2019).

Quanto à decisão proferida pelo C. STJ no âmbito da Ação Rescisória nº 6.436/DF, veja-se que foi expressa ao determinar a suspensão do levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs, de sorte que não se aplica ao caso concreto, em que se está a discutir, ainda, o valor eventualmente devido pela União. Se acaso referida decisão estiver vigente quando o cumprimento de sentença ora em debate chegar à fase de levantamento de valores, aí, sim, se haverá de observá-la.

Registre-se, por fim, que o pedido deduzido pelo Sindicato com vistas ao reconhecimento da natureza

Desta forma, ante o reconhecimento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, da natureza de vencimentos da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, de rigor concluir que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem.

Dos honorários advocatícios

Com a reforma da decisão para se afastar o acolhimento da tese de incongruência entre o título exequendo e o pedido deduzido e se determinar o regular prosseguimento do cumprimento de sentença, a condenação dos exequentes em honorários sucumbenciais não mais deve subsistir.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por **dar provimento** à apelação para reconhecer a exigibilidade do título exequendo, especialmente no que toca à incidência das demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo sobre a Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem, cujo regular prosseguimento ora se determina.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AUDITOR FISCAL. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE DE TRABALHO – GAT. NATUREZA DE VENCIMENTOS. VERBA SOBRE A QUAL DEVEM INCIDIR DEMAIS VANTAGENS QUE TENHAM COMO BASE DE CÁLCULO OS VENCIMENTOS DO CARGO, NO PERÍODO EM QUE ERA DEVIDA, E EM VALORES A SEREM APURADOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. O requerente pretende a execução de julgado do C. Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu a natureza de vencimento da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008.
2. O C. Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do REsp nº 1.585.353/DF reconheceu a natureza de vencimentos à Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, sendo certo que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida.
3. O próprio Tribunal da Cidadania já afastou a tese ora sustentada pela União – de que a coisa julgada se limitaria ao pagamento da Gratificação em comento, sem abarcar a incidência, sobre esta gratificação, de outras vantagens que tenham por fundamento o “vencimento” – no bojo da Reclamação nº 36.691/RN, em decisão monocrática do E. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.
4. Ante o reconhecimento, pelo C. Superior Tribunal de Justiça, da natureza de vencimentos da Gratificação de Atividade de Trabalho – GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, de rigor concluir que as demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo devem incidir sobre referida gratificação, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem, cujo regular prosseguimento ora se determina.
5. A decisão proferida pelo C. STJ no âmbito da Ação Rescisória nº 6.436/DF foi expressa ao determinar a suspensão do levantamento ou pagamento de eventuais precatórios ou RPVs, de sorte que não se aplica ao caso concreto, em que se está a discutir, ainda, o valor eventualmente devido pela União. Se acaso referida decisão estiver vigente quando o cumprimento de sentença ora em debate chegar à fase de levantamento de valores, aí, sim, se haverá de observá-la.
6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, por maioria, deu provimento à apelação para reconhecer a exigibilidade do título exequendo, especialmente no que toca à incidência das demais vantagens percebidas pelos Auditores Fiscais da Receita Federal e que tenham como base de cálculo os vencimentos do cargo sobre a Gratificação de Atividade do Trabalho GAT, instituída pela Lei nº 10.910/2004 e extinta pela Lei nº 11.890/2008, no período em que ela era devida, em valores a serem apurados no cumprimento de sentença de origem, cujo regular prosseguimento ora se determinava, nos termos do voto do relator Des. Fed. Wilson Zaulhy, acompanhado pelos Desembargadores Marcelo Saraiva e Carlos Francisco, vencida a Juíza Federal Convocada Giselle França, acompanhada pelo Des. Fed. Hélio Nogueira que negavam provimento à apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017497-19.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: MARIA APARECIDA INACIO LUCIANO

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO JAIME FERREIRA - DF15766-A

ATO ORDINATÓRIO

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

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001985-03.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS

APELANTE: KAMPAI PERFUMARIA E IMPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALEX PESSANHA PANCHAUD - RJ177518-S, FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ABDON MEIRANETO - SP302579-A, GABRIEL CARVALHO

ZAMPIERI - SP350756-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027970-35.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: SILIBOR INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTIGOS TECNICOS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: GISELE WAITMAN GLEZER - SP87721
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018880-37.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
AGRAVANTE: CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIOGO TELLES AKASHI - SP207534-A
AGRAVADO: SR. SUPERINTENDENTE REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DA 8ª REGIÃO FISCAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000059-21.2018.4.03.6116
RELATOR: Gab. 01 - DES. FED. VALDECI DOS SANTOS
APELANTE: CERVEJARIA MALTA LTDA, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360-A, HELIO LONGHINI JUNIOR - SP198457-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CERVEJARIA MALTA LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: FABIANA BETTAMIO VIVONE TRAUZOLA - SP216360-A, HELIO LONGHINI JUNIOR - SP198457-A

ATO ORDINATÓRIO

Por determinação do Presidente da Primeira Turma e para possibilitar a participação do Desembargador Federal Marcelo Saraiva nos feitos a ele vinculados, o início da sessão será antecipado para às 13:30 hs.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 2ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001153-72.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOSE PEREIRA DA SILVA SEGUNDO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001153-72.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOSE PEREIRA DA SILVA SEGUNDO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal com o escopo de aplicação de índices inflacionários na atualização dos saldos do FGTS.

Tendo em vista a necessidade de fixação da competência, na espécie, determinou o MM. Juiz "a quo" à parte autora que apresentasse os extratos da conta fundiária e emendasse a inicial, adequando-se o valor da causa.

Não atendida a determinação, sobreveio sentença, pela qual o MM. Juízo "a quo" extinguiu o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

Interpôs recurso de apelação a parte autora, alegando caber à ré a apresentação dos extratos, admitindo-se em hipóteses versando aplicação de índices de atualização monetária sobre os depósitos em conta do FGTS a apresentação de outros documentos, tais como cópia da CTPS, que foi juntada à inicial, e a fixação do valor da causa por estimativa.

Sem contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001153-72.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOSE PEREIRA DA SILVA SEGUNDO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O caso dos autos é de sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, nos termos do art. 485, I, do Novo Código de Processo Civil, ante o descumprimento de determinação de juntada de extratos e atribuição de adequado valor à causa.

A sentença merece reforma.

Com efeito, conquanto se reconheça que o valor atribuído à causa deva ser consentâneo com o benefício econômico perseguido na demanda, em função dele definindo-se a competência de natureza absoluta do Juizado Especial Federal Cível, a teor do que prevê o § 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001, não se obriga na hipótese dos autos situação de descompasso, por excesso ou insuficiência, entre o valor apontado na inicial e o benefício econômico perseguido na demanda que justificasse determinação em última análise voltada a compelir a parte autora à liquidação antecipada de valores para fins de indicação da exata expressão econômica da causa, não afigurando desproporcional ou desarrazoado o montante indicado por estimativa na petição inicial, ademais sendo questão que já passou pelo crivo da jurisprudência adotando orientação contrária à aplicada na decisão recorrida.

Nesse sentido, julgado proferido no âmbito desta Turma:

"PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA.

I - A extinção do processo teve por causa o descumprimento da decisão que determinou a emenda da petição inicial pela adequação do valor da causa.

II - O autor, em que pese não cumprir o quanto determinado pelo magistrado singular, respondeu à determinação do juízo requerendo que fosse desconsiderada a necessidade de emenda da inicial com adequação do valor dado à causa mediante suporte documental, alegando que não possui os extratos dos períodos cuja correção pleiteia para a realização dos cálculos necessários. Sustentou, ainda, que não há determinação legal obrigando a parte autora a apresentar a memória de cálculo correta nessa fase processual.

III - É certo que o valor da causa deve guardar consonância com a expressão econômica do pedido e sua adequação decorre de previsão legal (artigos 258, 259 e 282, V, do Código de Processo Civil).

IV - No entanto, em ações como a presente, tenho que é impossível fazer uma liquidação antecipada para se aferir o valor exato da causa, notadamente quando a parte não dispõe dos extratos analíticos, como é o caso dos autos.

V - Outrossim, o estatuto processual civil não impõe ao juiz a obrigação de fazer; ele próprio, a avaliação do valor dado à causa para se certificar se é coincidente com o benefício econômico pretendido. É a parte contrária que possui tal mister, consoante prevê o artigo 261 do CPC ao estabelecer que, não havendo impugnação, presume-se aceito o valor declarado na petição inicial.

VI - O apelante atendeu ao disposto nos artigos 282 e 283 do CPC, não sendo lícito ao juiz estabelecer para as petições iniciais requisitos não previstos no ordenamento processual civil.

VII - Acrescento que o valor conferido à causa na petição inicial é de R\$ 22.000,00, ultrapassando o parâmetro de fixação da competência dos Juizados Especiais Federais.

VIII - Cumpre salientar, por último, que a relação processual não foi estabelecida, vez que não houve sequer citação da ré - Caixa Econômica Federal - razão pela qual não há possibilidade do julgamento da causa por este Egrégio Tribunal neste momento, sendo de rigor a remessa dos autos à vara de origem.

IX - Apelo provido. Sentença anulada."

(Segunda Turma, AC 200661040069038, v.u., rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJU DATA:25/04/2008 PÁGINA: 659)

A propósito, ainda:

"PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTAS VINCULADAS DO FGTS. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VALOR DA CAUSA. FIXAÇÃO POR ESTIMATIVA, EM PATAMAR EXCEDENTE AO TETO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI Nº 10.259/01. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Extinção do feito sem resolução de mérito, sob o argumento de que os valores individualmente considerados em relação a cada litisconsorte deslocam a competência para o Juizado Especial Federal.

2. A competência do Juizado Especial Federal é de natureza absoluta e define-se em razão do valor da causa, consoante as disposições contidas no parágrafo 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001.

3. Ante a ausência dos extratos das contas fundiárias para demonstrar precisamente o valor econômico almejado, o valor foi atribuído à causa por estimativa.

4. Se a parte não dispõe de meios para definir o valor da causa e justificar o processamento da ação na Justiça Federal Comum, deve ser observado o valor atribuído à causa na inicial através de estimativa, cujo valor é superior ao teto previsto na Lei nº 10.259/2001, o que desloca para a Justiça Federal Comum a competência para processar e julgar o presente feito.

5. A parte não pode ser prejudicada no exercício de seu direito, em razão de características da logística da administração judiciária, que dificultam a remessa de processos físicos para os Juizados Especiais.

6. Hipótese em que os autos devem retornar ao Juízo de origem para o devido processamento e julgamento.

7. Apelação provida."

(TRF 5ª Região, AC 200884000135034, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, DJ - Data: 22/06/2009 - Página:249 - Nº:116)

PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS DE POUPANÇA. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO. EFEITOS MERAMENTE FISCAIS. PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que a autora não cumpriu decisão que determinou a emenda da inicial, para indicar o real valor (conteúdo econômico) da causa e, também, apresentar o demonstrativo dos respectivos cálculos. Sentença que indeferiu liminarmente a exordial, extinguindo o feito na forma do art. 267, I c/c o art. 284, parágrafo único, ambos do CPC.

2. Nas ações em que se pleiteia correção dos depósitos de cadernetas de poupança por meio da aplicação de expurgos inflacionários assim como as ações de FGTS o valor dado à causa comporta efeitos meramente fiscais, considerando a inexistência, a priori, de elementos definidores de repercussão econômica.

3. Na espécie, o autor atribuiu à causa o valor de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), sem, contudo, demonstrar a composição desse valor. É lícito supor que o autor assim o fez por não ter condições de estabelecer o real conteúdo econômico da demanda. Por conseguinte, mesmo tendo sido dada a oportunidade para "adequar" o valor da causa para possibilitar o processamento da ação na Justiça Federal Comum, não teria, o autor, condições de fazê-lo, pois, decerto, persistiria a incerteza em relação ao conteúdo econômico da demanda.

4. No caso dos autos, considerando que o valor atribuído à causa supera o valor de alçada dos Juizados Especiais Federais, os autos devem permanecer na 12ª Vara Federal/PE para o regular processamento.

5. apelação provida, para determinar que os autos permaneçam na referida Vara para regular processamento.

(TRF - 5ª Região - Primeira Turma - AC 431827/PE - Relator Des. Fed. FRANCISCO CAVALCANTI - Data Julgamento 06/12/2007 - DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 28/02/2008 - UNÂNIME).

Anoto que o caso é de indeferimento da inicial, não se encontrando a causa em condições de imediato julgamento, já que a ré sequer foi citada, não se completando a formação da relação processual.

Reforma-se, destarte, a sentença determinando-se a baixa dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento do feito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001153-72.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOSE PEREIRA DA SILVA SEGUNDO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. RECOMPOSIÇÃO DOS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE CÁLCULOS PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. SENTENÇA REFORMADA.

I - Versando a hipótese dos autos pretensão de recomposição dos depósitos em conta vinculada ao FGTS, assente na jurisprudência entendimento admitindo a atribuição de valor à causa por estimativa, em face da impossibilidade do estabelecimento, de plano, do real conteúdo econômico da demanda, descabe determinação voltada a compelir a parte autora à liquidação antecipada de valores como meio de proceder à indicação precisa do valor da causa.

II - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002159-31.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PERCYO VIEIRA RIESCO
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002159-31.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PERCYO VIEIRA RIESCO
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença pela qual o feito foi extinto sem exame do mérito em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) e julgado improcedente em relação ao pedido de aplicação do índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) sobre o saldo da conta do FGTS do apelante.

Sustenta-se, em síntese, direito adquirido aos referidos índices de atualização.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002159-31.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PERCYO VIEIRA RIESCO
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto, em relação ao índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, que o STJ tem decidido por sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade, *verbis*:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGO INFLACIONÁRIO DE MARÇO/90 (84,32%) - VALIDADE DO EDITAL 04/90 COMO MEIO DE PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, I DO CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - ART 940 DO CC - SÚMULA 282/STF - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 7/STJ.

1. Aplico o teor da Súmula 282/STF no que se refere ao art. 940 do CC, por ausência de prequestionamento.

2. A CEF veiculou, no DOU de 19/04/90, Seção I, página 7.382, o Edital 04/90, através de qual foi determinado o creditamento nas contas vinculadas do FGTS o índice de 84,32% relativamente à correção monetária de março/90.

3. Ato administrativo que goza da presunção juris tantum de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo.

4. O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção juris tantum de veracidade.

5. Aplico o teor da Súmula 7/STJ no que se refere aos honorários advocatícios.

6. Recurso especial improvido.

(REsp 445.727/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 16/08/2004, p. 184)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 544, §3º, DO C.P.C. - COMPREENSÃO - CONTAS VINCULADAS DE FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - MARÇO/90 - PERCENTUAL DE 84,32% NÃO DEVIDO.

Jurisprudência dominante é aquela que predomina, não tendo, portanto, de ser necessariamente uníssona, para que se possa fazer valer os dizeres do art. 544, §3º, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

As Turmas de Direito Público desta Colenda Corte são uniformes em negar os apelos de concessão de correção monetária às contas vinculadas de FGTS, no mês de março/90.

Se as alegações da Administração têm presunção de veracidade, diferente compreensão não poderia ser dada ao Comunicado BACEN n. 02067/90, em que vem se baseando este eg. Tribunal para indeferir o percentual pleiteado, cabendo aos autores comprovarem nesses casos que não houve correção de suas contas vinculadas do FGTS, no mês de março/90, conforme determinado pela autoridade administrativa competente.

Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 269.928/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2000, DJ 27/03/2000, p. 91)

ADMINISTRATIVO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 84,32% (MARÇO/90). PERCENTUAL CREDITADO

1. O índice de 84,32%, relativo ao mês de março de 1990, como se sabe, foi devidamente creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, inexistindo qualquer diferença a ser paga aos titulares das contas.

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 257.798/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 02/06/2003, p. 240)

FGTS - LEGITIMIDADE - CEF - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPC - EXTRATOS - DISPENSABILIDADE DE APRESENTAÇÃO NA PROPOSITURA DA AÇÃO.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder a demanda versando sobre correção monetária dos saldos do FGTS.

É pacífico o entendimento de que a prescrição, nestes casos, é trintenária.

O extrato da conta do FGTS não é indispensável à propositura da ação, podendo sua ausência ser suprida por outras provas.

Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o IPC é o índice a ser adotado para atualização das contas vinculadas ao fundo de garantia.

O índice de março de 1990, de 84,32%, já foi creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, não havendo nenhuma diferença a ser paga aos titulares das contas.

Recurso parcialmente provido.

(REsp 217.078/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/1999, DJ 06/12/1999, p. 70)

Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, complicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (referente ao INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada na STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%), conforme se observa dos seguintes precedentes:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

-O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

-Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

-No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

(RE 226855, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020 EMENT VOL-02008-05 PP-00855 RTJ VOL-00174-03 PP-00916)

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

(1ª Seção, Súmula 252, julgado em 13/06/2001, DJ 13/08/2001 p. 333)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ÍNDICES DE FEVEREIRO/89. JUNHO/90, JULHO/90, JANEIRO/91 E MARÇO/91.

I. Hipótese em que se aduz, que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação dos índices de correção monetária incidentes nas contas vinculadas do FGTS referentes aos meses de fevereiro/89, junho/90, julho/90, janeiro/91 e março/91, os quais entende o recorrente devem corresponder, respectivamente, à 10,14%, 9,55%, 12,92%, 13,69% e 13,90%.

2. No tocante à correção monetária incidente no mês de fevereiro de 1989, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser calculada com base na variação do IPC, ou seja, no percentual de 10,14% como decorrência lógica da redução do índice de 72,28% para 42,72% do IPC do mês anterior (janeiro/89), interpretação essa conferida à Lei n. 7.730/89 pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 43.055-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo. Precedentes: EDcl nos EREsp 352.411/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 12/06/2006; REsp 883.241/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/06/2008; REsp 1.110.683/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2009.

3. Em relação aos demais índices postulados, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção dos saldos deve ser de 9,61% em junho/90 (BTN), 10,79% em julho/90 (BTN), 13,69% em janeiro/91 (IPC) e 8,5% em março/91 (TR), de que são exemplos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1097077/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1/7/2009; REsp 876.452/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.

4. Com efeito, no caso dos autos, com relação às perdas de junho/90, julho/90 e março/91, a pretensão recursal não merece acolhida, tendo em vista que os saldos das contas vinculadas do FGTS devem ser corrigidos, respectivamente, em 9,61% (BTN), 10,79% (BTN) e 8,5% (TR), e não pelos índices do IPC requeridos pelo titular da conta vinculada, quais sejam, 9,55%, 12,92% e 13,09. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.076.850/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/3/2009; AgRg no REsp 848.752/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/8/2007; REsp 903.362/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 17/4/2007. Por outro lado, há que prosperar o pleito atinente ao índice de janeiro de 1991 (IPC - 13,69%), já que, como visto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível este percentual.

5. Recurso parcialmente provido, para condenar a CEF a aplicar, no saldo da conta vinculada do FGTS do recorrente, os índices referentes aos meses de fevereiro/89 (10,14%) e janeiro/91 (13,69%), compensando-se as parcelas já creditadas.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1111201/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REDISSCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE TRANSAÇÃO. CELEBRADO NOS TERMOS DA LC 110/2001. SÚMULA VINCULANTE I, DO STF. MARÇO DE 1991. IPC (13,90%). INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.201/PE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Tendo os agravantes firmado o termo de transação, previsto na LC 110/2001, e estando o índice ora pleiteado incluído no rol do art. 6º, III, do referido diploma legal, inviável o acolhimento da pretensão, nos termos da Súmula Vinculante 1, do STF, segundo a qual "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n° 110/2001".

II. Ainda que assim não fosse, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.201/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/03/2010), firmou entendimento no sentido de que os saldos das contas vinculadas ao FGTS devem ser corrigidos, em março de 1991, pela TR (8,5%), e não pelo índice do IPC (13,90%), conforme pretendido pelos agravantes.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1165109/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Por fim, quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto, é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 2% os honorários advocatícios fixados na sentença, acrescido que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002159-31.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PERCYO VIEIRA RIESCO
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE MARÇO DE 1990). COMUNICADO 2067/90-BACEN. ÍNDICE DE 21,87% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE FEVEREIRO DE 1991). IMPOSSIBILIDADE.

I – Em relação ao índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS, o STJ tem decidido por sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade.

II – Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%). Precedentes.

III – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000603-91.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: NELSON PESTANA GARCEZ
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, DAYLANE SANTOS ALVES - SP365407-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000603-91.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: NELSON PESTANA GARCEZ
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, DAYLANE SANTOS ALVES - SP365407-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença pela qual o feito foi extinto sem exame do mérito em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) e julgado improcedente em relação ao pedido de aplicação do índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) sobre o saldo da conta do FGTS do apelante.

Sustenta-se, em síntese, direito adquirido aos referidos índices de atualização.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000603-91.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: NELSON PESTANA GARCEZ
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, DAYLANE SANTOS ALVES - SP365407-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto, quanto ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, que o STJ tem decidido por sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade, verbis:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGO INFLACIONÁRIO DE MARÇO/90 (84,32%) - VALIDADE DO EDITAL 04/90 COMO MEIO DE PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, I DO CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - ART 940 DO CC - SÚMULA 282/STF - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 7/STJ.

1. *Aplico o teor da Súmula 282/STF no que se refere ao art. 940 do CC, por ausência de prequestionamento.*

2. *A CEF veiculou, no DOU de 19/04/90, Seção I, página 7.382, o Edital 04/90, através de qual foi determinado o creditamento nas contas vinculadas do FGTS o índice de 84,32% relativamente à correção monetária de março/90.*

3. *Ato administrativo que goza da presunção juris tantum de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo.*

4. *O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção juris tantum de veracidade.*

5. *Aplico o teor da Súmula 7/STJ no que se refere aos honorários advocatícios.*

6. *Recurso especial improvido.*

(REsp 445.727/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 16/08/2004, p. 184)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 544, §3º, DO C.P.C. - COMPREENSÃO - CONTAS VINCULADAS DE FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - MARÇO/90 - PERCENTUAL DE 84,32%. NÃO DEVIDO.

Jurisprudência dominante é aquela que predomina, não tendo, portanto, de ser necessariamente uníssona, para que se possa fazer valer os dizeres do art. 544, §3º, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

As Turmas de Direito Público desta Colenda Corte são uniformes em negar os apelos de concessão de correção monetária às contas vinculadas de FGTS, no mês de março/90.

Se as alegações da Administração têm presunção de veracidade, diferente compreensão não poderia ser dada ao Comunicado BACEN n. 02067/90, em que vem se baseando este eg. Tribunal para indeferir o percentual pleiteado, cabendo aos autores comprovarem nesses casos que não houve correção de suas contas vinculadas do FGTS, no mês de março/90, conforme determinado pela autoridade administrativa competente.

Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 269.928/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2000, DJ 27/03/2000, p. 91)

ADMINISTRATIVO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 84,32% (MARÇO/90). PERCENTUAL CREDITADO

1. *O índice de 84,32%, relativo ao mês de março de 1990, como se sabe, foi devidamente creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, inexistindo qualquer diferença a ser paga aos titulares das contas.*

2. *Agravo regimental provido.*

(AgRg no REsp 257.798/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 02/06/2003, p. 240)

FGTS - LEGITIMIDADE - CEF - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPC - EXTRATOS - DISPENSABILIDADE DE APRESENTAÇÃO NA PROPOSITURA DA AÇÃO.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder a demanda versando sobre correção monetária dos saldos do FGTS.

É pacífico o entendimento de que a prescrição, nestes casos, é trintenária.

O extrato da conta do FGTS não é indispensável à propositura da ação, podendo sua ausência ser suprida por outras provas.

Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o IPC é o índice a ser adotado para atualização das contas vinculadas ao fundo de garantia.

O índice de março de 1990, de 84,32%, já foi creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, não havendo nenhuma diferença a ser paga aos titulares das contas.

Recurso parcialmente provido.

(REsp 217.078/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/1999, DJ 06/12/1999, p. 70)

Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991), ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991), é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, conforme se observa dos seguintes precedentes:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

(RE 226855, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020 EMENT VOL-02008-05 PP-00855 RTJ VOL-00174-03 PP-00916)

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00%(TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

(1ª Seção, Súmula 252, julgado em 13/06/2001, DJ 13/08/2001 p. 333)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ÍNDICES DE FEVEREIRO/89, JUNHO/90, JULHO/90, JANEIRO/91 E MARÇO/91.

1. Hipótese em que se aduz que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação dos índices de correção monetária incidentes nas contas vinculadas do FGTS referentes aos meses de fevereiro/89, junho/90, julho/90, janeiro/91 e março/91, os quais entende o recorrente devem corresponder, respectivamente, à 10,14%, 9,55%, 12,92%, 13,69% e 13,90%.

2. No tocante à correção monetária incidente no mês de fevereiro de 1989, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser calculada com base na variação do IPC, ou seja, no percentual de 10,14%, como decorrência lógica da redução do índice de 72,28% para 42,72% do IPC do mês anterior (janeiro/89), interpretação essa conferida à Lei n. 7.730/89 pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 43.055-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo. Precedentes: EDel nos EREsp 352.411/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 12/06/2006; REsp 883.241/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/06/2008; REsp 1.110.683/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2009.

3. Em relação aos demais índices postulados, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção dos saldos deve ser de 9,61% em junho/90 (BTN), 10,79% em julho/90 (BTN), 13,69% em janeiro/91 (IPC) e 8,5% em março/91 (TR), de que são exemplos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1097077/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 17/2/2009; REsp 876.452/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.

4. Com efeito, no caso dos autos, com relação às perdas de junho/90, julho/90 e março/91, a pretensão recursal não merece acolhida, tendo em vista que os saldos das contas vinculadas do FGTS devem ser corrigidos, respectivamente, em 9,61% (BTN), 10,79% (BTN) e 8,5% (TR), e não pelos índices do IPC requeridos pelo titular da conta vinculada, quais sejam, 9,55%, 12,92% e 13,09. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.076.850/RJ, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, Segunda Turma, DJe 25/3/2009; AgRg no REsp 848.752/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/8/2007; REsp 903.362/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 17/4/2007. Por outro lado, há que prosperar o pleito atinente ao índice de janeiro de 1991 (IPC - 13,69%), já que, como visto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível este percentual.

5. Recurso parcialmente provido, para condenar a CEF a aplicar, no saldo da conta vinculada do FGTS do recorrente, os índices referentes aos meses de fevereiro/89 (10,14%) e janeiro/91 (13,69%), compensando-se as parcelas já creditadas.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1111201/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE TRANSAÇÃO, CELEBRADO NOS TERMOS DA LC 110/2001. SÚMULA VINCULANTE 1, DO STF. MARÇO DE 1991. IPC (13,90%). INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.201/PE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Tendo os agravantes firmado o termo de transação, previsto na LC 110/2001, e estando o índice ora pleiteado incluído no rol do art. 6º, III, do referido diploma legal, inviável o acolhimento da pretensão, nos termos da Súmula Vinculante 1, do STF, segundo a qual "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

II. Ainda que assim não fosse, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.201/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/03/2010), firmou entendimento no sentido de que os saldos das contas vinculadas ao FGTS devem ser corrigidos, em março de 1991, pela TR (8,5%), e não pelo índice do IPC (13,90%), conforme pretendido pelos agravantes.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1165109/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Por fim, quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto, é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 2% os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000603-91.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: NELSON PESTANA GARCEZ

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, DAYLANE SANTOS ALVES - SP365407-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE MARÇO DE 1990). COMUNICADO 2067/90-BACEN. ÍNDICE DE 21,87% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE FEVEREIRO DE 1991). IMPOSSIBILIDADE.

I – Em relação ao índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS, o STJ tem decidido pela sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade.

II – Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou do índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%). Precedentes.

III – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001113-07.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 129/2089

APELANTE: JOAO REIS DA CONCEICAO
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001113-07.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOAO REIS DA CONCEICAO
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença pela qual o feito foi extinto sem exame do mérito em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) e julgado improcedente em relação ao pedido de aplicação do índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) sobre o saldo da conta do FGTS do apelante.

Sustenta-se, em síntese, direito adquirido aos referidos índices de atualização.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001113-07.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: JOAO REIS DA CONCEICAO
Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto, em relação ao índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, que se observa do extrato da conta (fls. 106-PJe – ID Num. 70312630 - Pág. 1) que o autor aderiu ao acordo da LC 110/01, passando a efetuar os saques a partir de 10-07-2003 (fls. 104-PJe – ID Num. 70312631 - Pág. 1), tendo efetuado o último em 09-02-2006 (fls. 105-PJe – ID Num. 70312631 - Pág. 2).

Observo que a Lei Complementar nº 110/2001 autorizou a Caixa Econômica Federal a realizar o pagamento das diferenças de atualização monetária dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS originadas quando da edição dos Planos Verão (janeiro de 1989 - diferença de 16,64%, decorrente da incidência do IPC pro rata de 42,72%) e Collor I (IPC integral de 44,80%), mediante a subscrição, pelo trabalhador, do termo de adesão previsto em seu artigo 4º:

Art. 4º Fica a Caixa Econômica Federal autorizada a creditar nas contas vinculadas do FGTS, a expensas do próprio Fundo, o complemento de atualização monetária resultante da aplicação, cumulativa, dos percentuais de dezesseis inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento e de quarenta e quatro inteiros e oito décimos por cento, sobre os saldos das contas mantidas, respectivamente, no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990, desde que:

I – o titular da conta vinculada firme o Termo de Adesão de que trata esta Lei Complementar;

II – até o sexagésimo terceiro mês a partir da data de publicação desta Lei Complementar, estejam em vigor as contribuições sociais de que tratam os arts. 1º e 2º; e

III – a partir do sexagésimo quarto mês da publicação desta Lei Complementar, permaneça em vigor a contribuição social de que trata o art. 1º.

Parágrafo único. O disposto nos arts. 9º, II, e 22, § 2º, da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, não se aplica, em qualquer hipótese, como decorrência da efetivação do crédito de complemento de atualização monetária de que trata o caput deste artigo.

Ao firmar o termo de adesão a parte concorda com as condições de crédito, prazos de pagamento e eventual deságio previstos no artigo 6º da Lei Complementar nº 110/2001, dando por satisfeito seu crédito e renunciando ao direito de pleitear judicialmente diferenças de atualização monetária referentes aos Planos Bresser (junho de 1987), Verão (01/12/1988 a 28/02/1989), Collor I (abril e maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991), nos termos do inciso III do referido artigo.

Art. 6º O Termo de Adesão a que se refere o inciso I do art. 4º, a ser firmado no prazo e na forma definidos em Regulamento, conterá:

(...)

III – declaração do titular da conta vinculada, sob as penas da lei, de que não está nem ingressará em juízo discutindo os complementos de atualização monetária relativos a junho de 1987, ao período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989, a abril e maio de 1990 e a fevereiro de 1991.

Destarte, ao aderir ao termo do acordo proposto com base na LC nº 110/2001, não faz jus o apelante ao recebimento de diferenças de atualização monetária decorrentes de planos econômicos, compreendidos no período de junho/87 a fevereiro/91.

Feitas estas considerações, destacando que referido acordo prevê expressamente a renúncia ao pleito referente ao período de junho de 1987 a fevereiro de 1991, e anotando-se, ainda, que a transação foi efetuada em 2002 e a ação proposta em 2.011, configura-se situação de carência da ação por falta de interesse de agir, devendo o feito ser extinto sem exame de mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC.

Por outro lado, anoto, quanto ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, que o STJ tem decidido por sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade, verbis:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGO INFLACIONÁRIO DE MARÇO/90 (84,32%) - VALIDADE DO EDITAL 04/90 COMO MEIO DE PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR - ART. 333, I DO CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - ART 940 DO CC - SÚMULA 282/STF - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 7/STJ.

1. Aplico o teor da Súmula 282/STF no que se refere ao art. 940 do CC, por ausência de prequestionamento.

2. A CEF veiculou, no DOU de 19/04/90, Seção I, página 7.382, o Edital 04/90, através de qual foi determinado o creditamento nas contas vinculadas do FGTS o índice de 84,32% relativamente à correção monetária de março/90.

3. Ato administrativo que goza da presunção juris tantum de veracidade, cabendo aos titulares das contas vinculadas, a teor do art. 333, I do CPC, o ônus de provar que, no seu caso específico, o referido índice não foi aplicado, mediante apresentação de extrato emitido pelo banco depositário ou, pela CEF, após a centralização das contas. Havendo resistência, a prova pode ser exibida em juízo.

4. O fato de o STJ ter se posicionado no sentido de dispensar os titulares das contas da apresentação dos extratos quando do ajuizamento das demandas em nada interfere na situação dos autos, porque naquela hipótese era suficiente provar a titularidade no período cuja correção se reclama. Aqui, diferentemente, questiona-se a aplicação de percentual definido em ato administrativo, que goza da presunção juris tantum de veracidade.

5. Aplico o teor da Súmula 7/STJ no que se refere aos honorários advocatícios.

6. Recurso especial improvido.

(REsp 445.727/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2004, DJ 16/08/2004, p. 184)

PROCESSUAL CIVIL - ART. 544, §3º, DO C.P.C. - COMPREENSÃO - CONTAS VINCULADAS DE FGTS - CORREÇÃO MONETÁRIA - MARÇO/90 - PERCENTUAL DE 84,32% NÃO DEVIDO.

Jurisprudência dominante é aquela que predomina, não tendo, portanto, de ser necessariamente uníssona, para que se possa fazer valer os dizeres do art. 544, §3º, do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial quando o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

As Turmas de Direito Público desta Colenda Corte são uniformes em negar os apelos de concessão de correção monetária às contas vinculadas de FGTS, no mês de março/90.

Se as alegações da Administração têm presunção de veracidade, diferente compreensão não poderia ser dada ao Comunicado BACEN n. 02067/90, em que vem se baseando este eg. Tribunal para indeferir o percentual pleiteado, cabendo aos autores comprovarem nesses casos que não houve correção de suas contas vinculadas do FGTS, no mês de março/90, conforme determinado pela autoridade administrativa competente.

Recurso a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 269.928/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2000, DJ 27/03/2000, p. 91)

ADMINISTRATIVO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. 84,32% (MARÇO/90). PERCENTUAL CREDITADO

1. O índice de 84,32% relativo ao mês de março de 1990, como se sabe, foi devidamente creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, inexistindo qualquer diferença a ser paga aos titulares das contas.

2. Agravo regimental provido.

(AgRg no REsp 257.798/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 02/06/2003, p. 240)

FGTS - LEGITIMIDADE - CEF - PRESCRIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPC - EXTRATOS - DISPENSABILIDADE DE APRESENTAÇÃO NA PROPOSITURA DA AÇÃO.

A Caixa Econômica Federal é parte legítima exclusiva para responder a demanda versando sobre correção monetária dos saldos do FGTS.

É pacífico o entendimento de que a prescrição, nestes casos, é trintenária.

O extrato da conta do FGTS não é indispensável à propositura da ação, podendo sua ausência ser suprida por outras provas.

Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o IPC é o índice a ser adotado para atualização das contas vinculadas ao fundo de garantia.

O índice de março de 1990, de 84,32%, já foi creditado em todas as contas vinculadas ao FGTS, não havendo nenhuma diferença a ser paga aos titulares das contas.

Recurso parcialmente provido.

(REsp 217.078/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/08/1999, DJ 06/12/1999, p. 70)

Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991), ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991), é tema que já conta com jurisprudência pacificada na STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, conforme se observa dos seguintes precedentes:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

(RE 226855, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020 EMENT VOL-02008-05 PP-00855 RTJ VOL-00174-03 PP-00916)

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

(1ª Seção, Súmula 252, julgado em 13/06/2001, DJ 13/08/2001 p. 333)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ÍNDICES DE FEVEREIRO/89, JUNHO/90, JULHO/90, JANEIRO/91 E MARÇO/91.

1. Hipótese em que se aduz que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação dos índices de correção monetária incidentes nas contas vinculadas do FGTS referentes aos meses de fevereiro/89, junho/90, julho/90, janeiro/91 e março/91, os quais entende o recorrente devem corresponder, respectivamente, à 10,14%, 9,55%, 12,92%, 13,69% e 13,90%.

2. No tocante à correção monetária incidente no mês de fevereiro de 1989, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser calculada com base na variação do IPC, ou seja, no percentual de 10,14%, como decorrência lógica da redução do índice de 72,28% para 42,72% do IPC do mês anterior (janeiro/89), interpretação essa conferida à Lei n. 7.730/89 pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 43.055-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo. Precedentes: EDCI nos EREsp 352.411/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 12/06/2006; REsp 883.241/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/06/2008; REsp 1.110.683/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2009.

3. Em relação aos demais índices postulados, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção dos saldos deve ser de 9,61% em junho/90 (BTN), 10,79% em julho/90 (BTN), 13,69% em janeiro/91 (IPC) e 8,5% em março/91 (TR), de que são exemplos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1097077/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1/7/2009; REsp 876.452/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.

4. Com efeito, no caso dos autos, com relação às perdas de junho/90, julho/90 e março/91, a pretensão recursal não merece acolhida, tendo em vista que os saldos das contas vinculadas do FGTS devem ser corrigidos, respectivamente, em 9,61% (BTN), 10,79% (BTN) e 8,5% (TR), e não pelos índices do IPC requeridos pelo titular da conta vinculada, quais sejam, 9,55%, 12,92% e 13,09. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.076.850/RJ, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, Segunda Turma, DJe 25/3/2009; AgRg no REsp 848.752/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/8/2007; REsp 903.362/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 17/4/2007. Por outro lado, há que prosperar o pleito atinente ao índice de janeiro de 1991 (IPC - 13,69%), já que, como visto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível este percentual.

5. Recurso parcialmente provido, para condenar a CEF a aplicar, no saldo da conta vinculada do FGTS do recorrente, os índices referentes aos meses de fevereiro/89 (10,14%) e janeiro/91 (13,69%), compensando-se as parcelas já creditadas.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1111201/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REDISSCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE TRANSAÇÃO, CELEBRADO NOS TERMOS DA LC 110/2001. SÚMULA VINCULANTE 1, DO STF. MARÇO DE 1991. IPC (13,90%). INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.201/PE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Tendo os agravantes firmado o termo de transação, previsto na LC 110/2001, e estando o índice ora pleiteado incluído no rol do art. 6º, III, do referido diploma legal, inviável o acolhimento da pretensão, nos termos da Súmula Vinculante 1, do STF, segundo a qual "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

II. Ainda que assim não fosse, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.201/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/03/2010), firmou entendimento no sentido de que os saldos das contas vinculadas ao FGTS devem ser corrigidos, em março de 1991, pela TR (8,5%), e não pelo índice do IPC (13,90%), conforme pretendido pelos agravantes.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1165109/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Por fim, quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto, é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 2% os honorários advocatícios fixados na sentença, acrescido que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, nos termos supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001113-07.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: JOAO REIS DA CONCEICAO

Advogados do(a) APELANTE: LUCAS DE SOUSA NUNES - SP391103-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE MARÇO DE 1990). COMUNICADO 2067/90-BACEN. ÍNDICE DE 21,87% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE FEVEREIRO DE 1991). IMPOSSIBILIDADE.

I - Adesão às condições previstas na Lei Complementar nº 110/2001 que implica na renúncia ao direito de pleitear judicialmente diferenças de atualização monetária referentes aos Planos Bresser (junho de 1987), Verão (01/12/1988 a 28/02/1989), Collor I (abril e maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991).

II - Hipótese dos autos em que os apelantes efetuaram a referida adesão, não fazendo jus ao recebimento de diferenças de atualização monetária decorrentes de planos econômicos.

III - Em relação ao índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990, com aplicação em abril de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS, o STJ tem decidido pela sua inviabilidade, pois que se trata de percentual já creditado nas contas vinculadas dos correntistas, por força do Comunicado 2067/90-BACEN, ato administrativo que goza de presunção de veracidade.

IV - Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou do índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%). Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração dos honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008707-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
PARTE AUTORA: LOJAS REUNIDAS DE CALCADOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008707-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
PARTE AUTORA: LOJAS REUNIDAS DE CALCADOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança objetivando a impetrante não seja submetida ao regime de recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre a folha de salários, preservando-se o regime de recolhimento sobre a receita bruta (Lei 12.546/11) e afastando-se a aplicação da Lei 13.670/18.

Proferida sentença de concessão da ordem, subiram os autos, por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela ausência de interesse no feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008707-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
PARTE AUTORA: LOJAS REUNIDAS DE CALCADOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Versa a impetração matéria de manutenção do contribuinte no regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) após edição da Lei 13.670/2018.

É questão que já passou pelo escrutínio da Turma em interpretação conforme a Constituição firmando entendimento de vigência da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 até o final do exercício financeiro de 2018:

ACÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA – REGIME JURÍDICO DE TRIBUTAÇÃO CONTRIBUTIVA JÁ PREVIAMENTE FIRMADO AO ANO-BASE 2018, SEGUNDO A LEI DE ENTÃO: CONSEQUENTE INOPONIBILIDADE DA LEI 13.670/2018, QUE SUPRIMIU A ATIVIDADE EMPRESARIAL DO CAMPO DE DESONERAÇÃO – CONCESSÃO DA ORDEM – IMPROVIMENTO À APELAÇÃO FAZENDÁRIA E À REMESSA OFICIAL

Deseja a parte impetrante sejam afastados eventuais efeitos jurídicos da Lei 13.670/2018 sobre a opção irretroatível assim licitamente firmada de recolhimento de contribuição previdenciária sobre receita bruta, para atividade então permitida, na forma da Lei 12.546/2011, o que merece prosperar.

Chama atenção que a União, por meio da Lei 13.670, repete o mesmo equívoco que cometeu com a edição da MP 774 de 30/03/2017, que posteriormente foi revogada pela MP 794, significando dizer descabido, no curso do ano-base de referência, 2018, interferir em mui prévia opção de regime tributante já firmada pelo contribuinte, segundo a lei do tempo do fato, devendo ser preservada a segurança jurídica. Precedente.

Tendo a vantagem tributária em cume a natureza de parcial isenção sobre o tributo implicado, a sua supressão a significar majoração tributária, quando mínimo, sendo que a opção àquele regime se deu de modo irretroatível (o que, evidentemente, vale para as duas partes da relação jurídica), portanto condição determinada/condicional, amoldando-se à exceção encartada no art. 178, CTN (“A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”).

Inadmissível a abrupta supressão/exclusão de participação no regime tributante então eleito, como a praticada pelo Poder Público, superiores se põem a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas, com as quais a não consoar a conduta estatal aqui atacada em concreto.

A própria estrita legalidade tributária, art. 97 CTN, a governar o vertente caso, assim emprestando abrigo ao intento contribuinte, no sentido de não se submeter à força temporal da exclusão da atividade empresarial em termos de desoneração tributária, durante o ano 2018, em face de prévia opção formalizada, na forma da lei então de regência.

Improvemento à apelação e à remessa oficial. Concessão da segurança.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO PROVIDO.

- Sendo a opção irrevogável para o ano calendário, a modificação ou revogação do prazo de vigência da opção atenta contra a segurança jurídica. E mais, prevista a possibilidade de escolha pelo contribuinte do regime de tributação, sobre a folha de salários ou receita bruta, com período determinado de vigência, de forma irrevogável, a alteração promovida pela Lei nº 13.670/18, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irrevogabilidade da escolha, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O novel regime tributário somente pode aplicar-se em relação aos contribuintes que haviam feito a opção quanto ao regime segundo as regras da legislação anteriormente vigente, após o término deste ano calendário de 2018, sob pena de violação ao princípio da proteção ao ato jurídico perfeito, garantia constitucional que encontra assento justamente no princípio maior da segurança jurídica.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 2ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5023303-06.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal LUIZ ALBERTO DE SOUZA RIBEIRO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 28/01/2019)

Digno de nota também excerto do voto do Relator do AI 5023303-06.2018.4.03.0000:

“Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ª ed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, “Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Em decorrência dessa ordem de ideias abrangidas pelo princípio da segurança jurídica, não válida a novel previsão legal da Lei nº 13.670/18, que alterou o regime jurídico-tributário eleito, já a partir de 1º de setembro do corrente ano, o fato de terem sido observados os princípios da irretroatividade da lei e da anterioridade mitigada. Isto porque, havia sido estabelecido pela Lei nº 12.546/2011, na redação dada pela Lei nº 13.161/2012, prazo de vigência da opção até o final de exercício financeiro e a impossibilidade de retratação da forma tributária escolhida neste período.

Colhe-se do precedente citado que a superveniência da Lei 13.670/18 não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018.

Por estes fundamentos, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008707-35.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
PARTE AUTORA: LOJAS REUNIDAS DE CALÇADOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO RICARDO FERREIRA - SP198445-A, UMBERTO PIAZZA JACOBS - SP288452-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 7º e 8º DA LEI Nº 12.546/2011. OPÇÃO IRRETRATÁVEL PARA O EXERCÍCIO DE 2018.

I - Hipótese em que o contribuinte optou pelo regime tributário alternativo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB).

II - Superveniência da Lei 13.670/18 que não atende ao princípio da segurança jurídica por sua vez impondo a manutenção da opção prevista nos artigos 7º e 8º da Lei nº 12.546/2011 para o exercício de 2018. Precedentes da Turma.

III - Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001665-69.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: ALBERTO CARLOS COSTA
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001665-69.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: ALBERTO CARLOS COSTA
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença pela qual o feito foi extinto sem exame do mérito em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) e julgado improcedente em relação ao pedido de aplicação do índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) sobre o saldo da conta do FGTS do apelante.

Sustenta-se, em síntese, direito adquirido aos referidos índices de atualização.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001665-69.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: ALBERTO CARLOS COSTA
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto, em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, que observa-se do extrato da conta (fls. 74-PJe – ID Num 61044964 - Pág. 1) que foi devidamente aplicado ($1,8432 \times 1,0025 = 1,847745$), nada sendo devido a esse título.

Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%) conforme se observa dos seguintes precedentes:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

(RE 226855, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020 EMENT VOL-02008-05 PP-00855 RTJ VOL-00174-03 PP-00916)

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto às perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

(1ª Seção, Súmula 252, julgado em 13/06/2001, DJ 13/08/2001 p. 333)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ÍNDICES DE FEVEREIRO/89, JUNHO/90, JULHO/90, JANEIRO/91 E MARÇO/91.

1. Hipótese em que se aduz que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação dos índices de correção monetária incidentes nas contas vinculadas do FGTS referentes aos meses de fevereiro/89, junho/90, julho/90, janeiro/91 e março/91, os quais entende o recorrente devem corresponder, respectivamente, à 10,14%, 9,55%, 12,92%, 13,69% e 13,90%.

2. No tocante à correção monetária incidente no mês de fevereiro de 1989, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser calculada com base na variação do IPC, ou seja, no percentual de 10,14% como decorrência lógica da redução do índice de 72,28% para 42,72% do IPC do mês anterior (janeiro/89), interpretação essa conferida à Lei n. 7.730/89 pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 43.055-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo. Precedentes: EDel nos REsp 352.411/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 12/06/2006; REsp 883.241/SP, Rel. Min. Elicana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/06/2008; REsp 1.110.683/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2009.

3. Em relação aos demais índices postulados, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção dos saldos deve ser de 9,61% em junho/90 (BTN), 10,79% em julho/90 (BTN), 13,69% em janeiro/91 (IPC) e 8,5% em março/91 (TR), de que são exemplos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1097077/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 17/2009; REsp 876.452/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.

4. Com efeito, no caso dos autos, com relação às perdas de junho/90, julho/90 e março/91, a pretensão recursal não merece acolhida, tendo em vista que os saldos das contas vinculadas do FGTS devem ser corrigidos, respectivamente, em 9,61% (BTN), 10,79% (BTN) e 8,5% (TR), e não pelos índices do IPC requeridos pelo titular da conta vinculada, quais sejam, 9,55%, 12,92% e 13,09. Nesse sentido: *AgRg no REsp 1.076.850/RJ*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/3/2009; *AgRg no REsp 848.752/SP*, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/8/2007; *REsp 903.362/SP*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 17/4/2007. Por outro lado, há que prosperar o pleito atinente ao índice de janeiro de 1991 (IPC - 13,69%), já que, como visto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível este percentual.

5. Recurso parcialmente provido, para condenar a CEF a aplicar, no saldo da conta vinculada do FGTS do recorrente, os índices referentes aos meses de fevereiro/89 (10,14%) e janeiro/91 (13,69%), compensando-se as parcelas já creditadas.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1111201/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE TRANSAÇÃO, CELEBRADO NOS TERMOS DA LC 110/2001. SÚMULA VINCULANTE 1, DO STF. MARÇO DE 1991. IPC (13,90%). INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COM BASE NO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.201/PE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Tendo os agravantes firmado o termo de transação, previsto na LC 110/2001, e estando o índice ora pleiteado incluído no rol do art. 6º, III, do referido diploma legal, inviável o acolhimento da pretensão, nos termos da Súmula Vinculante 1, do STF, segundo a qual "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

II. Ainda que assim não fosse, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.201/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/03/2010), firmou entendimento no sentido de que os saldos das contas vinculadas ao FGTS devem ser corrigidos, em março de 1991, pela TR (8,5%), e não pelo índice do IPC (13,90%), conforme pretendido pelos agravantes.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1165109/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Por fim, quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto, é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 5% os honorários advocatícios fixados na sentença, acréscimo que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001665-69.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: ALBERTO CARLOS COSTA
Advogados do(a) APELANTE: ANDRESSA MARTINEZ RAMOS - SP365198-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, ENZO SCIANNELLI - SP98327-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE MARÇO DE 1990). EXTRATOS DA CONTA. PAGAMENTO. ÍNDICE DE 21,87% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE FEVEREIRO DE 1991). COM APLICAÇÃO EM MARÇO DE 1991. IMPOSSIBILIDADE.

I – O extrato da conta vinculada do autor mostra que o índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) foi devidamente aplicado ($1,8432 \times 1,0025 = 1,847745$), nada sendo devido a esse título.

II – Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%). Precedentes.

III – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000130-71.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PEDRO ANTONIO MARIANO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000130-71.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PEDRO ANTONIO MARIANO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto de sentença pela qual o feito foi extinto sem exame do mérito em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) e julgado improcedente em relação ao pedido de aplicação do índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) sobre o saldo da conta do FGTS do apelante.

Sustenta-se, em síntese, direito adquirido aos referidos índices de atualização.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000130-71.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: PEDRO ANTONIO MARIANO
Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, anoto que, em relação ao pedido de aplicação do índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) sobre o saldo da conta vinculada ao FGTS do autor, observa-se do extrato da conta (fls. 74-PJ – ID Num. 6491829 - Pág. 1) que foi devidamente aplicado $(1,8432 \times 1,0025 = 1,847745)$, nada sendo devido a esse título.

Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada na STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%) conforme se observa dos seguintes precedentes:

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado.

- Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional.

- No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II.

(RE 226855, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00020 EMENT VOL-02008-05 PP-00855 RTJ VOL-00174-03 PP-00916)

Os saldos das contas do FGTS, pela legislação infraconstitucional, são corrigidos em 42,72% (IPC) quanto às perdas de janeiro de 1989 e 44,80% (IPC) quanto às de abril de 1990, acolhidos pelo STJ os índices de 18,02% (LBC) quanto as perdas de junho de 1987, de 5,38% (BTN) para maio de 1990 e 7,00% (TR) para fevereiro de 1991, de acordo com o entendimento do STF (RE 226.855-7-RS).

(1ª Seção, Súmula 252, julgado em 13/06/2001, DJ 13/08/2001 p. 333)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC E NA RESOLUÇÃO DO STJ N.º 08/2008. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. ÍNDICES DE FEVEREIRO/89, JUNHO/90, JULHO/90, JANEIRO/91 E MARÇO/91.

1. Hipótese em que se aduz que o acórdão recorrido contrariou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito à aplicação dos índices de correção monetária incidentes nas contas vinculadas do FGTS referentes aos meses de fevereiro/89, junho/90, julho/90, janeiro/91 e março/91, os quais entende o recorrente devem corresponder, respectivamente, à 10,14%, 9,55%, 12,92%, 13,69% e 13,90%.

2. No tocante à correção monetária incidente no mês de fevereiro de 1989, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que deve ser calculada com base na variação do IPC, ou seja, no percentual de 10,14%, como decorrência lógica da redução do índice de 72,28% para 42,72% do IPC do mês anterior (janeiro/89), interpretação essa conferida à Lei n. 7.730/89 pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do REsp n. 43.055-0/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo. Precedentes: EDel nos REsp 352.411/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, DJ 12/06/2006; REsp 883.241/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 10/06/2008; REsp 1.110.683/ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 23/04/2009.

3. Em relação aos demais índices postulados, firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção dos saldos deve ser de 9,61% em junho/90 (BTN), 10,79% em julho/90 (BTN), 13,69% em janeiro/91 (IPC) e 8,5% em março/91 (TR), de que são exemplos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1097077/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 1/7/2009; REsp 876.452/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/3/2009.

4. Com efeito, no caso dos autos, com relação às perdas de junho/90, julho/90 e março/91, a pretensão recursal não merece acolhida, tendo em vista que os saldos das contas vinculadas do FGTS devem ser corrigidos, respectivamente, em 9,61% (BTN), 10,79% (BTN) e 8,5% (TR), e não pelos índices do IPC requeridos pelo titular da conta vinculada, quais sejam, 9,55%, 12,92% e 13,09. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.076.850/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/3/2009; AgRg no REsp 848.752/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29/8/2007; REsp 903.362/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 17/4/2007. Por outro lado, há que prosperar o pleito atinente ao índice de janeiro de 1991 (IPC - 13,69%), já que, como visto, o Superior Tribunal de Justiça entende ser cabível este percentual.

5. Recurso parcialmente provido, para condenar a CEF a aplicar, no saldo da conta vinculada do FGTS do recorrente, os índices referentes aos meses de fevereiro/89 (10,14%) e janeiro/91 (13,69%), compensando-se as parcelas já creditadas.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1111201/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 04/03/2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. REDISSCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE TRANSAÇÃO. CELEBRADO NOS TERMOS DA LC 110/2001. SÚMULA VINCULANTE 1, DO STF. MARÇO DE 1991. IPC (13,90%). INAPLICABILIDADE. QUESTÃO DECIDIDA COMBASE NO ART. 543-C DO CPC. RESP 1.111.201/PE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Tendo os agravantes firmado o termo de transação, previsto na LC 110/2001, e estando o índice ora pleiteado incluído no rol do art. 6º, III, do referido diploma legal, inviável o acolhimento da pretensão, nos termos da Súmula Vinculante 1, do STF, segundo a qual "ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001".

II. Ainda que assim não fosse, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.111.201/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 04/03/2010), firmou entendimento no sentido de que os saldos das contas vinculadas ao FGTS devem ser corrigidos, em março de 1991, pela TR (8,5%), e não pelo índice do IPC (13,90%), conforme pretendido pelos agravantes.

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1165109/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 09/03/2016)

Por fim, quanto à verba honorária, diante do insucesso do recurso interposto, é de ser aplicada a regra da sucumbência recursal estabelecida no art. 85, § 11 do CPC, pelo que majoro em 2% os honorários advocatícios fixados na sentença, acrescido que se mostra adequado aos critérios legais estabelecidos no § 2º do art. 85 do CPC, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos supra.

É o voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000130-71.2018.4.03.6104

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: PEDRO ANTONIO MARIANO

Advogados do(a) APELANTE: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A, NATALIA RODRIGUES AMANCIO DE OLIVEIRA - SP395059-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. FGTS. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE 84,32% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE MARÇO DE 1990). EXTRATOS DA CONTA. PAGAMENTO. ÍNDICE DE 21,87% (REFERENTE AO IPC-IBGE DE FEVEREIRO DE 1991, COM APLICAÇÃO EM MARÇO DE 1991). IMPOSSIBILIDADE.

I – O extrato da conta vinculada do autor mostra que o índice de 84,32% (referente ao IPC-IBGE de março de 1990) foi devidamente aplicado ($1,8432 \times 1,0025 = 1,847745$), nada sendo devido a esse título.

II – Em relação ao índice de 21,87% (referente ao IPC-IBGE de fevereiro de 1991, com aplicação em março de 1991) ou índice de 20,20% (INPC-IBGE de fevereiro de 1991) é tema que já conta com jurisprudência pacificada no STF e STJ no sentido da sua inaplicabilidade, por inexistência de direito adquirido a regime jurídico de atualização, devendo ser aplicada a TR (7%). Precedentes.

III – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com majoração da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016679-64.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: EDSON DA SILVA OLIVEIRA, ELISABETE YUMIKO KAWAUCHI OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MAURICIO OLIVEIRA SILVA - SP214060-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016679-64.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR

APELANTE: EDSON DA SILVA OLIVEIRA, ELISABETE YUMIKO KAWAUCHI OLIVEIRA

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A

Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MAURICIO OLIVEIRA SILVA - SP214060-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal com o escopo de substituição da TR pelo INPC-IBGE ou IPCA-IBGE na atualização dos saldos das contas do FGTS dos autores-apeles.

Tendo em vista a necessidade de fixação da competência, na espécie, determinou o MM. Juiz "a quo" aos autores que justificassem o valor atribuído à causa.

Não aceita a estimativa feita pelos autores, sobreveio decisão determinando que se atribuisse correto valor à causa, contra a qual foi interposto agravo (AI nº 5000155-34.2016.4.03.0000 - não conhecido) e, persistindo o não cumprimento, sentença, pela qual o MM. Juízo "a quo" extinguiu o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso I do Novo Código de Processo Civil.

Apelamos autores sustentando, em síntese, a possibilidade de fixação do valor da causa por estimativa.

Com contrarrazões, subiram os autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016679-64.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: EDSON DA SILVA OLIVEIRA, ELISABETE YUMIKO KAWAUCHI OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO OLIVEIRA SILVA - SP214060-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O caso dos autos é de sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, nos termos do art. 485, I, do Novo Código de Processo Civil, ante o descumprimento de atribuição de adequado valor à causa.

A sentença merece reforma.

Com efeito, conquanto se reconheça que o valor atribuído à causa deva ser consentâneo com o benefício econômico perseguido na demanda, em função dele definindo-se a competência de natureza absoluta do Juizado Especial Federal Cível, a teor do que prevê o § 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001, não se obriga na hipótese dos autos situação de descompasso, por excesso ou insuficiência, entre o valor apontado na inicial e o benefício econômico perseguido na demanda que justificasse determinação em última análise voltada a compelir a parte autora à liquidação antecipada de valores para fins de indicação da exata expressão econômica da causa, não afigurando desproporcional ou desarrazoado o montante indicado por estimativa na petição inicial, ademais sendo questão que já passou pelo crivo da jurisprudência adotando orientação contrária à aplicada na decisão recorrida.

Nesse sentido, julgado proferido no âmbito desta Turma:

"PROCESSUAL CIVIL. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA.

I - A extinção do processo teve por causa o descumprimento da decisão que determinou a emenda da petição inicial pela adequação do valor da causa.

II - O autor, em que pese não cumprir o quanto determinado pelo magistrado singular, respondeu à determinação do juízo requerendo que fosse desconsiderada a necessidade de emenda da inicial com adequação do valor dado à causa mediante suporte documental, alegando que não possui os extratos dos períodos cuja correção pleiteia para a realização dos cálculos necessários. Sustentou, ainda, que não há determinação legal obrigando a parte autora a apresentar a memória de cálculo correta nessa fase processual.

III - É certo que o valor da causa deve guardar consonância com a expressão econômica do pedido e sua adequação decorre de previsão legal (artigos 258, 259 e 282, V, do Código de Processo Civil).

IV - No entanto, em ações como a presente, tenho que é impossível fazer uma liquidação antecipada para se aferir o valor exato da causa, notadamente quando a parte não dispõe dos extratos analíticos, como é o caso dos autos.

V - Outrossim, o estatuto processual civil não impõe ao juiz a obrigação de fazer; ele próprio, a avaliação do valor dado à causa para se certificar se é coincidente com o benefício econômico pretendido. É a parte contrária que possui tal mister, consoante prevê o artigo 261 do CPC ao estabelecer que, não havendo impugnação, presume-se aceito o valor declarado na petição inicial.

VI - O apelante atendeu ao disposto nos artigos 282 e 283 do CPC, não sendo lícito ao juiz estabelecer para as petições iniciais requisitos não previstos no ordenamento processual civil.

VII - Acrescento que o valor conferido à causa na petição inicial é de R\$ 22.000,00, ultrapassando o parâmetro de fixação da competência dos Juizados Especiais Federais.

VIII - Cumpre salientar, por último, que a relação processual não foi estabelecida, vez que não houve sequer citação da ré - Caixa Econômica Federal - razão pela qual não há possibilidade de julgamento da causa por este Egrégio Tribunal neste momento, sendo de rigor a remessa dos autos à vara de origem.

IX - Apelo provido. Sentença anulada."

(Segunda Turma, AC 200661040069038, v.u., rel. Des. Fed. Cecília Mello, DJU DATA:25/04/2008 PÁGINA: 659)

A propósito, ainda:

"PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. CONTAS VINCULADAS DO FGTS. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VALOR DA CAUSA. FIXAÇÃO POR ESTIMATIVA, EM PATAMAR EXCEDENTE AO TETO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. LEI Nº 10.259/01. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Extinção do feito sem resolução de mérito, sob o argumento de que os valores individualmente considerados em relação a cada litisconsorte deslocam a competência para o Juizado Especial Federal.

2. A competência do Juizado Especial Federal é de natureza absoluta e define-se em razão do valor da causa, consoante as disposições contidas no parágrafo 3º do art. 3º da Lei 10.259/2001.

3. Ante a ausência dos extratos das contas fundiárias para demonstrar precisamente o valor econômico almejado, o valor foi atribuído à causa por estimativa.

4. Se a parte não dispõe de meios para definir o valor da causa e justificar o processamento da ação na Justiça Federal Comum, deve ser observado o valor atribuído à causa na inicial através de estimativa, cujo valor é superior ao teto previsto na Lei nº 10.259/2001, o que desloca para a Justiça Federal Comum a competência para processar e julgar o presente feito.

5. A parte não pode ser prejudicada no exercício de seu direito, em razão de características da logística da administração judiciária, que dificultam a remessa de processos físicos para os Juizados Especiais.

6. Hipótese em que os autos devem retornar ao Juízo de origem para o devido processamento e julgamento.

7. Apelação provida."

PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO DOS DEPÓSITOS DE POUPANÇA. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO. EFEITOS MERAMENTE FISCAIS. PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que a autora não cumpriu decisão que determinou a emenda da inicial, para indicar o real valor (conteúdo econômico) da causa e, também, apresentar o demonstrativo dos respectivos cálculos. Sentença que indeferiu liminarmente a exordial, extinguindo o feito na forma do art. 267, I c/c o art. 284, parágrafo único, ambos do CPC.

2. Nas ações em que se pleiteia correção dos depósitos de cadernetas de poupança por meio da aplicação de expurgos inflacionários assim como as ações de FGTS o valor dado à causa comporta efeitos meramente fiscais, considerando a inexistência, a priori, de elementos definidores de repercussão econômica.

3. Na espécie, o autor atribuiu à causa o valor de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), sem, contudo, demonstrar a composição desse valor. É lícito supor que o autor assim o fez por não ter condições de estabelecer o real conteúdo econômico da demanda. Por conseguinte, mesmo tendo sido dada a oportunidade para "adequar" o valor da causa para possibilitar o processamento da ação na Justiça Federal Comum, não teria, o autor, condições de fazê-lo, pois, decerto, persistiria a incerteza em relação ao conteúdo econômico da demanda.

4. No caso dos autos, considerando que o valor atribuído à causa supera o valor de alçada dos Juizados Especiais Federais, os autos devem permanecer na 12ª Vara Federal/PE para o regular processamento.

5. apelação provida, para determinar que os autos permaneçam na referida Vara para regular processamento.

(TRF - 5ª Região - Primeira Turma - AC 431827/PE - Relator Des. Fed. FRANCISCO CAVALCANTI - Data Julgamento 06/12/2007 - DIÁRIO DA JUSTIÇA - DATA: 28/02/2008 - UNÂNIME).

Deixo de apreciar o mérito da pretensão, pois o caso é de indeferimento da inicial, não se encontrando a causa em condições de imediato julgamento.

Reforma-se, destarte, a sentença determinando-se a baixa dos autos à Vara de origem para regular prosseguimento do feito.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, nos termos supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016679-64.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: EDSON DA SILVA OLIVEIRA, ELISABETE YUMIKO KAWAUCHI OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO ANTONIO GARAVATI - SP65393-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MAURICIO OLIVEIRA SILVA - SP214060-A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. RECOMPOSIÇÃO DOS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE CÁLCULOS PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. SENTENÇA REFORMADA.

I - Versando a hipótese dos autos pretensão de recomposição dos depósitos em conta vinculada ao FGTS, assente na jurisprudência entendimento admitindo a atribuição de valor à causa por estimativa, em face da impossibilidade do estabelecimento, de plano, do real conteúdo econômico da demanda, descabe determinação voltada a compelir a parte autora à liquidação antecipada de valores como meio de proceder à indicação precisa do valor da causa.

II - Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006939-22.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: MARTA DE OLIVEIRA SILVA REQUEJO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MILENE NETINHO JUSTO MOURAO - SP209960-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006939-22.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: MARTA DE OLIVEIRA SILVA REQUEJO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MILENE NETINHO JUSTO MOURAO - SP209960-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada em face da Caixa Econômica Federal com o escopo de aplicação de índices inflacionários (IPC de 01-89: 42,72%; e IPC de 04-90: 44,80%) na atualização dos saldos do FGTS.

Tendo em vista a necessidade de fixação da competência, na espécie, determinou o MM. Juiz "a quo" à parte autora que apresentasse os extratos da conta fundiária e emendasse a inicial, adequando-se o valor da causa.

Não atendida a determinação, sobreveio sentença, pela qual o MM. Juízo "a quo" extinguiu o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

Interpôs recurso de apelação a parte autora, alegando caber à ré a apresentação dos extratos, admitindo-se em hipóteses versando aplicação de índices de atualização monetária sobre os depósitos em conta do FGTS a apresentação de outros documentos, tais como cópia da CTPS, que foi juntada à inicial.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Nesta Corte, a CEF juntou termo de adesão da autora-apelante a acordo extrajudicial em torno dos índices aqui pleiteados (fls. 84), abrindo-se vista à parte contrária, que se manifestou por meio da petição de fls. 89/91.

No documento ID 100106490, postula a parte apelante a desistência da ação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006939-22.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: MARTA DE OLIVEIRA SILVA REQUEJO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MILENE NETINHO JUSTO MOURAO - SP209960-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ao início, não conheço do pedido formulado no ID 100106490 considerando que no atual momento processual não há mais possibilidade de se formular pedido de desistência da ação (art. 485, §5º do CPC).

O caso dos autos é de sentença que extinguiu o processo sem exame do mérito, nos termos do art. 485, I, do Novo Código de Processo Civil, ante o descumprimento de determinação de juntada de extratos e atribuição de adequado valor à causa.

Por outro lado, a CEF trouxe para os autos (fls. 85-PJe) termo de adesão a acordo proposto nos termos da Lei Complementar 110/01, no qual a autora-apelante aceita o pagamento das diferenças relativas aos índices aqui pleiteados na forma ali discriminada, documento assinado em 30-12-2003, portanto, antes do ajuizamento desta ação (21-10-2016).

Observo que a Lei Complementar nº 110/2001 autorizou a Caixa Econômica Federal a realizar o pagamento das diferenças de atualização monetária dos depósitos das contas vinculadas ao FGTS originadas quando da edição dos Planos Verão (janeiro de 1989 - diferença de 16,64%, decorrente da incidência do IPC pro rata de 42,72%) e Collor I (IPC integral de 44,80%), mediante a subscrição, pelo trabalhador, do termo de adesão previsto em seu artigo 4º:

Art. 4º Fica a Caixa Econômica Federal autorizada a creditar nas contas vinculadas do FGTS, a expensas do próprio Fundo, o complemento de atualização monetária resultante da aplicação, cumulativa, dos percentuais de dezesseis inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento e de quarenta e quatro inteiros e oito décimos por cento, sobre os saldos das contas mantidas, respectivamente, no período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989 e durante o mês de abril de 1990, desde que:

I – o titular da conta vinculada firme o Termo de Adesão de que trata esta Lei Complementar;

II – até o sexagésimo terceiro mês a partir da data de publicação desta Lei Complementar, estejam em vigor as contribuições sociais de que tratam os arts. 1º e 2º; e

III – a partir do sexagésimo quarto mês da publicação desta Lei Complementar, permaneça em vigor a contribuição social de que trata o art. 1º.

Parágrafo único. O disposto nos arts. 9º, II, e 22, § 2º, da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, não se aplica, em qualquer hipótese, como decorrência da efetivação do crédito de complemento de atualização monetária de que trata o caput deste artigo.

Ao firmar o termo de adesão a parte concorda com as condições de crédito, prazos de pagamento e eventual deságio previstos no artigo 6º da Lei Complementar nº 110/2001, dando por satisfeito seu crédito e renunciando ao direito de pleitear judicialmente diferenças de atualização monetária referentes aos Planos Bresser (junho de 1987), Verão (01/12/1988 a 28/02/1989), Collor I (abril e maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991), nos termos do inciso III do referido artigo.

Art. 6º O Termo de Adesão a que se refere o inciso I do art. 4º, a ser firmado no prazo e na forma definidos em Regulamento, conterá:

(...)

III – declaração do titular da conta vinculada, sob as penas da lei, de que não está nem ingressará em juízo discutindo os complementos de atualização monetária relativos a junho de 1987, ao período de 1º de dezembro de 1988 a 28 de fevereiro de 1989, a abril e maio de 1990 e a fevereiro de 1991.

É patente que o termo de adesão disponibilizado pela Caixa Econômica Federal para esse fim reproduz as disposições legais a respeito do acordo, não se podendo alegar desconhecimento das condições estabelecidas, estando o trabalhador que opta pela via extrajudicial vinculado aos termos da Lei Complementar nº 110/2001, ademais, a manifestação de vontade do fundista foi livre e desprovida de qualquer coação, nada absolutamente havendo que sequer fizesse suspeitar de vício de consentimento a invalidar o negócio jurídico.

Destarte, ao aderir ao termo do acordo proposto com base na LC nº 110/2001, não faz jus o apelante ao recebimento de diferenças de atualização monetária decorrentes de planos econômicos, compreendidos no período de junho/87 a fevereiro/91.

Feitas estas considerações, e considerando que a transação foi efetuada em 2003 e a ação proposta em 2016, configura-se situação de carência da ação por falta de interesse de agir, devendo o feito ser extinto sem julgamento de mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, restando prejudicado o presente recurso.

Por fim, interposto o recurso e citado e intimado o réu para contrarrazões, que foram apresentadas, a manutenção da sentença implica na condenação da parte autora ao pagamento de verba honorária que arbitro, nos termos do art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC/15, em 10% do valor atualizado da causa, não se apresentando excessivo e desproporcional aos interesses da parte vencida e por outro lado deparando-se apto a remunerar o trabalho do advogado em feito que versa matéria repetitiva, inclusive objeto de jurisprudência a favor da parte vencedora, observadas as condições do art. 98, § 3º, do CPC.

Diante do exposto, de ofício julgo extinto o feito sem exame de mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, e julgo prejudicado o recurso, nos termos supra.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006939-22.2016.4.03.6141
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
APELANTE: MARTA DE OLIVEIRA SILVA REQUEJO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MILENE NETINHO JUSTO MOURAO - SP209960-A

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001.

I - Adesão às condições previstas na Lei Complementar nº 110/2001 que implica na renúncia ao direito de pleitear judicialmente diferenças de atualização monetária referentes aos Planos Bresser (junho de 1987), Verão (01/12/1988 a 28/02/1989), Collor I (abril e maio de 1990) e Collor II (fevereiro de 1991).

II - Hipótese dos autos em que o apelante efetuou a referida adesão, não fazendo jus ao recebimento de diferenças de atualização monetária decorrentes de planos econômicos.

III - De ofício julgado extinto o feito sem exame do mérito nos termos do art. 485, inciso IV, do CPC. Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Segunda Turma decidiu, por unanimidade, de ofício julgar extinto o feito sem exame de mérito nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC, e julgar prejudicado o recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5021955-50.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
RECORRENTE: LEONARDO BERNARDES DE MELLO COIMBRA
INTERESSADO: ESPÓLIO DE ISIDORO VILELA COIMBRA - CPF Nº 02657619800, IZA MARIA COIMBRA ZAMBERLAN
Advogados do(a) RECORRENTE: ANDREA VIANNA NOGUEIRA - SP183299-A, LEONARDO BERNARDES DE MELLO COIMBRA - SP354147
Advogado do(a) INTERESSADO: DJALMA PEREIRA DE REZENDE - SP137850
RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Considerando a anotação de advogado na autuação dos autos em epígrafe, bem como a impossibilidade da inclusão de seu nome no cabeçalho do documento / despacho ID: 135455269 (despacho de lavra do Exmo. Desembargador Federal CARLOS FRANCISCO), procedo a sua intimação nos termos abaixo reproduzidos:

DESPACHO

ID nº 132542058 e ID 132542061:

I - Proceda a Subsecretaria a exclusão dos advogados Diamantino Silva Filho e Frederico Diamantino Bonfim e Silva do cadastro deste processo.

II - Em consulta aos autos principais, verifiquei que o espólio de Isidoro Vilela Coimbra constituiu como advogado Djalma Pereira de Rezende, OAB/SP 137.850 (ID Num 21084928, autos nº 0001852-23.2007.4.03.6102).

Assim sendo, intime-se o advogado supra citado (Djalma) a regularizar a representação processual nestes autos, requerendo o que for de direito.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011956-05.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 04 - DES. FED. PEIXOTO JUNIOR
AGRAVANTE: EVERTON GUSTAVO VIEIRA

SUBSECRETARIA DA SEGUNDA TURMA

ATO ORDINATÓRIO

Em conformidade com o art. 152, inciso VI, do Código de Processo Civil, e com o art. 1º, caput, da Ordem de Serviço nº 01/2016, da Presidência da Segunda Turma, abre-se vista à(s) parte(s) contrária(s) para se manifestar(em) sobre o agravo interno interposto, nos termos do art. 1021, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005870-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: ADVANCE - INDUSTRIA TEXTIL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEINER SALMASO SALINAS - SP185499-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Por meio da petição ID 134526414, manifesta o peticionário oposição ao julgamento virtual, ao argumento de que o patrono possui interesse em acompanhar a sessão de julgamento.

Indefiro o pedido veiculado, tendo em vista não ter atendido o disposto no art. 2º da Portaria 01/2019, que estabelece que eventual discordância quanto à forma de julgamento deve ser fundamentada e com a observância do disposto no artigo 937 do Código de Processo Civil e do artigo 143 do Regimento Interno do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Assim, considerando a ausência de justificativa plausível para o adiamento, bem como por se tratar de espécie de recurso, em cujo julgamento não se admite sustentação oral, mantenha-se em pauta de julgamento este feito.

Cumpra-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013538-40.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: VANDA FELISBERTO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUANA GUIMARAES SANTUCCI - SP188112-A
AGRAVADO: CONDOMINIO EDIFICIO RIO DOCE
INTERESSADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVADO: JACKSON KAWAKAMI - SP204110-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal, uma vez que não vislumbro no pronunciamento judicial impugnado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que, ressalte-se, encontra amparado em precedente da Corte, embora a matéria seja controversa.

Intime-se a agravada para contraminuta.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003836-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: RONY LUIZ BORGES
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO HENRIQUE BELOTTI SCRIBONI - SP356316-N
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal, uma vez que não vislumbro no provimento impugnado o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

Intime-se a parte agravada para contraminuta.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014740-52.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: KARINA MARTINS DA COSTA - SP324756-A
AGRAVADO: GRANDE MARMORES LTDA - ME, ALAN BARRETO ROLON
Advogado do(a) AGRAVADO: SUZANA BARRETO DE MIRANDA - SP240079-A
Advogado do(a) AGRAVADO: SUZANA BARRETO DE MIRANDA - SP240079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, pela CAIXA ECONOMICA FEDERAL contra GRANDE MARMORES LTDA – ME e OUTRO, buscando reformar decisão que indeferiu pedido de bloqueio de bens da parte executada via BACENJUD nos seguintes termos:

“Intimada, a parte requerente pediu Bacenjud (Id. Id. 31741814).

Diante da situação que o país, sobretudo o Estado de São Paulo atravessa, verifico que é o caso de indeferir, por ora, o bloqueio por meio de referido convênio com o Banco Central do Brasil.

Com efeito, trata-se de um quadro gravíssimo, de pandemia, que provoca reflexos na vida financeira das pessoas em razão das medidas de isolamento adotadas.

Anoto que o pedido poderá ser renovado assim que a situação do país se normalizar.”

Contra tal decisão a parte opôs embargos de declaração, mas não logrou alterar referida decisão.

Nas razões do presente agravo, a recorrente alega, em síntese:

“1 – tanto a parte exequente (Agravante) quanto a parte Executada (Agravada) são vítimas do mesmo cenário nacional / mundial (COVID19);

2 – não há razão que justifique o tratamento desigual das partes (art.5º CF), vez que, assim como a parte Executada (ora Agravada) sofre os reflexos dos prejuízos advindos da pandemia, a parte Exequente (ora Agravante) também enfrenta uma situação de perda financeira, não sendo possível sustentar sua atividade se as buscas por seus créditos forem interrompidas tal qual na decisão agravada;

3 – a normalização da situação do país trata-se de situação com prazo incerto e indeterminado, não podendo o Banco Agravante estar condicionado ao exercício do seu direito (satisfação de crédito) a despecho de tal natureza, sob pena de verdadeiro cerceamento das suas prerrogativas.”

É o relatório.

DECIDO.

Consoante disposto no art. 995, parágrafo único, do CPC, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Na mesma toada, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme dispõe o art. 300 do CPC.

No caso presente, antes mesmo de adentrar na análise da probabilidade do direito, verifico inexistir a presença de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

Com efeito, a agravante deixou de demonstrar a imprescindibilidade da liminar requerida, requisito necessário para a concessão do efeito suspensivo, conforme supracitado.

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

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contrarrazões nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Pub. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019103-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: SINDICATO DOS LOJISTAS DO COMÉRCIO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO - PE11338-A
AGRAVADO: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo SINDICATO DOS LOJISTAS DO COMÉRCIO DE SÃO PAULO, em face da decisão que, em mandado de segurança, impetrou contra ato do Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo, configurado na ilegalidade da Deliberação JUCESP nº 02/2015, que determina às sociedades empresárias e cooperativas de grande porte, nos termos da Lei nº 11.638/2007, incluindo-se aí os filiados ao Impetrante, que publiquem seu Balanço Anual e as Demonstrações Financeiras em jornal de grande circulação no local de sua respectiva sede e no Diário Oficial do Estado de São Paulo, determinou que fosse juntada aos autos a relação nominal de seus filiados.

Em sua **minuta**, a parte agravante sustenta, em apertada síntese, a desnecessidade da relação nominal em decorrência da inaplicabilidade do disposto no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública aos mandados de segurança coletivo e por se tratar de substituição processual.

O pedido de liminar foi deferido.

Sem contraminuta.

É o relatório.

Decido.

Verifico que foi juntada aos autos sentença proferida na ação n.º 5011413-69.2019.4.03.6100, originária do presente recurso, por conseguinte, as partes, não estão sob a égide da decisão recorrida, mas sim, sob os efeitos da sentença.

Assim, entendo que o presente agravo de instrumento restou prejudicado pela perda superveniente de objeto.

Nesse sentido:

AGRAVO LEGAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO PROFERIDA NA AÇÃO ORIGINAL. PERDA DO OBJETO. DISCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE APELAÇÃO OU REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO IMPROVIDO. I - Perde o objeto o agravo de instrumento por ter sido proferida sentença de mérito na ação principal. II - A matéria veiculada no presente feito poderá ser discutida em sede de apelação ou reexame necessário. III - Agravo legal improvido. (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 160886 - 0033677-31.2002.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, julgado em 09/02/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/02/2010 PÁGINA: 140)

DIREITO PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NO FEITO ORIGINÁRIO. PERDA DO OBJETO DO AGRAVO. OCORRÊNCIA. 1. Está pacificada no âmbito jurisprudencial a adoção do critério da cognição, de modo que a prolação de sentença pelo juízo de primeiro grau implica perda do objeto (carência superveniente) do agravo de instrumento interposto em face de decisão apreciadora de tutela antecipada ou medida liminar. 2. O presente agravo de instrumento resta prejudicado em razão da carência superveniente decorrente da prolação de sentença de mérito na ação na qual proferida a decisão interlocutória agravada, visto que esta, cuja cognição é de natureza sumária, foi substituída pela sentença, provimento judicial que consubstancia um juízo de cognição exauriente. 3. Agravo de instrumento prejudicado. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5015558-72.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 06/12/2018, e -DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2018)

No mesmo sentido, já decidiu o C. STJ:

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO QUE EXAMINOU TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO. 1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. A Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que, na hipótese de deferimento ou indeferimento da antecipação de tutela, a prolação de sentença meritória implica a perda de objeto do agravo de instrumento por ausência superveniente de interesse recursal, uma vez que: a) a sentença de procedência do pedido - que substitui a decisão deferitória da tutela de urgência - torna-se plenamente eficaz ante o recebimento da apelação tão somente no efeito devolutivo, permitindo desde logo a execução provisória do julgado (art. 520, VII, do CPC/1973); b) a sentença de improcedência do pedido tem o condão de revogar a decisão concessiva da antecipação, ante a existência de evidente antinomia entre elas. 3. Agravo interno desprovido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

(AAINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 774844 2015.02.18078-0, GURGEL DE FARIA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:07/08/2018..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM RAZÃO DO DEFERIMENTO PARCIAL DE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIENTE PROLAÇÃO DE DECISÃO DE MÉRITO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO. 1. A presente demanda se origina de agravo de instrumento contra decisão que deferiu parcialmente a antecipação de tutela. Houve sentença de mérito. 2. A jurisprudência desta Corte superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 3. Recurso especial prejudicado pela perda do objeto. ..EMEN:(RESP 201102552647, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:18/12/2013..DTPB:.)

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento, com fundamento no artigo 932, III, do CPC/2015.

Publique-se. Intime-se.

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

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014750-96.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: KARINA MARTINS DA COSTA - SP324756-A
AGRAVADO: LEANDRO NOLBERTO DE ANDRADE

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela recursal, pela CAIXA ECONOMICA FEDERAL contra LEANDRO NOLBERTO DE ANDRADE, buscando reformar decisão que, em ação de execução de título extrajudicial promovida pela ora recorrente, indeferiu pedido de bloqueio de bens da parte executada via BACENJUD, e ainda suspendeu o curso do feito por 90 dias, nos seguintes termos:

"Diante do reconhecimento de situação de força maior, com prejuízo ao andamento normal do processo, considerando situação excepcional de pandemia e isolamento social, deixo de analisar, neste momento, o pedido de restrição de bens em nome do executado e suspendo o curso do feito pelo prazo de 90 dias, considerado razoável para retorno a normalidade das atividades, consoante autoriza o art. 313, VI e Parágrafo 4, CPC.."

Contra tal decisão a parte opôs embargos de declaração, mas não logrou alterar referida decisão.

Nas razões do presente agravo, a recorrente alega, em síntese:

i) q "r.decisão, quando suspende o processo em curso, malfez a orientação do Tribunal no sentido de assegurar a continuidade do serviço público, sobretudo tendo em vista que o seu prosseguimento, nos termos solicitados pela CEF, em nada afetaria as normas de precaução estabelecidas em razão da pandemia"; e

ii) "o tratamento desigual não se justifica, uma vez que ambas as partes encontram-se sujeitas aos mesmos reflexos negativos da pandemia instalada, desmerecendo a parte contrária a proteção indicada (afastamento do pedido de bloqueio via Bacenjud e suspensão do feito pelo prazo de 90 dias), sob pena de infringir frontalmente o princípio da isonomia e comprometer, assim, a atividade econômica da Agravante, repita-se, igualmente prejudicada".

É o relatório.

DECIDO.

Consoante disposto no art. 995, parágrafo único, do CPC, a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Na mesma toada, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme dispõe o art. 300 do CPC.

No caso presente, antes mesmo de adentrar na análise da probabilidade do direito, verifico inexistir a presença de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação.

Com efeito, a agravante deixou de demonstrar a imprescindibilidade da liminar requerida, requisito necessário para a concessão do efeito suspensivo, conforme supracitado.

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

Comunique-se ao Juízo a quo.

Intime-se a parte agravada para apresentação de contrarrazões nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Pub. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000729-68.2014.4.03.6126
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: AGUINALDO JOSE MIAN
Advogado do(a) APELANTE: ELNA GERALDINI - SP93499-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso em ação cuja matéria discute a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5090, Relator Ministro Roberto Barroso determinou a suspensão de todas as ações individuais e coletivas que tenham por objeto a discussão sobre a matéria, independentemente de Juízo ou Tribunal.

Desta forma, determino o sobrestamento do feito até o final julgamento do referido recurso.

Intimem-se.

Cotrim Guimarães

Desembargador Federal

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013551-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
AGRAVANTE: FABIANA PAULINO OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL TABARELLI MARQUES - SP237742-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por FABIANA PAULINO OLIVEIRA contra decisão que, em sede de execução, indeferiu pedido para desbloqueio de valores da conta corrente.

A agravante requer a reforma da decisão alegando a impenhorabilidade de quantias depositadas até o limite de 40 salários mínimos em conta corrente; reduziu montante bloqueado face ao total débito e excesso de execução.

É o relatório.

DECIDO.

Não vislumbro, por ora, estarem presentes os requisitos da concessão da tutela.

Sobre a impenhorabilidade de verba alimentar, assim dispõe o art. 833, IV do Código de Processo Civil:

Art. 833. São impenhoráveis:

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; (g.n.)

Por outro lado, assim dispõe o art. 833, X do Código de Processo Civil:

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça tem estendido a impenhorabilidade do limite supramencionado a outras aplicações financeiras, inclusive conta corrente, desde que demonstrada que a **origem dos valores** que são destinados à subsistência do correntista. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.741.977 - PR (2018/0117112-0)

RELATOR : MINISTRO MOURA RIBEIRO

RECORRENTE : MOACIR ZAMBIANCO

ADVOGADO : ANDERSON APARECIDO CRUZ - PR030978

RECORRIDO : COCARI - COOPERATIVA AGROPECUARIA E INDUSTRIAL

ADVOGADO : GEANDRO DE OLIVEIRA FAJARDO E OUTRO(S) - PR035971

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA. QUANTIA DEPOSITADA EM CONTA CORRENTE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ANALISOU, DETALHADAMENTE, AS PARTICULARIDADES DO CASO E DECIDIU QUE O MONTANTE NÃO TEM CARÁTER ALIMENTAR. REVISÃO DA CONCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ÔBICE DA SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

DECISÃO

MOACIR ZAMBIANCO (MOACIR) interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos de ação de execução de título extrajudicial proposta por COCARI - COOPERATIVA AGROPECUARIA E INDUSTRIAL (COCARI), indeferiu o pedido de desbloqueio de valores na conta corrente do executado (e-STJ, fls. 105/106).

Iresignado, MOACIR interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido pelo Tribunal de origem em acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. BLOQUEIO VIA BACENJUD. VERBA SALARIAL. ART. 833, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. IMPENHORABILIDADE NÃO RECONHECIDA. VALORES DEPOSITADOS EM FUNDO DE INVESTIMENTO. NATUREZA ALIMENTAR. NÃO COMPROVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. Nos termos do inciso IV, do art. 833, do Código de Processo Civil de 2015, são absolutamente impenhoráveis os vencimentos.

2. É possível a penhora de valores em conta corrente e fundo de investimento se não comprovada sua natureza alimentar.

3. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (e-STJ, fls.147/148). Inconformado, MOACIR interpôs recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, apontando violação dos arts. 789 e 833, X, do NCPC, por reputar que o valor constrito, inferior ao limite legal de 40 (quarenta) salários mínimos, constituiria a única reserva financeira do recorrente, que se encontra desempregado e sem condições de trabalhar, destinada à própria subsistência e de sua família, sendo que parte da quantia é oriunda de parcelas recebidas do seguro desemprego, conforme documentos constantes do agravo de instrumento. Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 177/187). Em juízo de admissibilidade, a Primeira Vice-Presidência do Tribunal estadual admitiu o referido apelo nobre (e-STJ, fls. 191/193).

É o relatório.

DECIDO.

O inconformismo merece prosperar: De plano, vale pontuar que o presente recurso especial foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Emendado Administrativo nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

O Tribunal de Justiça concluiu que, não obstante a orientação jurisprudencial de impenhorabilidade de quantia inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, seja em depósito em poupança, conta corrente, fundo de investimento ou mesmo em papel moeda, a proteção a tais valores exige que sejam empregados para custear a subsistência do devedor e seu núcleo familiar, detendo, portanto, natureza alimentar. Entretanto, a Corte de origem, detalhadamente, asseverou que o numerário sobre o qual recaiu o bloqueio não se enquadra como verba alimentícia, nos seguintes termos:

O agravante alega, em suma, que a quantia de R\$ 6.715,48 (seis mil, setecentos e quinze reais e quarenta e oito centavos), bloqueada na conta corrente n.º 42429-3, do ScredInvest, de sua titularidade, é impenhorável, vez que é verba salarial, proveniente de seguro desemprego por ele recebido, e não ultrapassa o limite de 40 (quarenta) salários mínimos previsto no art. 833, X, do Código de Processo Civil de 2015.

Não lhe assiste razão.

Isso porque, da análise do extrato de f. 65-f.1, não é possível concluir que o valor de R\$ 6.715,48 (seis mil, setecentos e quinze reais e quarenta e oito centavos), bloqueado em conta corrente, é oriundo de qualquer movimentação para pagamento de despesas cotidianas, tais como contas de água, luz e telefone, por exemplo.

Pelo contrário, a movimentação da conta bloqueada, ao menos no período trazido pelo agravante, é de resgate de ínfimas quantias, encargos de Imposto de Renda Pessoa Física e rendimentos referentes ao montante depositado.

A propósito, essa circunstância demonstra que os 6.715,48 (seis mil, setecentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) constritos não eram utilizados para subsistência do agravante, vez que não consta qualquer movimentação para pagamento de despesas cotidianas, tais como contas de água, luz e telefone, por exemplo.

Ademais, oportuno esclarecer que o art. 833, X, do Código de Processo Civil de 2015, prevê a impenhorabilidade de "quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos", regra que, inclusive, tem sido mitigada nas hipóteses em que demonstrada a sua utilização como típica conta corrente.

Frise-se, ainda, que esta 15ª Câmara Cível não desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, excepcionalmente, a proteção deve estender-se a valores de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados não só em poupança, mas também em conta corrente, fundos de investimento ou guardados em papel-moeda.

Contudo, apesar da interpretação extensiva dada ao referido dispositivo legal, a leitura dos julgados revela que o reconhecimento da impenhorabilidade visa a resguardar, em ventade, valores que tenham sido poupados para viabilizar a subsistência do devedor e de sua família.

E o exame do extrato da conta sobre a qual recaiu o bloqueio (f. 65-T.1) não demonstra a origem e destinação do numerário, de modo que não há como afirmar que seria a única reserva financeira do agravante destinada a seu sustento.

Além disso, eventuais valores sobressalentes, investidos no mercado financeiro e não utilizados para a subsistência do devedor e de sua família, são passíveis de penhora, justamente porque perderam seu caráter alimentar.

Assim, ausente prova da natureza alimentar do numerário bloqueado, deve ser mantida a constrição sobre os R\$ 6.715,48 (seis mil, setecentos e quinze reais e quarenta e oito centavos) depositados na conta corrente do agravante. (e-STJ, fls. 150/152)

O Tribunal de Justiça decidiu que a quantia controversa deve permanecer bloqueada a partir do exame das circunstâncias de fato pertinentes ao caso, em particular diante da circunstância de que a quantia depositada em conta corrente não se enquadra como verba de caráter alimentar, esbarrando o acolhimento do pleito recursal no óbice da Súmula nº 7 desta Corte, que dispõe que a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PENHORA. ON LINE. NATUREZA ALIMENTAR NÃO DEMONSTRADA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DESTA CORTE.

1. É possível a penhora "on line" em conta corrente do devedor, contanto que ressaltados valores oriundos de depósitos com manifesto caráter alimentar.

2. A alteração da natureza dos valores penhorados demandaria o reexame do conjunto fático-probatório do autos, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDeI no REsp 1636872/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, j. 07/11/2017, DJe 22/11/2017)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA. VALORES DEPOSITADOS. IMPENHORABILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR. PARTICULARIDADES DO CASO. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A natureza alimentar dos valores depositados em previdência privada aberta deve ser examinada caso a caso, pelas instâncias ordinárias. Precedente da Segunda Seção.

2. Na espécie, o Tribunal de origem concluiu pela disponibilidade dos valores para penhora, devido ao caráter não alimentar da quantia tida em depósito. Alterar tal conclusão exigiria o reexame de provas, inviável na estreita via do recurso especial.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDeI no AREsp 864.016/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Terceira Turma, j. 19/10/2017, DJe 27/10/2017)

Nessas condições, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso especial. Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2019.

Ministro MOURA RIBEIRO

Relator

(Ministro MOURA RIBEIRO, 22/02/2019)

No caso dos autos, não comprovamos agravantes a natureza de verba alimentar da quantia depositada em conta corrente, não se aplicando a extensão conferida pelo entendimento jurisprudencial invocada nas razões recursais.

Dessarte, a impenhorabilidade alegada só se estende às outras aplicações além da poupança mencionada expressamente em texto legal, desde que se comprove que tal valor se destina à subsistência do recorrente.

Por outro lado, a relação entre a quantia bloqueada e o débito total cobrado, bem como eventual excesso de execução além de não guardarem relação com o pedido de desbloqueio dos valores, devem ser apreciados por ocasião do julgamento dos embargos à execução.

Ante ao exposto, indefiro pedido de tutela.

Comunique-se ao MM. Juízo *a quo*.

Intime-se a parte agravada para resposta no prazo legal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008511-86.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: GERALDO SOARES DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CARLOS DE AZEVEDO - SP168579-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos por GERALDO SOARES DOS SANTOS em face de despacho que determinou o sobrestamento do feito em razão do discutido na ADI 5.090/DF.

O embargante sustenta, em síntese, haver omissão no despacho embargado, visto que o caso dos autos não se amolda ao discutido nos autos da ADI 5.090/DF. Aduz ainda que a presente ação não visa a declaração da inconstitucionalidade das disposições normativas das Leis nº 8.036/1990 e 8.177/1991, tampouco o reconhecimento da designação e aplicabilidade da Taxa Referencial – TR enquanto índice de correção do saldo de contas do FGTS.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a este tribunal.

É o relatório.

O Exmo. Sr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES (Relator):

Não assiste razão ao embargante.

Os artigos 1.001 e 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 assim dispõem:

"Art. 1.001. Dos despachos não cabe recurso.

(...)

"Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o."

No caso vertente, insurge-se a parte embargante contra despacho proferido nos seguintes termos:

"Trata-se de recurso em ação cuja matéria discute a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5090, Relator Ministro Roberto Barroso determinou a suspensão de todas as ações individuais e coletivas que tenham por objeto a discussão sobre a matéria, independentemente de Juízo ou Tribunal.

Desta forma, determino o sobrestamento do feito até o final julgamento do referido recurso.

Intimem-se."

Verifica-se, assim, que o despacho recorrido não ostenta cunho decisório, tratando-se de mero ato de impulso processual, sendo, portanto, irrecurável, nos termos do artigo 1.001 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO, PRESTADO SOB CONDIÇÕES INSALUBRES, EM PERÍODO ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO ÚNICO. REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE 612.358 (TEMA 293) AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINA O SOBRESTAMENTO DO RECURSO PARA SE AGUARDAR O JULGAMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DECISÃO IRRECORRÍVEL. 1 - Conforme a jurisprudência desta Corte, "não se deve conhecer do recurso de agravo interno impugnando a decisão que determinou a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que observe a sistemática prevista nos arts. 1.039 e 1.040 do CPC/2015, tendo em vista que o aludido sobrestamento não é capaz de gerar nenhum prejuízo às partes, motivo pelo qual é irrecurável" (STJ, AgInt no REsp 1.663.877/SE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe de 04/09/2017). Nesse sentido também: EDcl no AgInt no AREsp 532.312/DF, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/11/2017, DJe 24/11/2017; AgRg no REsp 1362412/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 13/10/2017. II - Agravo interno não conhecido. (AI AIRMS - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 51685 2016.02.04077-6, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2018 ..DTPB:.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE DETERMINA O SOBRESTAMENTO E RETORNO À ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que o ato judicial que determina o sobrestamento e o retorno dos autos à Corte de origem, a fim de que lá seja exercido o competente juízo de retratação/conformação (arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015), não possui carga decisória, por isso se trata de provimento irrecurável. Precedentes: STJ - AgInt nos EDcl nos EREsp 1.126.385/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 20/9/2017; STF - RE 630.719, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 28/11/2017. 2. Também no mesmo sentido: AgInt no REsp 1.669.263/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 4/5/2018; AgInt no AREsp 1.184.411/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26/6/2018; AgInt no AgInt no AREsp 1.094.092/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 13/10/2017. 3. Agravo Interno não conhecido. (AI EDRESP - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - 1643004 2016.03.18783-8, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/11/2018 ..DTPB:.)

Ainda que assim não fosse, a irrisignação do embargante não se sustenta, pois se depreende da exordial o autor também pleiteia a substituição da TR, uma vez que a mesma não serve como índice de correção. Senão vejamos:

"I. condenar a Recorrida a proceder a correção monetária dos valores depositados e que vierem a ser depositados em conta vinculada da parte autora, desde 1991, utilizando-se para tanto o INPC, ou sucessivamente, IPCA-e, ou algum outro índice que efetivamente recomponha o valor monetário perdido pela inflação, já que a TR é fator de remuneração do capital e não de correção;

II. Entendendo o juízo pelo reconhecimento da TR como fator de correção, condenar a Ré a proceder a correção monetária dos valores depositados e que vierem a ser depositados em conta vinculada da parte autora, a partir de 1999, utilizando-se para tanto o INPC, ou sucessivamente, IPCA-e, ou algum outro índice que efetivamente recomponha o valor monetário perdido pela inflação, em substituição à TR, já que a partir de 1999 este índice parou de recompor as perdas com a inflação;

(...)"

Ante o exposto, **não conheço** dos embargos de declaração.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006464-63.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 05 - DES. FED. COTRIM GUIMARÃES
APELANTE: JOSE GERALDO DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: ANGELICA PIMA AUGUSTO - SP338362-A
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso em ação cuja matéria discute a possibilidade de afastamento da TR como índice de correção monetária dos saldos das contas de FGTS. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5090, Relator Ministro Roberto Barroso determinou a suspensão de todas as ações individuais e coletivas que tenham por objeto a discussão sobre a matéria, independentemente de Juízo ou Tribunal.

Desta forma, determino o sobrestamento do feito até o final julgamento do referido recurso.

Intime-se.

Cotrim Guimarães

Desembargador Federal

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003989-31.2014.4.03.6102
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
APELANTE: THIAGO LUIZ FERREIRA, CART INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS EM ALUMINIO LTDA. - ME
Advogado do(a) APELANTE: ADILSON ALEXANDRE MIANI - SP126973-N
Advogado do(a) APELANTE: ADILSON ALEXANDRE MIANI - SP126973-N
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Concedo aos apelantes o prazo de cinco dias para que apresentem documentos aptos a demonstrar sua atual situação financeira, a fim de que possa ser apreciado seu pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita.

P.I.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017999-55.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: FAX TUBOS DE PAPELÃO E FIBRALATA LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVADO: ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO - SP100930-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela **UNIÃO FEDERAL** contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por **FAX TUBOS DE PAPELÃO E FIBRALATA LTDA - EPP**, discutindo a prorrogação de prazo, no contexto da pandemia causada pela COVID-19, para recolhimento das parcelas relativas aos parcelamentos ordinários e especiais de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e devidos pela impetrante.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“FAX TUBOS DE PAPELÃO E FIBRALATA LTDA. (CNPJ/MF sob o nº 00.894.945/0001-02) com qualificação nos autos, impetrou o presente mandado de segurança, com pedido de liminar que nesta decisão se examina, em face do Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA/SP objetivando, em síntese, com fundamento no artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, que suspenda a exigência dos parcelamentos federais ativos, relativamente às parcelas de abril, maio e junho de 2020, ou até que cesse o estado de calamidade vigente no país, assegurando-se o pagamento das respectivas parcelas posteriormente, sem a imposição de qualquer penalidade, como a exclusão dos benefícios, inclusive sem a cobrança de juros de qualquer natureza.

Traz como fundamento da pretensão a Medida Provisória 927/2020 que dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6/2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, a Portaria nº 12/2012 e aduz, ainda, a violação aos princípios da capacidade contributiva e o não-confisco, ofensa à valorização do trabalho e à livre iniciativa, bem como a função social da empresa, dos princípios da força maior, do estado de necessidade e da inexistência de conduta diversa.

Com a inicial vieram documentos (IDS 31622839, 31622843, 31622845, 31622850, 31623116, 31623118, 31623119, 311623120, 31623123, 31623124, 31623310, 31623314, 31623316, 31623319, 31623321, 31623326, 31623329, 31623336, 31623337

Sobreveio despacho ordinatório para esclarecimentos acerca da prevenção, representação processual, bem como valor da causa, tendo a parte autora peticionado e juntado documentos nos autos (IDS 33328565, 33328585, 33328600, 33328761, 33328776, 33328789).

Vieram os autos conclusos para decisão.

Decido

As explanações contidas na inicial permitem vislumbrar a presença dos requisitos necessários para a concessão da liminar estabelecidos no artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/09, consistentes na plausibilidade do direito e no perigo da demora.

Relevantes os fundamentos da pretensão, alicerçados no estado de Calamidade Pública decretado pelo Governo Federal e pelo Estado de São Paulo em 20.03.2020, em decorrência da Pandemia da COVID-19 (“Pandemia” ou “Coronavírus”), decretada pela Organização Mundial da Saúde em 11.03.2020, e no teor das normas previstas na Portaria MF nº 12, de 20 de janeiro de 2012, Portaria 218/2020 e Portaria 360/2020, que estabelecem a prorrogação do prazo de vencimento de tributos federais na mencionada hipótese.

Patente, pois, o direito alegado, posto que a regra contida no artigo 1º da Portaria MF 12/2012, aplica-se a toda situação excepcional reconhecida de calamidade pública.

Trata-se, ademais, de salvaguardar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia previstos na Constituição Federal que tem assento no vértice do nosso ordenamento jurídico, assim como os princípios inerentes à atividade econômica consagrados no seu artigo 170.

Nesse diapasão, evidencia-se o perigo da demora na concessão da medida, necessária para viabilizar a continuidade das atividades da empresa e consequentemente de empregos, visando existência digna e justiça social.

Posto isso, acolho a petição e documentos de IDS 33328565, 33328585, 33328600, 33328761, 33328776 e 33328789 como emenda da inicial, restando deferido o prazo de cinco dias para recolhimento das custas complementares e defiro a medida liminar requerida para determinar que em virtude do estado de Calamidade Pública decretado pelo Governo Federal em decorrência da Pandemia do Coronavírus-COVID 19, seja prorrogado para o último dia útil do terceiro mês subsequente ao vencimento, nos termos do artigo 1º da Portaria MF nº 12/2012, o prazo para recolhimento das parcelas relativas aos parcelamentos ordinários e especiais relacionados nos IDS 316233123, 316233124, 316233310, 31623314, 31623316 de tributos federais administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e devidos pela impetrante.

Notifique-se a autoridade impetrada para cumprimento e para prestar as informações no prazo de 10 (dez) dias e dê-se vista ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, ingresse no feito.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal e então venham conclusos para sentença.

Intime-se.

Cumpra-se com urgência”

Alega a parte agravante, em síntese, que o governo federal adotou uma série de medidas tributárias diretas e indiretas para minimizar os efeitos da pandemia em relação aos contribuintes, não havendo omissão estatal em relação aos regimes de tributação. Assevera que impactos humanitários decorrentes desse flagelo solidário são presentemente monitorados e enfrentados, em ampla movimentação pautada pela constitucionalidade, pela legalidade e pela incessante busca de instrumentos normativos que resultem no mínimo de sacrifício para a população em geral. Sustenta que a pretensão do contribuinte não encontra fundamentação legal, uma vez que há absoluta impossibilidade de suspensão da exigibilidade ou postergação do pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias sem previsão legal.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Decido.

O Mandado de Segurança, previsto no art. 5º, LXIX e LXX da Constituição da República, e disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, busca proteger direito "líquido e certo" não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela legalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Ainda que certamente seja urgente e preocupante a situação enfrentada no Brasil diante do avanço da pandemia causada por COVID-19, com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos, é inafastável a constatação de que a postulação da impetrante não tem respaldo legal, daí porque não há violação a direito líquido e certo amparada pela via mandamental.

Embora louvável a tentativa de auxílio àqueles responsáveis pela atividade econômica e pela manutenção de empregos, a legislação invocada na argumentação formulada pelo contribuinte não guarda relação direta com a situação descrita nos autos. O mesmo pode ser dito quanto às medidas concedidas pelo E.STF nas ACO 3363 e 3365, em situações distintas da presente, discutindo-se, naqueles casos, a dívida pública de Entes da Federação.

A Portaria do Ministério da Fazenda nº 12, de 20/01/2012, destina-se à situação diferente da discutida nos autos, porque os atuais quadros de crescente gravidade envolvendo vidas humanas não têm parâmetros anteriores na história recente, dando contornos muito mais complexos e abrangentes às responsabilidades da sociedade e do Estado. Essa Portaria MF nº 12/2012 cuida da regularização da situação de contribuintes localizados em municípios específicos, envolvidos em situações particulares derivadas de fatalidades como enchentes e desmoronamentos, o que evidencia a inaplicabilidade desse ato normativo para o diferimento de tributos em razão da pandemia causada pelo COVID-19 (notadamente por conta do caráter global, que exige esforços muito superiores de todo setor privado e do setor público em seus múltiplos espaços subnacionais).

As Portarias RFB nº 218/2020 e nº 360/2020 citadas na decisão recorrida prorrogam as datas de vencimento dos tributos federais administrados pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB) devidos por contribuintes domiciliados em determinados municípios do estado do Espírito Santo. Desse modo, tais atos normativos não se aplicam ao caso em questão, uma vez que a sede da empresa agravada está situada na cidade de Mogi-Guaçu, no estado de São Paulo.

Em que pese a atuação diária dos poderes públicos no enfrentamento da questão, mediante complexas análises do problema e de medidas de enfrentamento da crise instaurada, especialmente sob os pontos de vista da saúde e da economia, ainda não consta normatização permitindo a ampla postergação pretendida quanto aos tributos indicados pelo sujeito passivo.

Cabe ao titular da competência normativa federal decidir pela postergação do prazo de cumprimento de obrigações tributárias (principais e acessórias), como foi o caso da Medida Provisória nº 927, de 20/03/2020 (no tocante ao FGTS), e da Portaria do Ministério da Economia nº 139, de 03/04/2020 (pertinente a contribuições previdenciárias, PIS e COFINS), na extensão estabelecida pelo respetivo diploma normativo (em relação aos quais inexistiu interesse de agir, por óbvio).

De um lado, a via mandamental eleita não serve para a provocação da atividade legislativa, mas de outro lado, eventual inércia do Poder Público quanto às obrigações tributárias no período emergencial pode se converter em violação concreta das prerrogativas de contribuintes afetados de múltiplas maneiras pelos efeitos da pandemia. Porém, existindo atos normativos mensurando prorrogações de prazo no cumprimento de obrigações tributárias, no contexto extraordinário no qual se encontra a realidade brasileira, o Poder Judiciário deve respeitar o exercício da discricionariedade nos moldes positivados pelo titular da competência normativa.

Em suma, é atribuição do titular da competência normativa a função discricionária de avaliação do impacto socioeconômico das medidas adotadas e das necessidades orçamentárias destinadas à correta atuação estatal, inclusive com o fim de inibir o avanço da doença e atender às necessidades mínimas de sobrevivência da população. Nesse contexto, o controle judicial somente é possível em casos de manifesta ou objetiva violação da discricionariedade política, o que não resta configurado pelo que consta dos autos.

Por fim, anoto que, nesse período extraordinário, os imperativos do Estado de Direito devem ser ainda mais realçados, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizamos propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado.

Ante ao exposto, **DEFIRO** o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

Vista ao Ministério Público Federal.

P.I.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5012563-18.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
RECORRENTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO: JBL.COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA - ME
Advogado do(a) RECORRIDO: DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo à apelação interposta pela União Federal contra sentença proferida em mandado de segurança nº 5004382-46.2020.4.03.6105 que concedeu a ordem para prorrogar o vencimento dos tributos federais e parcelamento administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, relativos à competência dos meses de março e abril, para o último dia útil do terceiro mês subsequente à declaração de calamidade pública (20 de março de 2020), ou seja, para 30/06/2020 e 31/07/2020, respectivamente, inclusive no tocante às obrigações acessórias, nos exatos termos da Portaria MF 12/2012, salvo se ulterior disposição legal acerca da forma/prazo para pagamento dos tributos federais for editada pelo Poder Executivo ou Poder Legislativo, ficando a autoridade, ainda, impedida de adotar qualquer medida restritiva ou de coação face a impetrante.

Sustenta a União Federal que estão preenchidos os requisitos previstos em lei para a suspensão da eficácia da sentença, estando presentes a probabilidade de provimento do recurso, bem como o grave risco de dano, com consequências graves à administração e ao erário.

Alega que não há possibilidade legal de prorrogação dos prazos das obrigações tributárias acessórias e principais federais, sendo inaplicável a Portaria MF nº 12, de 20/01/2012. Aduz ser imprescindível a vigorosa observância dos regramentos normativos (convencionais, legais e infralegais) sobre o tema, merecendo ser inteiramente rechaçada a pretensão da Autora, haja vista que referido pleito ofende não apenas as normas tributárias, mas, sobretudo, o equilíbrio do pacto federativo.

É o breve relatório.

Decido.

Nos termos do art. 1.012 do Código de Processo Civil, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, pode ser formulado, ao Tribunal, pedido de efeito suspensivo ao recurso, quando concedida na sentença a tutela provisória, *verbis*:

“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1o Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

(...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

(...)

§ 4o Nas hipóteses do § 1o, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. (g.n.)”

Nos autos subjacentes, o Magistrado julgou procedente o pedido para prorrogar o vencimento dos tributos federais e parcelamento administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil relativos à competência dos meses de março e abril para o último dia útil do terceiro mês subsequente a declaração de calamidade pública (20 de março de 2020), ou seja, para 30/06/2020 e 31/07/2020, respectivamente, inclusive no tocante às obrigações acessórias, nos exatos termos da Portaria MF 12/2012.

O deferimento da tutela de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida.

Sem pretender exaurir a análise do direito posto, o que terá adequado lugar no âmbito de reexame da sentença em sede de apelação, impende verificar se restam presentes os requisitos para a suspensão dos efeitos da tutela deferida na decisão judicial.

Brevemente, sobre a matéria, consigno que o Mandado de Segurança, previsto no art. 5º, LXIX e LXX da Constituição da República, e disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, busca proteger direito “líquido e certo” não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Ainda que certamente seja urgente e preocupante a situação enfrentada no Brasil diante do avanço da pandemia causada pelo COVID-19, com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos, é inafastável a constatação de que a postulação da impetrante não tem respaldo legal, daí porque não há violação a direito líquido e certo amparada pela via mandamental.

Embora louvável a tentativa de auxílio àqueles responsáveis pela atividade econômica e pela manutenção de empregos, a legislação invocada na argumentação formulada pelo contribuinte não guarda relação direta com a situação descrita nos autos. O mesmo pode ser dito quanto às medidas concedidas pelo E.STF nas ACO 3363 e 3365, em situações distintas da presente, discutindo-se, naqueles casos, a dívida pública de Entes da Federação.

A Portaria do Ministério da Fazenda nº 12, de 20/01/2012, destina-se à situação diferente da discutida nos autos, porque os atuais quadros de crescente gravidade envolvendo vidas humanas não têm parâmetros anteriores na história recente, dando contornos muito mais complexos e abrangentes às responsabilidades da sociedade e do Estado. Essa Portaria MF nº 12/2012 cuida da regularização da situação de contribuintes localizados em municípios específicos, envolvidos em situações particulares derivadas de fatalidades como enchentes e desmoronamentos, o que evidencia a inaplicabilidade desse ato normativo para o deferimento de tributos em razão da pandemia causada pelo COVID-19 (notadamente por conta do caráter global, que exige esforços muito superiores de todo setor privado e do setor público em seus múltiplos espaços subnacionais).

Em que pese a atuação diária dos poderes públicos no enfrentamento da questão, mediante complexas análises do problema e de medidas de enfrentamento da crise instaurada, especialmente sob os pontos de vista da saúde e da economia, ainda não consta normatização permitindo a ampla postergação pretendida quanto aos tributos indicados pelo sujeito passivo.

Cabe ao titular da competência normativa federal decidir pela postergação do prazo de cumprimento de obrigações tributárias (principais e acessórias), como foi o caso da Medida Provisória nº 927, de 20/03/2020 (no tocante ao FGTS), e da Portaria do Ministério da Economia nº 139, de 03/04/2020 (pertinente a contribuições previdenciárias, PIS e COFINS), na extensão estabelecida pelo respectivo diploma normativo (em relação aos quais inexistiu interesse de agir, por óbvio).

De um lado, a via mandamental eleita não serve para a provocação da atividade legislativa, mas de outro lado, eventual inércia do Poder Público quanto às obrigações tributárias no período emergencial pode se converter em violação concreta das prerrogativas de contribuintes afetados de múltiplas maneiras pelos efeitos da pandemia. Porém, existindo atos normativos mensurando prorrogações de prazo no cumprimento de obrigações tributárias, no contexto extraordinário no qual se encontra a realidade brasileira, o Poder Judiciário deve respeitar o exercício da discricionariedade nos moldes positivados pelo titular da competência normativa.

Em suma, é atribuição do titular da competência normativa a função discricionária de avaliação do impacto socioeconômico das medidas adotadas e das necessidades orçamentárias destinadas à correta atuação estatal, inclusive com o fim de inibir o avanço da doença e atender às necessidades mínimas de sobrevivência da população. Nesse contexto, o controle judicial somente é possível em casos de manifesta ou objetiva violação da discricionariedade política, o que não resta configurado pelo que consta dos autos.

Por fim, anoto que, nesse período extraordinário, os imperativos do Estado de Direito devem ser ainda mais realçados, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizam os propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado.

Assim, nesta fase de cognição sumária, reconhecida a existência de elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano à União, deve ser acolhido o pedido para que a cesse a produção imediata de efeitos da sentença.

Ante o exposto, acolho o pedido e concedo a tutela.

Intim-se.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000309-13.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: MOVICARGA COMERCIO E LOCACAO DE BENS LTDA, MOVICARGA COMERCIO E LOCACAO DE BENS LTDA, CELERE LOGISTICALTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL SIMAO DE OLIVEIRA CARDOSO - SP285793-A, HALLEY HENARES NETO - SP125645-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MOVICARGA COMERCIO E LOCACAO DE BENS LTDA contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança nº 5025186-84.2019.4.03.6100, que deferiu em parte a liminar apenas para suspender a incidência de contribuição previdenciária patronal, RAT e devida a terceiros sobre vale-transporte, serviço médico ou odontológico próprio da empresa ou por ela conveniado da folha de pagamento.

Alega a agravante, em síntese, que a liminar limitou-se a excluir a incidência das contribuições previdenciárias a título de vale transporte, vale alimentação e plano de saúde, que são custeadas pela empresa, as quais legalmente já não incidem contribuição previdenciária, passando à margem da análise acerca da não incidência das contribuições previdenciárias sobre a parcela descontada dos funcionários a título de coparticipação sobre essas mesmas verbas, que não se encaixam no conceito de remuneração salarial.

Pugna pela antecipação de tutela, para que seja determinada a exclusão dos valores retidos pela empresa de seus empregados a título de coparticipação do vale-alimentação, vale-transporte, plano de saúde e previdência privada da folha de salários, para que então seja procedido ao cálculo das contribuições a cargo da empresa e terceiros.

Decido.

A lide posta nos autos versa sobre a interpretação dos conceitos constitucionais de empregador, trabalhador, folha de salários, e demais rendimentos do trabalho, e ganhos habituais, expressos no art. 195, I e II, e art. 201, § 4º, ambos do ordenamento de 1988 (agora, respectivamente, no art. 195, I, “a”, e II, e art. 201, § 11, com as alterações da Emenda 20/1998).

Para se extrair o comando normativo contido em dispositivo da Constituição Federal relativo à Seguridade Social, vários elementos e dados jurídicos devem ser considerados no contexto interpretativo, dentre os quais a lógica o caráter contributivo em vista da igualdade e da solidariedade no financiamento do sistema de seguro estruturado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Para o que importa ao presente recurso, os conceitos constitucionais de empregador, trabalhador, folha de salários, rendimentos do trabalho e ganhos habituais gravitam em torno de pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, inserindo-se no contexto do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Portanto, havendo relação de emprego, é imperioso discutir se os valores pagos se inserem no âmbito constitucional de salário, demais rendimentos do trabalho e ganhos habituais.

Salário é espécie do gênero remuneração paga em decorrência de relação de emprego tecnicamente caracteriza (marcada pela subordinação). O ordenamento constitucional de 1988 emprega sentido amplo de salário, de modo que está exposta à incidência de contribuição tanto o salário propriamente dito quanto os demais ganhos habituais do empregado, pagos a qualquer título (vale dizer, toda remuneração habitual, ainda que em montantes variáveis). Essa amplitude de incidência é manifesta após a edição da Emenda 20/1998, que, introduzindo o art. 195, I, "a", da Constituição, previu contribuições para a seguridade exigidas do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Essa amplitude se verifica também em relação a essa exação exigida do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, em conformidade com o art. 195, II, da Constituição (tanto na redação da Emenda 20/1998 quanto na da Emenda 103/2019).

Além disso, a redação originária do art. 201, § 4º, da Constituição de 1988, repetida no art. 201, § 11 do mesmo ordenamento (com remuneração dada pela Emenda 20/1998), prevê que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, sendo que "Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei."

Portanto, o texto constitucional confiou à União Federal amplo campo de incidência para exercício de sua competência tributária, compreendendo o conjunto das verbas remuneratórias habituais (ou seja, salários e demais ganhos), o que por si só não se traduz em exigência tributária concreta, uma vez que caberá à lei ordinária estabelecer a hipótese de incidência hábil para realizar as necessárias imposições tributárias, excluídas as isenções que a própria legislação estabeleceu.

Porém, nem tudo o que o empregador paga ao empregado pode ser tributado como salário ou rendimento do trabalho, pois há verbas que não estão no campo constitucional de incidência (p. ex., por terem natureza de indenizações), além das eventuais imunidades previstos pelo sistema constitucional.

Atualmente, a conformação normativa da imposição das contribuições patronais para o sistema de seguridade está essencialmente consolidada na Lei 8.212/1991 (notadamente em seu art. 22), muito embora demais diplomas normativos sirvam para a definição e alcance da legislação tributária (art. 109 e art. 110 do CTN), dentre eles os recepcionados arts. 457 e seguintes da CLT, prevendo que a remuneração do empregado compreende o salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber, e demais remunerações. É verdade que o art. 457-A, da CLT (introduzido pela MP 905/2019) estabelece que gorjetas não são receitas do empregador, mas ainda assim estão no conteúdo amplo de salário estabelecido pela lei. 195, I, "a", e II, Constituição para a incidência de contribuições previdenciárias (patronais e do trabalhador).

Para fins trabalhistas (que repercutem na área tributária em razão do contido no art. 110 do CTN), integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. O meio de pagamento da remuneração pode ser dinheiro, alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que o empregador utilizar para retribuir o trabalho do empregado, desde que o faça habitualmente (vedadas as bebidas alcoólicas e demais drogas).

Embora pessoalmente admita a possibilidade de de natureza jurídica de certas verbas não estarem inseridas no conceito de salário em sentido estrito, estaremos diante de verba salarial em sentido amplo quando se tratar de pagamentos habituais decorrentes da relação de emprego, abrangido pelo art. 195 e pelo art. 201 da Constituição (nesse caso, desde sua redação originária) para a imposição de contribuições previdenciárias. E tudo o que foi dito em relação à incidência de contribuição previdenciária se aplica ao adicional dessa mesma exação calculado pelo segundo o regramento do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e dos Riscos Ambientais de Trabalho (RAT).

À evidência, não há que se falar em exercício de competência residual, expressa no § 4º do art. 195, da Constituição, já que a exação em tela encontra conformação na competência originária constante desde a redação originária do art. 195, I, e do art. 201, ambos do texto de 1988 (não alterados nesse particular pela Emenda 20/1998 ou pela Emenda 103/2019).

O E. STF, no RE 565160, Pleno, v.u., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/03/2017, firmou a seguinte Tese no Tema 20: "A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 20/1998". Nesse RE 565160, o Pretório Excelso cuidou da incidência de contribuição previdenciária sobre adicionais (de periculosidade e insalubridade), gorjetas, prêmios, adicionais noturnos, ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário recebido), comissões e quaisquer outras parcelas pagas habitualmente (ainda que em unidades), previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que concedidas por liberalidade do empregador não integrantes na definição de salário, afirmando o sentido amplo de salário e de rendimento do trabalho.

Por sua vez, o art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991 traz rol de situações nas quais a contribuição ora em tela não é exigida, contudo, sem apresentar rigoroso critério distintivo de hipóteses de não incidência (p. ex., por se tratar de pagamento com natureza indenizatória) ou de casos de isenção (favor fiscal). Por óbvio, o efeito prático de verba expressamente indicada nesse preceito legal é a desoneração tributária, o que resulta na ausência de interesse de agir (salvo se, ainda assim, o ente estatal resistir à legítima pretensão do contribuinte).

É verdade que o total das remunerações pagas pelo empregador está sujeita não só a contribuições previdenciárias mas também a outras incidências escoradas em fundamentos constitucionais e legais diversos. A esse respeito, emergem contribuições sociais gerais (tais como salário-educação) e também contribuições de intervenção no domínio econômico (como a exação devida ao SEBRAE), denominadas resumidamente como contribuições "devidas a terceiros" ou ainda ao "Sistema S".

Embora cada uma dessas imposições tributárias tenha autonomia normativa, todas estão na competência tributária da União Federal, que as unificou para fins de delimitação da base tributável. Além de previsões específicas (p. ex., na Lei 2.613/1955, na Lei 9.424/1996 e na Lei 9.766/1999), essa unificação está clara na Lei 11.457/2007 e em atos normativos da administração tributária (notadamente no art. 109 da IN RFB 971/2009, com alterações e inclusões, em especial pela IN RFB 1.071/2010), razão pela qual as conclusões aplicáveis às contribuições previdenciárias também são extensíveis às exações "devidas a terceiros" ou "Sistema S".

No caso dos autos, discute-se a inclusão de valores descontados dos empregados a título de vale-alimentação, vale-transporte, plano de saúde e previdência privada no conceito constitucional e legal de remuneração para fins de exigência de contribuição previdenciária patronal e de exações devidas a terceiros sobre a folha de pagamentos.

Pois bem, a parcela paga pelo empregador, de fato, não integra a base de cálculo das contribuições incidentes sobre a folha de pagamentos, nos moldes do art. 28, §9º, "c", "f" e "q", da Lei nº 8.212/1991.

Contudo, por ausência de previsão legal, a parcela custeada pelo empregado não pode ser excluída da contribuição patronal (bem como das demais incidências do empregador sobre a mesma base) ou da contribuição previdenciária do empregado, porque nitidamente integra o salário ou ganho do trabalho recebido.

Isso porque a parte do empregado é "descontada" do salário, não representando encargo adicional à folha de pagamento do empregador; ou seja, o montante do salário juridicamente ao qual o trabalhador tem direito não se altera porque há "descontos" correspondentes às suas obrigações assumidas, do mesmo modo que o *plus* que "recebe" (na proporção arcada pelo empregador) está desonerada de contribuição por previsão expressa em lei.

Portanto, os descontos realizados na remuneração dos empregados constituem ônus que são suportados pelos próprios funcionários. E, tratando-se de despesas suportadas pelo empregado, não possuem qualquer natureza indenizatória que possa levar a exclusão da base de cálculo das exações, inexistindo isenção prevista em lei, mesmo porque o art. 28, §9º, "q", da Lei nº 8.212/1991 deve ser interpretado conforme dispõe o art. 111 do CTN.

Nesse sentido, vejo correto o entendimento exposto na Solução de Consulta nº 4/2019 – Cosit acerca dos valores descontados dos empregados a título de auxílio-alimentação, aplicável, por extensão, aos demais descontos que ora são debatidos, cuja ementa é a seguinte:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. VALOR DESCONTADO DO TRABALHADOR. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

O valor descontado do trabalhador referente ao auxílio-alimentação fez parte de sua remuneração e não pode ser excluído da base de cálculo das contribuições previdenciárias, independentemente do tratamento dado à parcela suportada pela empresa.

Dispositivos Legais: art. 458 da CLT; arts. 2º e 6º do Decreto nº 5, de 1991; art. 504 da IN RFB nº 971, de 2009."

Pelo acima exposto, concluo que o montante da remuneração paga pelo empregador (já incluídos os valores devidos pelo empregado) juridicamente compõe a base de cálculo da contribuição patronal devida ao INSS, bem como das contribuições devidas a terceiros incidentes sobre a folha de pagamentos.

Assim, não há, até o momento, elementos suficientes para a concessão da medida pleiteada, que se revela prematura.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação de tutela

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017381-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: COBRAZILS/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por COBRAZILS/A contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança nº 5007632-05.2020.4.03.6100, que indeferiu o pedido liminar.

Alega a agravante, em síntese, que que tanto o ICMS quanto o ISS são tributos incluídos na composição dos preços de mercadorias e serviços e funcionam meramente como mediadores do repasse dessa exação aos cofres públicos, uma vez que os valores dos impostos arrecadados não se incorporam ao patrimônio dos contribuintes. Assim, o valor do ISS não compõe receita ou faturamento (parcela percebida com o valor do negócio jurídico efetivado) para fins de composição da base de cálculo da CPRB.

Pugna pela antecipação de tutela, para que seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, no que concerne à exclusão dos valores apurados à título de ISS da base de cálculo da CPRB, a partir do fato gerador de abril/2020 e seguintes.

Decido.

Tratando de contribuições para a seguridade social devidas por empregadores, a redação originária do art. 195, I, da Constituição previu como campos de incidência (a) folha de salários, (b) faturamento e (c) lucro, cada qual ensejando o exercício da competência tributária própria por parte da União Federal. Com a Emenda 20/1998, houve ampliação desses campos de incidência para permitir que lei ordinária exija contribuições sociais para a seguridade (devidas por empregadores, empresas e entidades a ela equiparada) sobre (a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho (pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício), (b) receita ou faturamento, e (c) lucro.

Nesse contexto, há um conjunto de leis federais impondo contribuições para a seguridade, dentre elas Lei 8.212/1991 (tratando notadamente da incidência sobre folha de salários e demais rendimentos), Lei 9.718/1998, Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003 (todas cuidando de PIS e de COFINS cobrados sobre receita bruta, ajustando redações iniciais da Lei Complementar 07/1970 e da Lei Complementar 70/1991 que tratavam de faturamento) e Lei 7.689/1998 (normatizando a exigência sobre lucro, a CSLL).

Note-se que o art. 195, § 13 da Constituição (incluído pela Emenda 42/2003), previu que lei ordinária faça substituição gradual (total ou parcial) da contribuição incidente sobre (a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pela exigida sobre (b) receita ou faturamento, observadas as disposições do § 12 desse mesmo dispositivo constitucional. Nesse contexto, emergem as disposições do art. 7º, art. 8º e art. 9º, todos da Lei 12.546/2011 (com alterações), que, escolhidos pelas modificações da Emenda 42/2003, previram contribuição ao INSS apurada sobre a receita bruta (CPRB) de determinados segmentos, em substituição às contribuições previdenciárias patronais calculadas sobre remunerações e demais verbas pagas (conforme Lei 8.212/1991).

Por óbvio que essa substituição de (a) folha/rendimentos (fundamentadas no art. 195, I, "a", da ordem de 1988) para (b) receita/faturamento não impede a manutenção da COFINS e do PIS (determinadas com base no art. 195, I, "b", da Constituição), que podem ser cobrados concomitantemente com a CPRB (viabilizadas pelo art. 195, I, "b" e § 13, do diploma constitucional de 1988). Ocorre que essas três modalidades de contribuições para a seguridade têm em comum, atualmente, previsões legais para serem exigidas sobre receita bruta de contribuintes, aspecto que ensejou e ainda enseja múltiplas discussões judiciais.

A esse respeito, friso que o art. 195, I, "b", da Constituição permite a imposição de contribuições para a seguridade sobre "a receita ou o faturamento", logo, autorizando que lei ordinária cobre essa modalidade tributária apenas sobre receita (seja ela bruta e/ou líquida, operacional e/ou não operacional etc.), apenas sobre o faturamento, ou faça combinações sempre dentro do campo material de incidência disponibilizado pelo Constituinte à competência tributária da União Federal. Em outras palavras, o art. 195, I, "b", da Constituição, não restringiu a imposição apenas a receita líquida ou a receita operacional, muito menos a lucro, havendo permissão constitucional para a tributação da "receita total" (operacional e não operacional, sem dedução de tributos sobre elas incidentes).

"Receita" é termo jurídico que comporta a maior grandeza material dos conceitos úteis ao problema dos autos, identificando-se com todas as entradas de valores em conta de resultados, decorrentes de atividades operacionais ou não operacionais de um empreendimento (antes de deduzir quaisquer custos ou despesas). Verbas que entram no ativo de empresas mas que não transiram por conta de resultados (p. ex., empréstimos tomados) não representam receitas, mas entradas de numerários, bens etc., que transitam por conta de resultados (na qual são apurados lucros/prejuízos) constituem receita. Dentro da receita está o faturamento (parcela de receita decorrente do objeto principal da empresa, mas também sem dedução de custos ou despesas) e, claro, eventual lucro líquido (diferença positiva ou ganho na atividade operacional ou não operacional, após deduzidos custos ou despesas correspondentes).

Há diversos outros conceitos que gravitam nesse contexto (p. ex., lucro bruto, lucro operacional, lucro real etc.), mas para este feito importa diferenciar receita bruta e receita líquida. O termo "receita bruta" é bastante abrangente, alcançando valores recebidos pela venda de bens e/ou de serviços em operações em geral (de conta própria e de conta alheia), incluindo todas as demais receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica. Já "receita líquida" é e sempre foi a receita bruta diminuída de alguns valores tais como vendas canceladas, descontos incondicionais e tributos incidentes diretamente sobre essas atividades.

Tanto "receita bruta" quanto "receita líquida" são conexas ao conceito jurídico de "receita" (que contempla entradas operacionais e não operacionais), mas a distinção elementar está na inexistência de diminuições em se tratando da "bruta", o que há no caso da "líquida". Todos esses conceitos estão presentes há décadas na experiência contábil/empresarial, e na legislação tributária (especialmente no DL 1.598/1977), não obstante intermináveis e sucessivas batalhas judiciais múltiplas questionando a inclusão de verbas no significado de receita bruta e de faturamento.

Reconheço que a tributação de "receita" ao invés de "lucro" pode onerar tanto atividades econômicas superavitárias e quanto deficitárias, mas essa possibilidade está escorada no art. 195, I, "b", da Constituição. Contudo, a tributação apenas após a dedução de custos e despesas (incluindo as tributárias) potencialmente reduziria todas as bases de cálculo ao lucro (bruto, operacional, líquido etc.), em detrimento dos campos de incidência positivados na Constituição e nas leis de regência.

É relevante ainda lembrar que o preço de bens e de serviços, em regra, corresponde ao custo total de produção (incluindo todas as gastos e despesas, até mesmo não operacionais) acrescido de potencial margem de lucro, embora o montante final recebido também esteja sujeito a variáveis de mercado. Portanto, todos os tributos exigidos de empresas são, em princípio, repassados no preço cobrado por seus bens e serviços (ainda mais em se tratando da expressiva carga tributária brasileira), razão pela qual a receita bruta apurada pelo recebimento desses preços incluiu esses tributos.

Se de um lado é verdade que "empresas não vendem tributos" (logo, nenhum tributo poderia compor o faturamento ou a receita bruta porque são "verbas de passagem" pelos registros de empresas), por outro lado é também verdade que, pela lógica da economia de mercado, seus preços incorporam muitas outras "verbas de passagem" (inclusive trabalhistas, que têm preferência em relação às tributárias). Assim, o fato de determinada verba (que integra o preço) estar comprometida legalmente com terceiros não legitima, pura e simplesmente, a exclusão do conceito jurídico de receita bruta.

Fosse o caso de exações destacadas do preço (IPI) ou exigidas na figura de substituição tributária (para frente ou para trás, na qual a empresa não é contribuinte, mas depositária na figura de responsável), seria forte a argumentação que essas exações não integram a receita bruta porque não deveriam transitar por conta de resultados do empreendimento. Mas pela conformação do campo de incidência e pelas legislações de regência, tributos (diretos ou indiretos, reais ou pessoais etc.) que compõem o preço de bens e de serviços são integrantes do significado jurídico de receita bruta tributável por contribuições para a seguridade escoradas no art. 195, I, "b", da Constituição.

Sem inovar mas explicitando o que há tempos consta no sistema jurídico brasileiro (provavelmente em razão da inesgotável celeuma da matéria), o art. 2º da Lei 12.973/2014 (com vigência a partir de 1º/01/2015), de nova redação ao art. 12 do DL 1.598/1977 para prever, no § 4º, que na receita bruta não se incluem tributos não-cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário. E, no art. 12, § 5º desse DL 1.598/1977 (também por força de esclarecimentos da Lei 12.973/2014), consta que na receita bruta devem ser incluídos tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o art. 183, VIII, da Lei 6.404/1976 (com operações e observações que faz). Embora ilustrativas e para aprofundar o uso sistemático desses termos jurídicos, as disposições do art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 (na redação do art. 2º da Lei 12.973/2014) são destinadas à apuração do IRPJ e da CSLL, de modo que não são obrigatoriamente extensíveis à apuração da contribuição ao INSS, que possui previsão expressa e específica na Lei 12.546/2011 (que obviamente deve prevalecer em relação àquela destinada a outras exações).

Enfim, porque o art. 195, I, "b", da Constituição autoriza a imposição de contribuições para a seguridade sobre "receita" ou "faturamento", é o legislador ordinário a autoridade competente para indicar sobre o que será exigido o tributo, bem como para permitir exclusões da base tributável. Valendo-se desse juízo discricionário, há várias previsões fazendo exclusões da base de cálculo do PIS e do COFINS, dentre as quais art. 3º da Lei 9.718/1998, art. 1º da Lei 10.637/2002, e art. 1º da Lei 10.833/2003. No art. 9º, § 7º, III e IV da Lei 12.546/2011 (na redação da Lei 12.715/2012) consta que, para efeito da determinação da base de cálculo da CPRB, não devem ser incluídos na receita bruta o IPI e o ICMS (nesse caso, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário). Em suma, ante a legislação de regência combatida, tributos que a empresa recebe no preço cobrado por seus bens e serviços são integrantes da receita sobre a qual são exigidas contribuições para a seguridade.

O problema posto nos autos é antigo ao ponto de, em situações semelhantes a ora judicializada, a jurisprudência inicialmente ter se consolidado desfavoravelmente aos contribuintes, como se pode notar pela Súmula 258 do extinto E.TFR, segundo a qual "Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM". No mesmo sentido, note-se a Súmula 68, do E.STJ: "A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS.". Também no E.STJ, a Súmula 94: "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.". Tempos atrás, mesmo na ordem constitucional de 1988, o E.STF entendia que o tema em questão cuidava de matéria infraconstitucional, de maneira que não admitia analisar a matéria, como se pode notar no AI-AgR 510241/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, v.u., DJ de 09/12/2005, p. 019. Por sua vez, o E.STJ reiteradamente vinha afirmando que o ICMS estava na base de cálculo do PIS e da COFINS (em julgados que apresentam argumentos semelhantes aos presentes), tal como se vê no REsp 505172/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, v.u., DJ de 30/10/2006, p. 262.

Assim, a jurisprudência consolidada apontava no sentido da possibilidade de os conceitos de faturamento e de receita bruta incluírem tributos incidentes nas vendas de bens e de serviços que geram receita (à evidência, independentemente da emissão da “fatura”, ou seja, incluindo também as vendas à vista), sem ofensa ao conceito de “faturamento” ou de “receitas”, nos termos do art. 195, I, “b”, da Constituição, e do art. 110 do CTN.

Ocorre que o E.STF mudou a orientação jurisprudencial ao julgar o **RE 574.706/PR, Pleno, mv., Relª. Mirª. Cármen Lúcia, com repercussão geral**, j. 15/03/2017, DJe-223 de 29/09/2017 (pub. 02/10/2017), assentando:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.
3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”.

Nesse RE 574.706/PR, o E.STF firmou entendimento de que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte (uma vez que não é faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual) e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições (destinadas ao financiamento da seguridade social), mesmo porque o ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, tendo sido firmada a seguinte Tese no Tema 69: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

É verdade que está pendente no E.STF o Tema 1048, que trata justamente da inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB, mas pelo teor da *ratio decidendi* da Tese firmada no Tema 69 pelo E.STF no RE 574706, creio que o ICMS não mais deverá integrar a base de contribuição calculada sobre a receita bruta, seja COFINS, PIS ou CPRB. Anote-se que, nos REspS 1.638.772/SC, 1.624.297/RS e 1.629.001/SC, o E.STJ firmou a seguinte Tese no Tema 994: “Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011.”

Cumpra ainda anotar que, pela mecânica da não-cumulatividade aplicada à apuração do ICMS, nas transações entre vendedor-comprador de mercadorias, esse tributo estadual é calculado sobre o valor total da operação, gerando créditos na entrada de produtos (compra) e débitos na saída (venda). Esses montantes de crédito e de débito são levados à apuração periódica do ICMS: se houver saldo credor (créditos maiores débitos), o mesmo pode ser compensado em períodos de apuração subsequentes; se houver saldo devedor (débitos maiores que créditos), o ICMS apurado deverá ser recolhimento ao Estado-Membro (se houver saldo devedor).

Por essa objetiva descrição, nota-se que o ICMS a ser excluído da base de cálculo de contribuições para a seguridade social é o destacado na nota fiscal ou documento de venda, por ser esse o valor que integra o preço de venda e, conseqüentemente, a receita bruta tributável pelas exações federais, e não o eventual saldo devedor apurado pela empresa contribuinte para recolhimento aos cofres estaduais. Do contrário, é possível que a receita bruta tributável pela contribuição federal tenha montante maior de ICMS nela incluído (valor destacado) do que dela excluído (valor recolhido), hipótese na qual remanesceria a inconstitucionalidade declarada pelo E.STF. Em outras palavras, o montante do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições federais deve ter a exata extensão do que consta na receita bruta da empresa que apura essas exações federais (nem mais e nem menos).

Indo adiante, ocorre que o sistema de precedentes do direito brasileiro não permite a automática extensão da *ratio decidendi* para todos os tributos que integram a receita bruta. Não só inexistente exigência jurídica a esse respeito, como também é possível que surjam peculiaridades que, escoradas no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, justifiquem o *distinguishing*, ou até mesmo o *overruling*.

Porém, o E.STF tem se manifestado pela similaridade do problema posto nestes autos com o decidido no RE 574.706-RG (Tema 69), mas não há pronunciamento categórico do Pretório Excelso sobre a extensão desse julgado para excluir todos os tributos do conceito jurídico de receita bruta para a exigência de contribuições para a seguridade escoradas no art. 195, I, “b”, da Constituição. A esse propósito, note-se o decidido no RE 1.082.684/RS, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 19, de 1º/02/2018, bem como no RE 1.103.041/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22, de 06/02/2018, e no RE 1.087.468/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 56, de 21/03/2018.

Desse modo, creio que os fundamentos lançados na referida decisão são extensíveis ao ISS em relação a contribuições para seguridade da União, porque ambos possuem natureza jurídica de imposto, vale dizer, independem de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. Não vejo elementos jurídicos que possam alterar essa semelhança no que concerne à composição da base de cálculo da CPRB, notadamente a não-cumulatividade do ICMS ou a arrecadação para entes estatais distintos.

Sobre os efeitos no tempo do reconhecimento da inconstitucionalidade (com ou sem redução do texto), em regra o ato normativo deve deixar o *legítimo* sistema jurídico com efeitos *ex tunc*, mesmo porque se trata de nulidade absoluta do ato impugnado (por violação à supremacia da Constituição). Embora a Lei 9.868/1999 e a Lei 9.882/1999 (tratando do controle concentrado) tenham disposto sobre modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o E.STF também assim tem procedido em casos de controle difuso (mesmo porque há uma visível abstratização desse controle concreto, notadamente em casos de decisões em recursos com repercussão geral).

É verdade que, por ausência de pedido nesse sentido (que teria sido formulada pela Procuradoria da Fazenda Nacional apenas na tribuna do Pleno quando do julgamento do RE 574.706), o E.STF não analisou a modulação de efeitos quando firmou o Tema 69, embora tal seja possível em embargos de declaração pendentes de aquela C. Corte, ou ainda quando do julgamento de outra ação ou recurso. Enquanto o E.STF não julga esses embargos de declaração, não há amparo legal para sobrestar a transição deste presente recurso por este E.TRF, embora seja certo que o superveniente pronunciamento do Pretório Excelso deverá ser obrigatoriamente observado por todas as instâncias judiciais (art. 927, III, do Código de Processo Civil).

Dito isso, em meu entendimento, não obstante a regra seja o efeito *ex tunc*, há diversos fatores que levam à aplicação do efeito *ex nunc*. A modulação de efeitos é construída a partir da segurança jurídica, de modo que, por décadas, havia jurisprudência sedimentada no sentido de inclusão do ICMS e demais tributos na base de cálculo de contribuições para a seguridade (consoante acima afirmado). Reconheço que, em 08/10/2014, o E.STF sinalizou mudança de entendimento ao julgar o RE 240785/MG (todavia, sem repercussão geral), mas até a conclusão do RE 574.706 e da Tese 69, em 15/03/2017, a firme orientação jurisprudencial era no sentido de inclusão do ICMS nas bases de cálculo de tributos. Logo, não havia indicação estatal digna de proteção pela confiança legítima de contribuintes, razão pela qual conferir efeitos *ex tunc* ao decidido no RE 574.706 e no Tema 69 agride a segurança jurídica, a igualdade tributária e a competitividade entre contribuintes.

Não obstante, a despeito de meu convencimento pessoal, este C.TRF tem entendimento no sentido da aplicação de efeito *ex tunc* ao decidido pelo E.STF no RE 574.706 e no Tema 69, razão pela qual curvou-me a este Colegiado em favor da pacificação dos litígios e da unificação do direito, sem prejuízo na necessária adaptação ao que resultar do julgamento dos mencionados embargos de declaração pendentes no Pretório Excelso (art. 927, III, do Código de Processo Civil).

Ante o exposto, **DEFIRO** o pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, como o finsuspenda a exigibilidade da inclusão do ISS da base de cálculo da CPRB no caso dos autos.

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017803-85.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO

AGRAVANTE: SANTISTA WORK SOLUTION S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCOS VINICIUS PASSARELLI PRADO - SP154632-A, PAULO DE FIGUEIREDO FERRAZ PEREIRA LEITE - SP317575-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SANTISTA WORK SOLUTION S.A. contra decisão proferida nos autos do mandado de segurança nº 5010342-95.2020.4.03.6100, que deferiu o pedido liminar apenas para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente aos valores correspondentes ao ICMS destacado incluído na base de cálculo da CPRB, olvidando-se de parte do pedido, qual seja a exclusão dos débitos apurados de PIS e COFINS na base de cálculo da CPRB.

Alega a agravante, em síntese, que os valores destacados nos documentos fiscais da agravante, a título de PIS e COFINS, não configuram receita/faturamento, mas mera entrada contábil que não lhe integra o patrimônio – tanto é assim que os valores são devidamente recolhidos pela Agravante aos cofres públicos, devendo ser aplicado para tanto o conceito de definitividade da receita com base no entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 574.706/PR.

Pugna pela antecipação de tutela, para que seja determinada a imediata suspensão da exigência da inclusão do PIS e COFINS na base de cálculo da CPRB.

Verifico que, no âmbito da estreita cognição deste recurso, a decisão agravada revela-se correta, não havendo elementos seguros para conceder a antecipação de tutela pretendida.

Decido.

Tratando de contribuições para a seguridade social devidas por empregadores, a redação originária do art. 195, I, da Constituição previu como campos de incidência (a) folha de salários, (b) faturamento e (c) lucro, cada qual ensejando o exercício da competência tributária própria por parte da União Federal. Com a Emenda 20/1998, houve ampliação desses campos de incidência para permitir que lei ordinária exija contribuições sociais para a seguridade (devidas por empregadores, empresas e entidades a ela equiparada) sobre (a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho (pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício), (b) receita ou faturamento, e (c) lucro.

Nesse contexto, há um conjunto de leis federais impondo contribuições para a seguridade, dentre elas Lei 8.212/1991 (tratando notadamente da incidência sobre folha de salários e demais rendimentos), Lei 9.718/1998, Lei 10.637/2002 e Lei 10.833/2003 (todas cuidando de PIS e de COFINS cobrados sobre receita bruta, ajustando redações iniciais da Lei Complementar 07/1970 e da Lei Complementar 70/1991 que tratavam de faturamento) e Lei 7.689/1998 (normatizando a exigência sobre lucro, a CSLL).

Note-se que o art. 195, § 13 da Constituição (incluído pela Emenda 42/2003), previu que lei ordinária faça substituição gradual (total ou parcial) da contribuição incidente sobre (a) folha de salários e demais rendimentos do trabalho pela exigida sobre (b) receita ou faturamento, observadas as disposições do § 12 desse mesmo dispositivo constitucional. Nesse contexto, emergem disposições do art. 7º, art. 8º e art. 9º, todos da Lei 12.546/2011 (com alterações), que, esvaziadas pelas modificações da Emenda 42/2003, previram contribuição ao INSS apurada sobre a receita bruta (CPRB) de determinados segmentos, em substituição às contribuições previdenciárias patronais calculadas sobre remunerações e demais verbas pagas (conforme Lei 8.212/1991).

Por óbvio que essa substituição de (a) folha/rendimentos (fundamentadas no art. 195, I, “a”, da ordem de 1988) para (b) receita/faturamento não impede a manutenção da COFINS e do PIS (determinadas com base no art. 195, I, “b”, da Constituição), que podem ser cobrados concomitantemente com a CPRB (viabilizadas pelo art. 195, I, “b” e §13, do diploma constitucional de 1988). Ocorre que essas três modalidades de contribuições para a seguridade têm em comum, atualmente, previsões legais para serem exigidas sobre receita bruta de contribuintes, aspecto que ensejou e ainda enseja múltiplas discussões judiciais.

A esse respeito, friso que o art. 195, I, “b”, da Constituição permite a imposição de contribuições para a seguridade sobre “a receita ou o faturamento”, logo, autorizando que lei ordinária cobre essa modalidade tributária apenas sobre receita (seja ela bruta e/ou líquida, operacional e/ou não operacional etc.), apenas sobre o faturamento, ou faça combinações sempre dentro do campo material de incidência disponibilizado pelo Constituinte à competência tributária da União Federal. Em outras palavras, o art. 195, I, “b”, da Constituição, não restringiu a imposição apenas a receita líquida ou a receita operacional, muito menos a lucro, havendo permissão constitucional para a tributação da “receita total” (operacional e não operacional, sem dedução de tributos sobre elas incidentes).

“Receita” é termo jurídico que comporta a maior grandeza material dos conceitos úteis ao problema dos autos, identificando-se com todas as entradas de valores em conta de resultados, decorrentes de atividades operacionais ou não operacionais de um empreendimento (antes de deduzir quaisquer custos ou despesas). Verbas que entram no ativo de empresas mas que não transitam por conta de resultados (p. ex., empréstimos tomados) não representam receitas, mas entradas de numerários, bens etc., que transitam por conta de resultados (na qual são apurados lucros/prejuízos) constituem receita. Dentro da receita está o faturamento (parcela de receita decorrente do objeto principal da empresa, mas também sem dedução de custos ou despesas) e, claro, eventual lucro líquido (diferença positiva ou ganho na atividade operacional ou não operacional, após deduzidos custos ou despesas correspondentes).

Há diversos outros conceitos que gravitam nesse contexto (p. ex., lucro bruto, lucro operacional, lucro real etc.), mas para este feito importa diferenciar receita bruta e receita líquida. O termo “receita bruta” é bastante abrangente, alcançando valores recebidos pela venda de bens e/ou de serviços em operações em geral (de conta própria e de conta alheia), incluindo todas as demais receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica. Já “receita líquida” é e sempre foi a receita bruta diminuída de alguns valores tais como vendas canceladas, descontos incondicionais e tributos incidentes diretamente sobre essas atividades.

Tanto “receita bruta” quanto “receita líquida” são conexas ao conceito jurídico de “receita” (que contempla entradas operacionais e não operacionais), mas a distinção elementar está na inexistência de diminuições em se tratando da “bruta”, o que há no caso da “líquida”. Todos esses conceitos estão presentes há décadas na experiência contábil/empresarial, e na legislação tributária (especialmente no DL 1.598/1977), não obstante intermináveis e sucessivas batalhas judiciais múltiplas questionando a inclusão de verbas no significado de receita bruta e de faturamento.

Reconheço que a tributação de “receita” ao invés de “lucro” pode onerar tanto atividades econômicas superavitárias e quanto deficitárias, mas essa possibilidade está escorada no art. 195, I, “b”, da Constituição. Contudo, a tributação apenas após a dedução de custos e despesas (incluindo as tributárias) potencialmente reduziria todas as bases de cálculo ao lucro (bruto, operacional, líquido etc.), em detrimento dos campos de incidência positivados na Constituição e nas leis de regência.

É relevante ainda lembrar que o preço de bens e de serviços, em regra, corresponde ao custo total de produção (incluindo todas os gastos e despesas, até mesmo não operacionais) acrescido de potencial margem de lucro, embora o montante final recebido também esteja sujeito a variáveis de mercado. Portanto, todos os tributos exigidos de empresas são, em princípio, repassados no preço cobrado por seus bens e serviços (ainda mais em se tratando da expressiva carga tributária brasileira), razão pela qual a receita bruta apurada pelo recebimento desses preços incluiu esses tributos.

Se de um lado é verdade que “empresas não vendem tributos” (logo, nenhum tributo poderia compor o faturamento ou a receita bruta porque são “verbas de passagem” pelos registros de empresas), por outro lado é também verdade que, pela lógica da economia de mercado, seus preços incorporam muitas outras “verbas de passagem” (inclusive trabalhistas, que têm preferência em relação às tributárias). Assim, o fato de determinada verba (que integra o preço) estar comprometida legalmente com terceiros não legitima, pura e simplesmente, a exclusão do conceito jurídico de receita bruta.

Fosse o caso de exações destacadas do preço (IPI) ou exigidos na figura de substituição tributária (para frente ou para trás, na qual a empresa não é contribuinte, mas depositária na figura de responsável), seria forte a argumentação que essas exações não integram a receita bruta porque não deveriam transitar por conta de resultados do empreendimento. Mas pela conformação do campo de incidência e pelas legislações de regência, tributos (diretos ou indiretos, reais ou pessoais etc.) que compõem o preço de bens e de serviços são integrantes do significado jurídico de receita bruta tributável por contribuições para a seguridade escoradas no art. 195, I, “b”, da Constituição.

Sem inovar mas explicitando o que há tempos consta no sistema jurídico brasileiro (provavelmente em razão da inesgotável celeuma da matéria), o art. 2º da Lei 12.973/2014 (com vigência a partir de 1º/01/2015), deu nova redação ao art. 12 do DL 1.598/1977 para prever, no § 4º, que na receita bruta não se incluem tributos não-cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário. E, no art. 12, §5º desse DL 1.598/1977 (também por força de esclarecimentos da Lei 12.973/2014), consta que na receita bruta devem ser incluídos tributos sobre ela incidentes e valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o art. 183, VIII, da Lei 6.404/1976 (com operações e observações que faz). Embora ilustrativas e para afixar o uso sistemático desses termos jurídicos, as disposições do art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 (na redação do art. 2º da Lei 12.973/2014) são destinadas à apuração do IRPJ e da CSLL, de modo que não são obrigatoriamente extensíveis à apuração da contribuição ao INSS, que possui previsão expressa e específica na Lei 12.546/2011 (que obviamente deve prevalecer em relação àquela destinada a outras exações).

Enfim, porque o art. 195, I, “b”, da Constituição autoriza a imposição de contribuições para a seguridade sobre “receita” ou “faturamento”, é o legislador ordinário a autoridade competente para indicar sobre o que será exigido o tributo, bem como para permitir exclusões da base tributável. Valendo-se desse juízo discricionário, há várias previsões fazendo exclusões da base de cálculo do PIS e do COFINS, dentre as quais art. 3º da Lei 9.718/1998, art. 1º da Lei 10.637/2002, e art. 1º da Lei 10.833/2003. No art. 9º, § 7º, III e IV da Lei 12.546/2011 (na redação da Lei 12.715/2012) consta que, para efeito da determinação da base de cálculo da CPRB, não devem ser incluídos na receita bruta o IPI e o ICMS (nesse caso, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário). Em suma, ante a legislação de regência combatida, tributos que a empresa recebe no preço cobrado por seus bens e serviços são integrantes da receita sobre a qual são exigidas contribuições para a seguridade.

O problema posto nos autos é antigo ao ponto de, em situações semelhantes a ora judicializada, a jurisprudência inicialmente ter se consolidado desfavoravelmente aos contribuintes, como se pode notar pela Súmula 258 do extinto E.TFR, segundo a qual “*Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM*”. No mesmo sentido, note-se a Súmula 68, do E.STJ: “*A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS*”. Também no E.STJ, a Súmula 94: “*A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL*”. Tempos atrás, mesmo na ordem constitucional de 1988, o E.STF entendeu que o tema em questão cuidava de matéria infraconstitucional, de maneira que não admitia analisar a matéria, como se pode notar no AI-AgR 510241/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, v.u., DJ de 09/12/2005, p. 019. Por sua vez, o E.STJ reiteradamente vinha afirmando que o ICMS estava na base de cálculo do PIS e da COFINS (em julgados que apresentam argumentos semelhantes aos presentes), tal como se vê no REsp 505172/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, v.u., DJ de 30/10/2006, p. 262.

Assim, a jurisprudência consolidada apontava no sentido da possibilidade de os conceitos de faturamento e de receita bruta incluírem tributos incidentes nas vendas de bens e de serviços que geram receita (à evidência, independentemente da emissão da “fatura”, ou seja, incluindo também as vendas à vista), sem ofensa ao conceito de “faturamento” ou de “receitas”, nos termos do art. 195, I, “b”, da Constituição, e do art. 110 do CTN.

Ocorre que o E.STF mudou a orientação jurisprudencial ao julgar o RE 574.706/PR, Pleno, m.v., ReP. Min. Cármen Lúcia, com repercussão geral, j. 15/03/2017, DJe-223 de 29/09/2017 (pub. 02/10/2017), assimmentado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atender ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS”.

Nesse RE 574.706/PR, o E.STF firmou entendimento de que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte (uma vez que não é faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual) e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições (destinadas ao financiamento da seguridade social), mesmo porque o ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas nas Constituição, tendo sido firmada a seguinte Tese no Tema 69: “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

É verdade que está pendente no E.STF o Tema 1048, que trata justamente da inclusão do ICMS na base de cálculo da CPRB, mas pelo teor da *ratio decidendi* da Tese firmada no Tema 69 pelo E.STF no RE 574706, creio que o ICMS não mais deverá integrar a base de contribuição calculada sobre a receita bruta, seja COFINS, PIS ou CPRB. Anote-se que, nos REsp 1.638.772/SC, 1.624.297/RS e 1.629.001/SC, o E.STJ firmou a seguinte Tese no Tema 994: “Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, instituída pela Medida Provisória n. 540/2011, convertida na Lei n. 12.546/2011.”

Cumpra ainda anotar que, pela mecânica da não-cumulatividade aplicada à apuração do ICMS, nas transações entre vendedor-comprador de mercadorias, esse tributo estadual é calculado sobre o valor total da operação, gerando créditos na entrada de produtos (compra) e débitos na saída (venda). Esses montantes de crédito e de débito são levados à apuração periódica do ICMS: se houver saldo credor (créditos maiores débitos), o mesmo pode ser compensado em períodos de apuração subsequentes; se houver saldo devedor (débitos maiores que créditos), o ICMS apurado deverá ser recolhimento ao Estado-Membro (se houver saldo devedor).

Por essa objetiva descrição, nota-se que o ICMS a ser excluído da base de cálculo de contribuições para a seguridade social é o destacado na nota fiscal ou documento de venda, por ser esse o valor que integra o preço de venda e, conseqüentemente, a receita bruta tributável pelas exações federais, e não o eventual saldo devedor apurado pela empresa contribuinte para recolhimento aos cofres estaduais. Do contrário, é possível que a receita bruta tributável pela contribuição federal tenha montante maior de ICMS nela incluído (valor destacado) do que dela excluído (valor recolhido), hipótese na qual remanesceria a inconstitucionalidade declarada pelo E.STF. Em outras palavras, o montante do ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições federais deve ter a exata extensão do que consta na receita bruta da empresa que apura essas exações federais (nem mais e nem menos).

Contudo, no caso de COFINS e de PIS na base de apuração de CPRB (e também em se tratando do “cálculo por dentro” dessa última), note-se que todas essas exações têm natureza de contribuição tributária destinada à mesma seguridade da União Federal, razão pela qual a circunstância jurídica de uma integrar a base de cálculo de outra pode ser compreendida como um *plus* no financiamento solidário da sociedade. A propósito, está consolidado na jurisprudência do E.STF (p. ex., RE 582.461, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ de 18/08/2011) e do E.STJ (p. ex., REsp 1144469/PR Recurso Especial 2009/0112414-2, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 10/08/2016, DJe 02/12/2016) a possibilidade de tributo incidir sobre tributo nos denominados “cálculos por dentro” (não obstante se tratar de um único tributo), situação assemelhada quando se trata de contribuição para a seguridade da União incidindo sobre outra de mesma natureza e destinação jurídica.

Em conclusão, diante do campo de incidência amplo materializado no art. 195, I, “b”, da Constituição (“receita”, que inclui a bruta e a líquida), e porque a discricionariedade política da legislação ordinária da União Federal se posicionou impondo a contribuição em tela sobre “receita bruta” (cujo significado alcança tributos que incidem sobre o preço de bens e de serviços, sendo inclusive potenciais integrantes do montante pago por aqueles que negociam com a empresa contribuinte), e inexistindo o efeito obrigatório ou vinculante indireto no decidido pelo E.STF no RE 574.706-RG (Tema 69) e pelo E.STJ (Tema 994) porque o caso posto nos autos tem objeto distinto (*distinguishing*), não vejo cabimento na pretensão de exclusão de COFINS e de PIS na base de apuração de CPRB (e também em se tratando do “cálculo por dentro” dessa última).

Assim, não há, até o momento, elementos suficientes para a concessão da medida pleiteada, que se revela prematura.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação de tutela

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012599-60.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
AGRAVANTE: BIMBO DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: PAULO ROBERTO GOMES DE CARVALHO - SP296888-A, MARIANA NEVES DE VITO - SP158516-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por BIMBO DO BRASIL LTDA contra decisão proferida nos autos de mandado de segurança nº. 5004940- 33.2020.4.03.6100 impetrado em face do Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo (CAC - Paulista).

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

“ Trata-se de mandado de segurança impetrado por **BIMBO DO BRASIL LTDA** em face do **D. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO**, objetivando, em caráter liminar, a suspensão da exigibilidade quanto ao recolhimento de contribuições previdenciárias (contribuição patronal e contribuição ao SAT/RAT) e contribuições destinadas aos Terceiros, sobre valores pagos aos seus trabalhadores a título de “Salário-Maternidade” e “Licença Paternidade”.

Sustenta que está sujeita ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as folhas de salário de seus empregados.

Defende a inaplicabilidade do Tema 20 do Supremo Tribunal Federal, o qual estabelece a tese de que a contribuição social a cargo do empregador incide sobre os ganhos habituais do empregado, anteriores ou posteriores a Emenda Constitucional nº 20/98, pois o RE nº 565.160/SC, representativo da controvérsia, não abordou a incidência da contribuição previdenciária sobre as rubricas questionadas na presente ação.

Com a inicial vieram documentos.

Determinada a regularização da inicial, as providências foram cumpridas pela parte impetrante.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, afasto a prevenção dos Juízos relacionados na aba "Associados", considerando que os objetos dos processos ali mencionados são distintos do versado neste mandado de segurança.

Para a concessão da medida liminar, devem concorrer os dois pressupostos legais esculpido no artigo 7º, inciso III da Lei n. 12.016/09, quais sejam, a relevância do fundamento e a possibilidade de ineficácia da medida, se ao final concedida.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.230.957-RS, submetido à sistemática prevista pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, foi analisada a incidência da contribuição previdenciária, a cargo da empresa, sobre as seguintes verbas: (a) terço constitucional de férias; (b) salário maternidade; (c) salário paternidade; (d) aviso prévio indenizado; e (e) importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio doença, nos seguintes termos:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDEENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGANOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JETE EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

1.1 Prescrição.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no sentido de que, “reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”. No âmbito desta Corte, a questão em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, “para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN”.

1.2 Terço constitucional de férias.

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, “d”, da Lei 8.212/91 - redução dada pela Lei 9.328/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos REsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: “Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas”.

1.3 Salário maternidade.

O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, “a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.

Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa.

A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008;

REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel.

Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.3.2010.

1.4 Salário paternidade.

O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que “o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários” (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.11.2009).

2. Recurso especial da Fazenda Nacional.

2.1 Preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC.

Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2.2 Aviso prévio indenizado.

A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária.

A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano. Ressalte-se que, “se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba” (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011).

A corroborar a tese sobre a natureza indenizatória do aviso prévio indenizado, destacam-se, na doutrina, as lições de Mauricio Godinho Delgado e Amauri Mascaro Nascimento. Precedentes: REsp 1.198.964/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.10.2010; REsp 1.213.133/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 1º.12.2010; AgRg no REsp 1.205.593/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011; AgRg no REsp 1.218.883/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 22.2.2011; AgRg no REsp 1.220.119/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 29.11.2011.

2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

No que se refere ao empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99). Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado. Nesse contexto, a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.100.424/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 1074103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16.4.2009; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.12.2009; REsp 836.531/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.8.2006.

2.4 Terço constitucional de férias.

O tema foi exaustivamente enfrentado no recurso especial da empresa (contribuinte), levando em consideração os argumentos apresentados pela Fazenda Nacional em todas as suas manifestações. Por tal razão, no ponto, fica prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional.

3. Conclusão.

Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.

Recurso especial da Fazenda Nacional não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.(REsp 1230957/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014) – grifei.

Julgamentos recentes do Superior Tribunal de Justiça reafirmam o entendimento que segue exemplificado pelo aresto cuja ementa segue citada abaixo:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DÉCIMO TERCEIRO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. FÉRIAS GOZADAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. ADICIONAIS NOTURNOS DE PERICULOSIDADE E DE INSALUBRIDADE. FALTAS JUSTIFICADAS. INCIDÊNCIA. 1. No julgamento dos Recursos Especiais repetitivos 1.230.957/RS e 1.358.281/SP, a Primeira Seção firmou a compreensão de que incide contribuição previdenciária patronal sobre as seguintes verbas: salário-maternidade, salário-paternidade, horas-extras, adicional de periculosidade e adicional noturno. 2. No que tange às demais verbas (férias e faltas remuneradas, adicional de insalubridade, férias gozadas e décimo terceiro proporcional ao aviso prévio indenizado), também é pacífico o entendimento do STJ quanto à incidência da contribuição previdenciária patronal. 3. Recurso Especial não provido. (STJ, REsp 1809320, julg. 11.06.2019)

Desse modo, aplicando-se o entendimento firmado no acórdão ao presente caso, **incide** contribuição previdenciária patronal sobre o Salário-Maternidade e a Licença Paternidade.

Isto posto, **INDEFIRO A LIMINAR**”.

Aléa a agravante, em síntese, a não incidência de contribuição previdenciária, incluído o adicional FAP/RAT, e de contribuições devidas a terceiros sobre as verbas pagas a empregados a título de salário-maternidade e licença-paternidade, tendo em vista sua natureza indenizatória. Pugna pela antecipação da tutela recursal, para o fim de assegurar seu direito líquido e certo de não recolher as exações ora em análise.

Decido.

Verifico que, no âmbito da estreita cognição deste recurso, a decisão agravada revela-se correta, não havendo elementos seguros para conceder a antecipação de tutela pretendida.

A lide posta nos autos versa sobre a interpretação dos conceitos constitucionais de empregador, trabalhador, folha de salários, e demais rendimentos do trabalho, e ganhos habituais, expressos no art. 195, I e II, e art. 201, § 4º, ambos do ordenamento de 1988 (agora, respectivamente, no art. 195, I, “a”, e II, e art. 201, § 11, com as alterações da Emenda 20/1998).

Para se extrair o comando normativo contido em dispositivo da Constituição Federal relativo à Seguridade Social, vários elementos e dados jurídicos devem ser considerados no contexto interpretativo, dentre os quais a lógica e caráter contributivo em vista da igualdade e da solidariedade no financiamento do sistema de seguro estruturado no Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Para o que importa ao presente recurso, os conceitos constitucionais de empregador, trabalhador, folha de salários, rendimentos do trabalho e ganhos habituais gravitam em torno de pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, inserindo-se no contexto do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Portanto, havendo relação de emprego, é imperioso discutir se os valores pagos se inserem no âmbito constitucional de salário, demais rendimentos do trabalho e ganhos habituais.

Salário é espécie do gênero remuneração paga em decorrência de relação de emprego tecnicamente caracteriza (marcada pela subordinação). O ordenamento constitucional de 1988 emprega sentido amplo de salário, de modo que está exposta à incidência de contribuição tanto o salário propriamente dito quanto os demais ganhos habituais do empregado, pagos a qualquer título (vale dizer, toda remuneração habitual, ainda que em montantes variáveis). Essa amplitude de incidência é manifesta após a edição da Emenda 20/1998, que, introduzindo o art. 195, I, “a”, da Constituição, previu contribuições para a seguridade exigidas do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Essa amplitude se verifica também em relação a essa exação exigida do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, em conformidade com o art. 195, II, da Constituição (tanto na redação da Emenda 20/1998 quanto na da Emenda 103/2019).

Além disso, a redação originária do art. 201, § 4º, da Constituição de 1988, repetida no art. 201, § 11 do mesmo ordenamento (com remuneração dada pela Emenda 20/1998, prevê que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, sendo que “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.”

Portanto, o texto constitucional confiou à União Federal amplo campo de incidência para exercício de sua competência tributária, compreendendo o conjunto das verbas remuneratórias habituais (ou seja, salários e demais ganhos), o que por si só não se traduz em exigência tributária concreta, uma vez que caberá à lei ordinária estabelecer a hipótese de incidência hábil para realizar as necessárias imposições tributárias, excluídas as isenções que a própria legislação estabelecer.

Porém, nem tudo o que o empregador paga ao empregado pode ser tributado como salário ou rendimento do trabalho, pois há verbas que não estão no campo constitucional de incidência (p. ex., por terem natureza de indenizações), além das eventuais imunidades previstos pelo sistema constitucional.

Atualmente, a conformação normativa da imposição das contribuições patronais para o sistema de seguridade está essencialmente consolidada na Lei 8.212/1991 (notadamente em seu art. 22), muito embora demais diplomas normativos sirvam para a definição e alcance da legislação tributária (art. 109 e art. 110 do CTN), dentre eles os recepcionados arts. 457 e seguintes da CLT, prevendo que a remuneração do empregado compreende o salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber, e demais remunerações. É verdade que o art. 457-A, da CLT (introduzido pela MP 905/2019) estabelece que gorjetas não são receitas do empregador, mas ainda assim estão no conteúdo amplo de salário estabelecido pela pelo art. 195, I, “a”, e II, Constituição para a incidência de contribuições previdenciárias (patronais e do trabalhador).

Para fins trabalhistas (que repercutem na área tributária em razão do contido no art. 110 do CTN), integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. O meio de pagamento da remuneração pode ser dinheiro, alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que o empregador utilizar para retribuir o trabalho do empregado, desde que o faça habitualmente (vedadas as bebidas alcoólicas e demais drogas).

Embora pessoalmente admita a possibilidade de a natureza jurídica de certas verbas não estarem inseridas no conceito de salário em sentido estrito, estaremos diante de verba salarial em sentido amplo quando se tratar de pagamentos habituais decorrentes da relação de emprego, abrangido pelo art. 195 e pelo art. 201 da Constituição (nesse caso, desde sua redação originária) para a imposição de contribuições previdenciárias. E tudo o que foi dito em relação à incidência de contribuição previdenciária se aplica ao adicional dessa mesma exação calculado pelo segundo o regramento do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) e dos Riscos Ambientais de Trabalho (RAT).

À evidência, não há que se falar em exercício de competência residual, expressa no § 4º do art. 195, da Constituição, já que a exação em tela encontra conformação na competência originária constante desde a redação originária do art. 195, I, e do art. 201, ambos do texto de 1988 (não alterados nesse particular pela Emenda 20/1998 ou pela Emenda 103/2019).

O E. STF, no RE 565160, Pleno, v.u., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29/03/2017, firmou a seguinte Tese no Tema 20: “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional 20/1998”. Nesse RE 565160, o Pretório Excelso cuidou da incidência de contribuição previdenciária sobre adicionais (de periculosidade e insalubridade), gorjetas, prêmios, adicionais noturnos, ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário recebido), comissões e quaisquer outras parcelas pagas habitualmente (ainda que em unidades), previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que concedidas por liberalidade do empregador não integrantes na definição de salário, afirmando o sentido amplo de salário e de rendimento do trabalho.

Por sua vez, o art. 28, § 9º, da Lei 8.212/1991 traz rol de situações nas quais a contribuição ora em tela não é exigida, contudo, sem apresentar rigoroso critério distintivo de hipóteses de não incidência (p. ex., por se tratar de pagamento com natureza indenizatória) ou de casos de isenção (favor fiscal). Por óbvio, o efeito prático de verba expressamente indicada nesse preceito legal é a desoneração tributária, o que resulta na ausência de interesse de agir (salvo se, ainda assim, o ente estatal resistir à legítima pretensão do contribuinte).

É verdade que o total das remunerações pagas pelo empregador está sujeita não só a contribuições previdenciárias mas também a outras incidências escoradas em fundamentos constitucionais e legais diversos. A esse respeito, emergem contribuições sociais gerais (tais como salário-educação) e também contribuições de intervenção no domínio econômico (como a exação devida ao SEBRAE), denominadas resumidamente como contribuições “devidas a terceiros” ou ainda ao “Sistema S”.

Embora cada uma dessas imposições tributárias tenha autonomia normativa, todas estão na competência tributária da União Federal, que as unificou para fins de delimitação da base tributável. Além de previsões específicas (p. ex., na Lei 2.613/1955, na Lei 9.424/1996 e na Lei 9.766/1999), essa unificação está clara na Lei 11.457/2007 e em atos normativos da administração tributária (notadamente no art. 109 da IN RFB 971/2009, com alterações e inclusões, em especial pela IN RFB 1.071/2010), razão pela qual as conclusões aplicáveis às contribuições previdenciárias também são extensíveis às exações “devidas a terceiros” ou “Sistema S”.

Tanto a licença-maternidade quanto a licença-paternidade têm natureza salarial, razão pela qual estão sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, consoante entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.230.957-RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. (...) 1.3 Salário maternidade. O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, "a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente". O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal. Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa. A incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.10.2011; AgRg nos EDCI no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 17.3.2010. 1.4 Salário paternidade. O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que "o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários" (AgRg nos EDCI no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 9.11.2009). (...) (RESP 201100096836, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:18/03/2014).

No mesmo sentido, o posicionamento firmado pelo E.TRF da 3ª. Região:

AÇÃO DECLARATÓRIA E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FÉRIAS E SALÁRIO MATERNIDADE.

1. O STJ tem entendimento pacífico de que a contribuição previdenciária incide sobre os valores pagos a título de férias e de salário maternidade (REsp 1814866).

2. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002692-42.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 25/06/2020, Intimação via sistema DATA: 27/06/2020)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA: SALÁRIO MATERNIDADE. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ADICIONAL NOTURNO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRATIFICAÇÃO NATALINA. PRÊMIOS E GRATIFICAÇÕES PAGAS COM HABITUALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

2. As parcelas referentes ao salário-maternidade compõem a base de cálculo da contribuição patronal dado o seu caráter remuneratório, ainda que não haja prestação de serviço no período, consoante entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento proferido na sistemática do art. 543-C do CPC/73. (REsp. n. 1230957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 18/03/2014). (...)

(ApCiv 5001905-21.2019.4.03.6126, Desembargador Federal HELIO EGYDIO DE MATOS NOGUEIRA, TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020.)

DIREITO TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E TERCEIROS - FÉRIAS GOZADAS - SALÁRIO-MATERNIDADE - LICENÇA-PATERNIDADE - DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO - INCIDÊNCIA - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - PRIMEIRA QUINZENA QUE ANTECEDE A CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE - INEXIGIBILIDADE - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE. I - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 26.02.2014, por maioria, reconheceu que não incide contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado (tema 478), terço constitucional de férias (tema 479) e quinzena inicial do auxílio doença ou acidente (tema 738), bem como que incide sobre o salário maternidade (tema 739) e a licença paternidade. (...)

(ApReeNec 5029203-03.2018.4.03.6100, Desembargador Federal LUIZ PAULO COTRIM GUIMARAES, TRF3 - 2ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 31/01/2020.)

Assim, não há, até o momento, elementos suficientes para a concessão da medida pleiteada, que se revela prematura.

Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de antecipação de tutela

Comunique-se o Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

P.I.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5017811-62.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 06 - DES. FED. CARLOS FRANCISCO
REQUERENTE: DELGA INDUSTRIA E COMERCIO S/A
Advogado do(a) REQUERENTE: ANTONIO AUGUSTO DELLA CORTE DA ROSA - RS75672-A
RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de efeito suspensivo à apelação interposta por DELGA INDUSTRIA E COMERCIO S/A contra sentença que denegou a ordem, proferida no mandado de segurança nº 5002072-40.2020.4.03.6114.

Sustenta a parte autora que estão preenchidos os requisitos previstos em lei para a suspensão da eficácia da sentença, estando presentes a probabilidade de provimento do recurso, bem como o grave risco de dano.

Pugna, nos termos do art. 1º da Portaria nº 12, de 2012, do Ministério da Fazenda, pela prorrogação do cumprimento dos deveres instrumentais de declaração e retenção e os vencimentos dos tributos federais, especialmente das Contribuições Previdenciárias incidentes sobre a folha de salário, bem como as contribuições destinadas a terceiras entidades (SEBRAE, INCRA, SESC, SENAC e FNDE - salário educação) para o último dia útil do terceiro mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores, contados de cada vencimento, a partir do período de apuração do mês de março de 2020, enquanto perdurar o estado de calamidade pública e das medidas de restrição ao comércio, como forma de contenção a pandemia causada pelo COVID19, sem que se aplique qualquer penalidade, impondo-se a Impetrada a vedação de lançar qualquer ato de cobrança direta ou indireta, imposição de penalidades e outros atos sancionatórios.

É o breve relatório.

Decido.

Nos termos do art. 1.012 do Código de Processo Civil, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, pode ser formulado, ao Tribunal, pedido de efeito suspensivo ao recurso, quando concedida na sentença a tutela provisória, *verbis*:

“Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1o Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

(...)

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

(...)

§ 4o Nas hipóteses do § 1o, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. (g.n.)”

Nos autos subjacentes, o Magistrado julgou improcedente o pedido de prorrogação dos tributos federais para o último dia do terceiro mês subsequente ao vencimento, formulado nos termos do art. 1º da Portaria nº 12, de 2012, do Ministério da Fazenda.

O deferimento da tutela de urgência tem como requisitos, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, de um lado, a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e, de outro, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, advindos da não concessão da medida.

Sem pretender exaurir a análise do direito posto, o que terá adequado lugar no âmbito de reexame da sentença em sede de apelação, impende verificar se restam presentes os requisitos para a suspensão dos efeitos da decisão judicial.

Brevemente, sobre a matéria, consigno que o Mandado de Segurança, previsto no art. 5º, LXIX e LXX da Constituição da República, e disciplinado pela Lei nº 12.016/2009, busca proteger direito “líquido e certo” não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Ainda que certamente seja urgente e preocupante a situação enfrentada no Brasil diante do avanço da pandemia causada pelo COVID-19, com inegáveis prejuízos nas esferas de particulares (pessoas físicas, pessoas jurídicas, universalidades e entes despersonalizados) e de entes estatais, sobretudo com danos humanitários expressivos, é inafastável a constatação de que a postulação da impetrante não tem respaldo legal, daí porque não há violação a direito líquido e certo amparada pela via mandamental.

Embora louvável a tentativa de auxílio àqueles responsáveis pela atividade econômica e pela manutenção de empregos, a legislação invocada na argumentação formulada pelo contribuinte não guarda relação direta com a situação descrita nos autos. O mesmo pode ser dito quanto às medidas concedidas pelo E.STF nas ACO 3363 e 3365, em situações distintas da presente, discutindo-se, naqueles casos, a dívida pública de Entes da Federação.

A Portaria do Ministério da Fazenda nº 12, de 20/01/2012, destina-se à situação diferente da discutida nos autos, porque os atuais quadros de crescente gravidade envolvendo vidas humanas não têm parâmetros anteriores na história recente, dando contornos muito mais complexos e abrangentes às responsabilidades da sociedade e do Estado. Essa Portaria MF nº 12/2012 cuida da regularização da situação de contribuintes localizados em municípios específicos, envolvidos em situações particulares derivadas de fatalidades como enchentes e desmoronamentos, o que evidencia a inaplicabilidade desse ato normativo para o diferimento de tributos em razão da pandemia causada pelo COVID-19 (notadamente por conta do caráter global, que exige esforços muito superiores de todo setor privado e do setor público em seus múltiplos espaços subnacionais).

Em que pese a atuação diária dos poderes públicos no enfrentamento da questão, mediante complexas análises do problema e de medidas de enfrentamento da crise instaurada, especialmente sob os pontos de vista da saúde e da economia, ainda não consta normatização permitindo a ampla postergação pretendida quanto aos tributos indicados pelo sujeito passivo.

Cabe ao titular da competência normativa federal decidir pela postergação do prazo de cumprimento de obrigações tributárias (principais e acessórias), como foi o caso da Medida Provisória nº 927, de 20/03/2020 (no tocante ao FGTS), e da Portaria do Ministério da Economia nº 139, de 03/04/2020 (pertinente a contribuições previdenciárias, PIS e COFINS), na extensão estabelecida pelo respectivo diploma normativo (em relação aos quais inexistiu interesse de agir, por óbvio).

De um lado, a via mandamental eleita não serve para a provocação da atividade legislativa, mas de outro lado, eventual inércia do Poder Público quanto às obrigações tributárias no período emergencial pode se converter em violação concreta das prerrogativas de contribuintes afetados de múltiplas maneiras pelos efeitos da pandemia. Porém, existindo atos normativos mensurando prorrogações de prazo no cumprimento de obrigações tributárias, no contexto extraordinário no qual se encontra a realidade brasileira, o Poder Judiciário deve respeitar o exercício da discricionariedade nos moldes positivados pelo titular da competência normativa.

Em suma, é atribuição do titular da competência normativa a função discricionária de avaliação do impacto socioeconômico das medidas adotadas e das necessidades orçamentárias destinadas à correta atuação estatal, inclusive com o fim de inibir o avanço da doença e atender às necessidades mínimas de sobrevivência da população. Nesse contexto, o controle judicial somente é possível em casos de manifesta ou objetiva violação da discricionariedade política, o que não resta configurado pelo que consta dos autos.

Por fim, anoto que, nesse período extraordinário, os imperativos do Estado de Direito devem ser ainda mais realçados, para que o ordenamento jurídico não seja fragmentado por pretensões que desorganizam os propósitos de igualdade vistos pelo conjunto de necessidades emergentes da sociedade e do Estado.

Assim, verifica-se, nesta fase de cognição sumária, que estão ausentes os elementos que evidenciariam a probabilidade do direito e o perigo de dano à parte autora.

Ante o exposto, rejeito o pedido de efeito suspensivo.

Intimem-se.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 3ª TURMA

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006391-19.2013.4.03.6103

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, CENTRO ONCOLOGICO DO VALE LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JUSSARA ALVARES DE OLIVEIRA - MG76769-A, LUCIANA DE AVELAR SIQUEIRA - SP279335-A

APELADO: CENTRO ONCOLOGICO DO VALE LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LUCIANA DE AVELAR SIQUEIRA - SP279335-A, JUSSARA ALVARES DE OLIVEIRA - MG76769-A

ATO ORDINATÓRIO

Fica(m) a(s) parte(s) ciente(s) da publicação do v.acórdão ID nº 136023159.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001093-02.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: VANUZA GERMANO DE ARAUJO OLIVEIRA, EDUARDO GERMANO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
PARTE RE: ANA CRISTINA EVANGELISTA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001093-02.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: VANUZA GERMANO DE ARAUJO OLIVEIRA, EDUARDO GERMANO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
PARTE RE: ANA CRISTINA EVANGELISTA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face de sentença que concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada proceda à conclusão do processo administrativo referente à pensão por morte postulada, NB 21/179.423.423-0.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do reexame necessário.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001093-02.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: VANUZA GERMANO DE ARAUJO OLIVEIRA, EDUARDO GERMANO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALAIDES RIBEIRO BERGMANN - SP223632-A
PARTE RE: ANA CRISTINA EVANGELISTA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei 9.784/99 preceitua em seus artigos 48 e 49 que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, bem como tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, quando concluída a instrução dos procedimentos administrativos.

Em relação à conclusão do processo administrativo, o artigo 174 do Decreto n.º 3048/99 concede um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da entrega dos documentos necessários, para que a Autarquia efetue o primeiro pagamento do benefício, senão veja-se:

Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilatação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas.

Nesse prazo, o INSS deverá proceder à análise, apreciação e conclusão do procedimento administrativo de concessão de benefício, deferindo-o ou não ao segurado, excetuados os casos em que haja fundamentada decisão administrativa ou providências a serem tomadas a cargo do solicitante.

Não favorece à autoridade impetrada e ao INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento.” (TRF3 – T8 - REOMS 318381 – 0001143-02.2008.4.03.6183 – Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI – j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. - Remessa oficial improvida.” (TRF3 – T9 - REOMS 362826 – 0001774-82.2015.4.03.6123 – Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS – j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

Destarte, de rigor a manutenção da decisão *a quo*.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.
2. Não favorece à autoridade impetrada e ao INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.
3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”
4. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008282-08.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: STENGI - ENGENHARIA E INSTALACOES ELETRICAS LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE SANTANA FERREIRA - SP354440-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008282-08.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: STENGI - ENGENHARIA E INSTALACOES ELETRICAS LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE SANTANA FERREIRA - SP354440-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se remessa oficial em face da r. sentença (Id. num. 122263710), que concedeu a segurança, nos autos do mandado de segurança impetrado por **STENGI ENGENHARIA E INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA – EPP**, qualificada na inicial, em face de ato do **DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS**, objetivando seja-lhe assegurado o direito de obter a Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa – CPEN, mediante os ajustes internos no banco de dados da Receita Federal do Brasil – RFB por parte da autoridade impetrada.

Aduz que providenciou a regularização de suas pendências fiscais mediante adesão a parcelamento e, após o pagamento da primeira parcela, compareceu a atendimento previamente agendado junto à RFB para o fim de emitir sua CNF, que deveria ser apresentada até 20/08/2018 em atos de habilitação e/ou assinatura de contrato administrativo decorrentes de procedimentos licitatórios nos quais se sagrou vencedora.

Alega que, nesta ocasião, foi surpreendida pela ausência de baixa dos débitos e impossibilidade de emissão da CND, mas que, após obter os documentos comprobatórios dos pagamentos, não conseguiu agendar atendimento presencial antes de 30/08/2018.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (ID 10604407). Aduziu o cumprimento da medida liminar mediante fornecimento de duas senhas à impetrante, uma para regularização fiscal e outra para o pedido de expedição de certidão, a qual fora devidamente expedida.

O MM. Juiz *a quo* confirmou a liminar anteriormente concedida, e CONCEDEU A SEGURANÇA para assegurar à impetrante o direito de, mediante atendimento excepcional sem agendamento prévio, obter a CPEN dentro do prazo necessário ao cumprimento de seus compromissos contratuais. Custas pela União, isenta. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Por força da remessa oficial, vieram os autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo regular prosseguimento do feito (Id num. 127432552).

É o Relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008282-08.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: STENGI - ENGENHARIA E INSTALACOES ELETRICAS LTDA - EPP
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ANDRE SANTANA FERREIRA - SP354440-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se desprende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A impetrante requer seja a autoridade impetrada compelida a proceder aos ajustes internos necessários no banco de dados do sistema informatizado, atualizando sua situação fiscal e, ato contínuo, expedir Certidão Negativa de Débitos – CND, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas. Subsidiariamente, requer seja-lhe assegurado atendimento imediato na RFB, para os fins de apresentação dos documentos comprobatórios da inexistência de pendências e requerimento presencial da expedição de CND.

Aduz que providenciou a regularização de suas pendências fiscais mediante adesão a parcelamento e, após o pagamento da primeira parcela, compareceu a atendimento previamente agendado junto à RFB para o fim de emitir sua CND, que deverá ser apresentada em atos de habilitação e/ou assinatura de contrato administrativo decorrentes de procedimentos licitatórios nos quais se sagrou vencedora.

Alega que, nesta ocasião, foi surpreendida pela ausência de baixa dos débitos e impossibilidade de emissão da CND, e que, agora que possui em mãos os documentos comprobatórios dos pagamentos, não consegue agendar atendimento presencial antes de 30/08/2018, o que a impossibilita de resolver as pendências e conseguir a CND que deverá ser apresentada até 20/08/2018 aos órgãos licitantes.

In casu, o direito à expedição de certidão de situação fiscal vem regulado pelo Código Tributário Nacional que, em seus artigos 205 e 206, assim dispõe:

"Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

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

Com razão a parte impetrante, houve a comprovação da efetiva adjudicação da impetrante ao objeto do Pregão/RDC nº 01897/18 (ID 10138684), bem como da necessidade de apresentação da CND à UNICAMP, para o fim de garantir a assinatura do Contrato de Execução de Obras nº 171/2018 (ID 10138679), cujo termo de caução com oferecimento de carta de fiança já havia sido finalizado (ID 10138682).

Ademais conforme consignado na r. sentença a partir da imposição que se faz aos contribuintes, de obter certidão de regularidade fiscal para determinadas atividades econômicas, como forma de garantir o regular pagamento de tributos, há a correspondente necessidade de atendimento eficiente e pontual para evitar prejuízos a quem regulariza sua situação fiscal.

No caso em tela, de rigor reconhecer que a necessidade da impetrante de obter atendimento excepcional, em razão da urgência demonstrada, deve se sobrepor à exigência de prévio agendamento do contribuinte para atendimento presencial nas delegacias da RFB.

Conforme ressaltado na r. sentença, o agendamento, mais do que organizar o serviço público, visa atender satisfatoriamente o contribuinte, sem necessidade de aguardar em longas filas. Mas, no caso em tela, a urgência reclamou pronto atendimento, também com a finalidade de prestar satisfatoriamente o serviço público à impetrante.

Portanto, não merece reparos a r. decisão recorrida.

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É o voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA OFICIAL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA - CPEN - PRAZO NECESSÁRIO. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

I - Com razão a parte impetrante, houve a comprovação da efetiva adjudicação da impetrante ao objeto do Pregão/RDC nº 01897/18 (ID 10138684), bem como da necessidade de apresentação da CND à UNICAMP, para o fim de garantir a assinatura do Contrato de Execução de Obras nº 171/2018 (ID 10138679), cujo termo de caução com oferecimento de carta de fiança já havia sido finalizado (ID 10138682).

II - Ademais conforme consignado na r. sentença a partir da imposição que se faz aos contribuintes, de obter certidão de regularidade fiscal para determinadas atividades econômicas, como forma de garantir o regular pagamento de tributos, há a correspondente necessidade de atendimento eficiente e pontual para evitar prejuízos a quem regulariza sua situação fiscal. No caso em tela, de rigor reconhecer que a necessidade da impetrante de obter atendimento excepcional, em razão da urgência demonstrada, deve se sobrepor à exigência de prévio agendamento do contribuinte para atendimento presencial nas delegacias da RFB.

III - Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049672-88.2000.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA REGINA ANTUNES TORO - SP195913-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0049672-88.2000.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA REGINA ANTUNES TORO - SP195913-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa dos autos pela Vice-Presidência desta e. Corte (fl. 818) para fins de juízo de retratação (art. 1.040, II, do CPC/15) considerando a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema nº 136, que trata do julgamento proferido no RE nº 590.809/RS, submetido ao rito do art. 543-B do CPC/73, conforme fl. 810-v.

A *Industrias Gessy Lever* (atual *Unilever Brasil*, CNPJ nº 61.068.276/0072-90) impetrou o presente Mandado de Segurança em dez/2000 visando creditar-se do valor presumido de IPI em alíquota proporcional ao incidente em seus insumos adquiridos entre janeiro/1994 a dezembro/1999 beneficiados por isenção, não incidência ou redução de alíquota, apurado em valor proporcional e equivalente ao IPI devido na saída de seu produto final, ao qual foi agregado o citado insumo, no valor total de R\$ 16.326.234,59, corrigido monetariamente até 31/12/95 na forma do Provimento 24/97 e a partir de 01/01/96 pela SELIC, conforme § 40, art. 39 da Lei nº 9.250/95, podendo lançar e utilizar esse crédito em seus livros fiscais.

Regularmente instruído o feito, a sentença de fls. 177/182 julgou improcedente o pedido e denegou a ordem. Os embargos de declaração foram rejeitados com aplicação de multa (fl. 198).

A impetrante apelou e o acórdão de fls. 351/418 (ID 123739976) deu parcial provimento ao seu recurso, autorizando a apropriação dos créditos decorrentes de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos sob o regime de isenção, tão somente quando o forem junto à Zona Franca de Manaus, certo que inviável o aproveitamento dos créditos para a hipótese de insumos que não foram tributados ou suportaram a incidência à alíquota zero, na medida em que a providência substancia, em verdade, relativo ao quanto estabelecido no art. 153, § 3º, inciso II da CF.

As partes apresentaram Recurso Especial e Extraordinário, acompanhados de contrarrazões. Apenas o Recurso Extraordinário da União foi admitido (fl. 797).

Os autos foram remetidos e devolvidos pelo Supremo Tribunal Federal com menção à Portaria GP 138/2009 e ao decidido no RE 590.809 (vide fl. 810-v).

O processo encontrava-se sobrestado, conforme certidão de fl. 811, de 23/02/2010.

A Vice-Presidência desta e. Corte encaminhou os autos à Turma Julgadora para eventual juízo de retratação com relação ao Tema 136, do e. STF.

Em despacho ID 134286085 a *Unilever* foi intimada para esclarecer a *origem* de seus insumos, tendo se limitado a informar apenas a situação tributária dos insumos (ID 134881705).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0049672-88.2000.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA REGINA ANTUNES TORO - SP195913-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A sentença recorrida foi proferida e publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regendo-se o recurso em tela, portanto, pelas regras desse diploma processual.

O tema nº 136/STF refere-se ao Recurso Extraordinário nº 590.809, no qual se discutiu, à luz dos artigos 153, § 3º, II, da CF e dos princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais, a possibilidade de *rescisão de julgado* fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento divergente posteriormente firmado pelo Supremo, e, por conseguinte, o direito, ou não, ao creditamento a título de IPI em decorrência de aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

O Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.

Confira-se as ementas dos julgados proferidos no referido *leading case*:

ACÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões "ação rescisória" e "uniformização da jurisprudência". ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verboete nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. (RE 590809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014)

IPI - CREDITAMENTO - ALÍQUOTA ZERO - PRODUTO NÃO TRIBUTADO E ISENÇÃO - RESCISÓRIA - ADMISSIBILIDADE NA ORIGEM. Possui repercussão geral controversa envolvendo a rescisão de julgado fundamentado em corrente jurisprudencial majoritária existente à época da formalização do acórdão rescindendo, em razão de entendimento posteriormente firmado pelo Supremo, bem como a relativa ao creditamento no caso de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. (RE 590809 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 13/11/2008, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-10 PP-02040 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 301-306)

Portanto, em síntese, o Tema nº 136 do e. STF determina hipótese de não cabimento de ação rescisória quando visa desconstruir julgado com base em nova orientação proferida pelo STF.

Contudo, observa-se que a hipótese dos autos não se trata de ação rescisória, mas sim de Recurso Extraordinário interposto pela União, com fulcro no art. 102, III, "a" da CF contra o acórdão proferido por esta c. Turma que deu parcial provimento ao recurso de apelação da impetrante. A União alega ofensa ao disposto no art. 153, §3º, II, da CF e discute o aproveitamento do crédito de IPI relativo à entrada de produtos isentos ou de alíquota zero.

Na ocasião da interposição do recurso, observou-se alteração de posicionamento do STF manifestada no julgamento dos REs nºs 353.657 e 370.682 no sentido de que inexistia direito ao creditamento de IPI na hipótese de aquisição de matéria-prima e insumos não-tributados ou sujeitos à alíquota zero e que isto, portanto, não transgredia a regra da não-cumulatividade. Em 25/06/2007, o STF encerrou o julgamento dos recursos extraordinários supracitados, rejeitando, por maioria de votos, a questão de ordem levantada pelo Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, na qual se pretendia resguardar as situações pretéritas ou relações jurídicas passadas quando contribuintes utilizaram-se do direito ao creditamento de IPI na hipótese de aquisição de matéria-prima e insumos não-tributados ou sujeitos à alíquota zero, baseados na anterior orientação acerca da matéria.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 398.365/RS (Tema 844) realizado sob a sistemática da repercussão geral (Lei nº 11.418/2006) firmou o posicionamento de que, a teor dos princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não é possível o creditamento do IPI na aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

Confira-se a ementa da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no mencionado RE nº 398.365/RS (Tema nº 844 da Repercussão Geral):

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Tributário. Aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. 3. Creditamento de IPI. Impossibilidade. 4. Os princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não asseguram direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Precedentes. 5. Recurso não provido. Reafirmação de jurisprudência. (RE 398365 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-188 DIVULG 21-09-2015 PUBLIC 22-09-2015) grifamos

O impetrante não informou no decorrer do processo a origem dos insumos, o que impede a aplicação de eventual exceção à regra geral de vedação ao creditamento do IPI.

Em homenagem ao contraditório e a ampla defesa, a empresa foi intimada a esclarecer a origem dos insumos que pretende a aplicação de eventual exceção à regra geral de vedação ao creditamento do IPI de produtos com alíquota zero, tendo se limitado a responder que "são aqueles tributados à alíquota zero".

Portanto, a orientação deve ser aplicada no caso em tela, desta vez na sistemática da repercussão geral, para reconhecer indevido o creditamento do IPI referente à aquisição de insumo não tributado, isento ou sujeito à alíquota zero.

No mesmo sentido (grifamos):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DE PRECEDENTE DA REPERCUSSÃO GERAL NO RE 592.891. IPI. CREDITAMENTO. ISENÇÃO DE INSUMOS ORIGINÁRIOS DA ZONA FRANCA DE MANAUS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DO CONUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS 279 E 282 DO STF.

1. O creditamento dos valores recolhidos a título de imposto sobre produtos industrializados – IPI na aquisição de insumos isentos advindos da Zona Franca de Manaus – ZFM não foi objeto de apreciação nas instâncias ordinárias, impedindo o conhecimento do extraordinário em razão da ausência do prequestionamento.

2. O local de origem dos insumos usados pela embargante no processo produtivo industrial não está demonstrado no processo.

3. A aplicação do precedente do Supremo na Repercussão Geral no RE 592.891 à espécie depende da coincidência entre o quadro posto no paradigma e a situação apreciada nos autos, operação está inviável ante a ausência de crivo sobre a questão pelo Tribunal a quo.

4. Incidência das Súmulas 279 e 282 do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos de declaração desprovidos.

(RE 592917 AgR-ED, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 08-03-2013 PUBLIC 11-03-2013)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. ESCRITURAÇÃO DE CRÉDITOS. AQUISIÇÃO DE INSUMOS E PRODUTOS. ALÍQUOTA ZERO OU ISENÇÃO. RE 398.365. ARTIGO 11 DA LEI Nº 9.779/99.

1. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de utilização de crédito de IPI para o contribuinte adquirente de insumos, isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

2. A questão restou decidida definitivamente pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 562.980/SC, em 06.05.2009, quando reconheceu não haver isenção de IPI antes do advento de lei em questão.

3. Apelo da União Federal e remessa oficial providas para afastar o direito de crédito presumido de IPI para o contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero anteriormente à Lei nº 9.779/99. Apelo do impetrante prejudicado.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 274705 - 0001544-80.2004.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 01/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DE IPI. RE 398.365/RS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DIREITO À COMPENSAÇÃO. TRIBUTO INCIDENTE SOBRE INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO PREJUDICADA. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO.

1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a autora obter o imediato creditamento e aproveitamento do IPI referente aos insumos adquiridos com o benefício da isenção ou alíquota zero, bem como o direito de proceder à compensação do crédito com impostos devidos da mesma espécie, nos termos do artigo 66 da Lei 8.383/91 e o reconhecimento do prazo prescricional de dez anos.

2. De fato, o acórdão proferido anteriormente por esta Turma conflita com a atual jurisprudência do STF, sendo o caso de reconsiderar aquela decisão.

3. O STF, no julgamento do RE 398.365 RG, é cristalino ao determinar que não é possível haver creditamento do IPI na aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

4. O acórdão anteriormente prolatado, por seu turno, dispôs que se autoriza o aproveitamento dos créditos relativos à aquisição de insumos adquiridos sob o regime de isenção na Zona Franca de Manaus.

5. O acórdão deve ser parcialmente reconsiderado, para determinar, em consonância com o RE 398.365 RG, que a regra de não creditamento do IPI na aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero não comporta exceções, não havendo que se falar em creditamento do IPI, tampouco em compensação.

6. O local de origem dos insumos utilizados pela embargante não restou demonstrado no decorrer do processo, o que impede eventual exceção à regra geral de vedação ao creditamento do IPI. Precedente do STJ.

7. Afastada a pretensão da impetrante relativa à declaração do direito à compensação, fica prejudicada a questão da prescrição.

8. Negado provimento à apelação.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 269482 - 0000673-50.2004.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 30/11/2017, e-DJF3.Judicial 1 DATA:07/12/2017)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IPI. NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMOS, MATÉRIAS-PRIMAS, PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS E MATERIAIS DE EMBALAGEM ISENTOS. VEDAÇÃO AO CREDITAMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

1. Reconsideração do v. acórdão recorrido para seguir orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 398.365/RS, com repercussão geral.

2. Aquela Corte, ao analisar a questão da não cumulatividade do IPI, esclareceu que se trata de princípio cuja finalidade essencial é a proteção do consumidor final, reconhecendo como indevido o creditamento do imposto na aquisição de insumo não tributado, isento ou sujeito à alíquota zero.

3. Desta forma, faz-se necessária a reforma do v. acórdão, para reconhecer a vedação ao creditamento do IPI também na hipótese de aquisição de insumos, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem adquiridos com isenção.

4. Juízo de retratação exercido. Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 286875 - 0004618-79.2003.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 16/03/2017, e-DJF3.Judicial 1 DATA:28/03/2017)

Encontrando-se o acórdão proferido por esta c. Turma em confronto com a orientação consolidada pelo STF na sistemática da repercussão geral, impõe-se exercer o juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, para adequá-lo ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, em juízo de retratação, deve ser negado provimento ao recurso de apelação da parte autora (fs. 203/224), reformando-se a decisão de fs. 351/418. Sem condenação em honorários (Súm. 105/STJ e 512/STF).

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS ISENTOS, NÃO TRIBUTADOS OU SUJEITOS A ALÍQUOTA ZERO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DECIDIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 398.365/STF (TEMA Nº 844) SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. ART. 543-B, DO CPC/1973. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1 - O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 398.365/RS (Tema 844) realizado sob a sistemática da repercussão geral (Lei nº 11.418/2006) firmou o posicionamento de que, a teor dos princípios da não cumulatividade e da seletividade, previstos no art. 153, § 3º, I e II, da Constituição Federal, não é possível o creditamento do IPI na aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero.

2 - O impetrante não informou no decorrer do processo a origem dos insumos, o que impede a aplicação de eventual exceção à regra geral de vedação ao creditamento do IPI.

3 - Encontrando-se o acórdão proferido por esta c. Turma em confronto com a orientação consolidada pelo STF na sistemática da repercussão geral, impõe-se exercer o juízo de retratação, nos termos do artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, para adequá-lo ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4 - Em juízo de retratação, recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, em juízo de retratação, negou provimento ao recurso de apelação da parte autora (fs. 203/224), reformando-se a decisão de fs. 351/418. Sem condenação em honorários (Súm. 105/STJ e 512/STF), nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030558-78.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030558-78.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a substituição dos bens penhorados por imóvel submetido à cláusula resolutiva.

Alegou-se, em suma, que: (1) os bens penhorados são indispensáveis à atividade produtiva, o que contraria o princípio da menor onerosidade; (2) a existência de cláusula resolutiva na escritura do imóvel oferecido como substituição de penhora não impede o oferecimento em garantia.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030558-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, segundo consta dos autos de origem, houve indicação dos bens penhorados pela própria agravante em fevereiro/2015, atos de formalização da penhora, nomeação de depositário e intimação da representante legal da executada em novembro/2018, certificação de não oposição de embargos à execução em junho/2019, e ciência das datas designadas aos leilões disponibilizada no diário eletrônico da Justiça (ID 107411741, f. 32/38; ID 107411742, f. 29/36, 49, 51/52).

Evidentemente que, se foi ofertado pela própria executada o equipamento, tendo sido toda a estrutura judiciária movimentada para penhorar, avaliação e promover leilão, a alegação de que se trataria de bem essencial à empresa não pode frustrar a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional. Percebe-se, na verdade, que se trata de conduta tumultuária ao regular andamento do feito.

Por tal motivo é que a legislação não confere à executada o direito de livremente substituir o bem penhorado, salvo se consistir em oferta de dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do artigo 15, II, da LEF, não se prestando o princípio da menor onerosidade a impor solução que não seja de interesse da exequente, mesmo no que tange à substituição da garantia.

Neste sentido:

AI 5021358-18.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e-DJF3 24/05/2018: "EXECUÇÃO FISCAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PENDÊNCIA. FIANÇA BANCÁRIA. LEVANTAMENTO. INCABÍVEL. MÁQUINAS. SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA. AUSÊNCIA DE CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 15, I, DA LEF. 1. No que tange ao levantamento da garantia oferecida em sede de embargos à execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de condicioná-la ao trânsito em julgado da decisão que põe termo ao litígio. 2. Estabelece o art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, que a penhora poderá ser substituída por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência do exequente. Entretanto, a substituição por outros bens não prescinde da citada concordância. 3. Agravo de Instrumento não provido."

Ademais, ainda que não fosse bastante, a oferta recaiu sobre imóvel adquirido pela executada com cláusula resolutiva, vinculada à inadimplência no pagamento de uma única parcela do negócio jurídico, não podendo, portanto, ser imposta à exequente a substituição do bem em detrimento do seu interesse na melhor e mais célere solução da execução fiscal.

Cabe ressaltar que, ainda que o Código de Processo Civil consagre o princípio da menor onerosidade, a execução fiscal se processa no interesse do credor, não sendo admissível a substituição de penhora quando fundamentada e razoável a recusa da exequente.

Nesse sentido:

AI 5023380-15.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, Intimação via sistema 16/09/2019: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE IMÓVEL. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PENHORA. ÚNICO BEM DISPONÍVEL ENCONTRADO. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO, PARCELAMENTO OU SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA. DIREITO DO COPROPRIETÁRIO LEGALMENTE RESGUARDADO. RECURSO PROVIDO. 1. Além do princípio da menor onerosidade, existe o princípio do interesse público na execução fiscal, da utilidade da ação e da eficácia da prestação jurisdicional. A menor onerosidade, bem com a razoabilidade e a proporcionalidade, não podem ser invocadas como cláusula de impedimento à penhora. A execução, como cedição, busca a satisfação do credor (art. 831 Código de Processo Civil), razão pela qual irá se pautar na produção de atos voltados à expropriação. 2. A experiência não recomenda que haja correspondência exata entre o valor da penhora e o da dívida, tendo em vista os encargos decorrentes da mora e os honorários advocatícios. E, em caso de eventual venda, o resultado seria destinado, no montante devido, ao exequente e, quanto ao seu remanescente, à parte executada, ficando reservado ao coproprietário sua cota (art. 843, do Código de Processo Civil). 3. Ressalte-se que é possível o pagamento do crédito, a sua negociação e parcelamento, ou ainda a substituição da garantia pelo credor (art. 15, da Lei nº 6.830/80), e sendo o imóvel o único bem do devedor encontrado, não é recomendável negar o pedido de penhora, diante de todas as normas que protegem o coproprietário. 4. Recurso provido."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. IMÓVEL AGRAVADO COM CLÁUSULA RESOLUTIVA. INVIABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. O bem penhorado, objeto dos leilões, foi oferecido pela própria executada, que somente alegou ser imprescindível à atividade industrial diante da iminência da alienação judicial, em conduta que se revela tumultuária ao regular andamento do feito.

2. A legislação não confere à executada o direito de livremente substituir o bem penhorado, salvo se consistir em oferta de dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do artigo 15, II, da LEF, não se prestando o princípio da menor onerosidade a impor solução que não seja de interesse da exequente, mesmo no que tange à substituição da garantia.

3. Ademais, ainda que não fosse bastante, a oferta recaiu sobre imóvel adquirido pela executada com cláusula resolutiva, vinculada à inadimplência no pagamento de uma única parcela do negócio jurídico, não podendo, portanto, ser imposta à exequente a substituição do bem em detrimento do seu interesse na melhor e mais célere solução da execução fiscal.

4. Ainda que o Código de Processo Civil consagre o princípio da menor onerosidade, a execução fiscal se processa no interesse do credor, não sendo admissível a substituição de penhora quando fundamentada e razoável a recusa da execução.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006341-34.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TRANS LICHMANN TRANSPORTES E LOGISTICA EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006341-34.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TRANS LICHMANN TRANSPORTES E LOGISTICA EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TRANS LICHMANN TRANSPORTES E LOGISTICA EIRELI contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

Insurge-se a agravante contra a higidez das CDA's n. 80 7 17 033480-38, 80 6 17 086992-06, 80 4 17 135650-48, 80 2 17 039369-87, 80 2 17 039370-10 e 80 6 17 086993-89, referentes à cobrança de PIS, COFINS, CSSL, IRPF, o excesso de execução em relação ao tema da exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, também cobradas na ação executiva, e a aplicação de multa de mora no percentual de 20%.

Alega, ainda, a impossibilidade de se operar o bloqueio dos ativos financeiros via sistema BACENJUD antes mesmo da interposição da exceção de pré-executividade.

Com contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006341-34.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TRANS LICHMANN TRANSPORTES E LOGISTICA EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. (Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça)

Ademais, a penhora online, regulamentada atualmente no artigo 854, do Código de Processo Civil (artigo 655-A do artigo CPC), feita por meio de sistemas de cooperação, como o Bacenjud, Renajud e Infojud, tem nítido caráter executivo e atinge bens que fazem parte do patrimônio do devedor no momento da constrição, diferentemente da indisponibilidade prevista no artigo 185-A, cuja função primordial é de acautelamento, isto é, de impedir a dilapidação do patrimônio - por isso há a comunicação aos órgãos de transferência de bens - e pode atingir não só os bens e direitos existentes no momento da determinação da constrição como também alcança eventual patrimônio futuro que seja desconhecido no momento da determinação judicial.

Os artigos 835 do Código de Processo Civil e 11 da Lei 6.830/80 estabelecem que a penhora de dinheiro é preferencial em relação aos demais bens existentes.

Além disso, o artigo 854 do Código de Processo Civil contribui para a efetividade da execução, nos seguintes termos:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

Como se vê, não há na redação legal nenhuma menção acerca da necessidade de esgotamento de todas as possibilidades de penhora de bens do executado, bastando para a decretação da medida apenas o requerimento do exequente, sem necessidade de se dar ciência prévia do ato ao executado.

Esta C. Turma já decidiu pela possibilidade de realização da penhora online antes da citação do executado:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. ARTIGO 854 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 8º DA LEF. RECURSO PROVIDO. 1. Curvando-me ao quanto determinado pelo Superior Tribunal de Justiça passo a examinar, com base no poder geral de cautela, se estão presentes os requisitos para a decretação do arresto de valores no presente caso. 2. Na atual sistemática processual, a penhora online no âmbito das execuções fiscais submeteu-se, em regra, à exegese dos artigos 835 e 854 do CPC/2015, em detrimento do disposto no artigo 185-A do CTN, que trata da indisponibilidade universal de bens do executado e cujo deferimento depende da observância dos requisitos elencados no REsp nº 1.377.507/SP. 3. O artigo 854 do CPC/2015 trouxe importantes inovações a respeito do instituto da penhora online, passando a prever, expressamente, a possibilidade de o juiz determinar a indisponibilidade de ativos financeiros através do sistema Bacenjud, a partir do mero requerimento do exequente e sem a ciência prévia do executado. Trata-se de ato construtivo prévio à penhora, cuja conversão dos valores fica condicionada à oportunidade de defesa ao executado. 4. Nesse contexto, entende-se possível o bloqueio eletrônico de ativos financeiros antes de perfectibilizada a citação, forte no poder geral de cautela e no princípio da efetividade da jurisdição, tendo em vista o fundado risco de inutilidade da medida se efetivada somente após a ciência do executado quanto aos termos da inicial, em detrimento do pedido. 5. Precedente da Turma no sentido da inexistência de conflito entre o dispositivo em comento e o artigo 8º da Lei de Execuções Fiscais, dada a possibilidade de citação do devedor em momento posterior: AI 5016119-33.2017.4.03.0000, Des. Fed. CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, DJE 28/11/2017; AI 5010391-11.2017.4.03.0000, Des. Fed. CARLOS MUTA, TRF3 - Terceira Turma, DJE 10/10/2017; AI 00108633420164030000, JUIZA CONVOCADA LEILA PAIVA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/11/2016. 6. Agravo de instrumento da União provido.

(AI 00245765720084030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2018..FONTE_REPUBLICACAO:)

A petição inicial dos autos da execução fiscal é apta apresentando os requisitos previstos no art. 6º e parágrafos da Lei nº 6.830/1980, amparando-se em Certidões de Dívida Ativa idôneas, que identificaram a natureza dos débitos exequendos, seus valores de origem, o termo inicial e fundamento legal (forma de cálculo) da atualização monetária, juros moratórios e multa moratória, conforme a fundamentação legal (Lei nº 6.830/1980).

No tocante às Certidões de Dívida Ativa, pertine salientar que possui os atributos de certeza e liquidez, permitindo o exercício do direito de defesa pelo embargante, inexistindo qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório obedecendo ao disposto no art. 202 do CTN e do artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/1980.

Com efeito, o §5º do artigo 2º, da Lei 6.830/80 dispõe:

Art. 2º [...]

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

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

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

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

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

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

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

Assim, verifico que todos os itens acima mencionados estão indicados no título executivo que embasa a presente execução fiscal, não havendo falar em sua nulidade.

Conforme consta no art. 3º, caput e parágrafo único, da Lei n. 6.830/1980, e é confirmado pela jurisprudência, a Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de certeza e liquidez, sendo ônus do sujeito passivo, conforme previsto no art. 204 do CTN, fazer prova inequívoca de sua nulidade. A impugnação dos elementos que constituem a Certidão de Dívida Ativa não comporta alegações genéricas destituídas de substrato probatório idôneo capaz de formar, no julgador, a convicção da nulidade alegada.

No caso dos autos, a CDA apresenta a fundamentação legal necessária à verificação da origem da dívida, dos seus valores principais e a forma de calcular os encargos legais.

De outro lado, parte da matéria vertida nos autos refere-se à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706/PR, firmando-se a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições.

Contudo, diversamente do que consignei no passado, a veiculação da matéria em exceção de pré-executividade não é adequada quando considerada a necessidade de que se abra necessária dilação probatória de modo a quantificar a parcela inexistível, a qual, inclusive, no mais das vezes é controvertida entre as partes.

Aplicada a tese firmada pelo STF no RE 574.706, a União Federal deverá proceder ao recálculo da dívida, oportunidade em que deverá ter à sua disposição a comprovação do recolhimento indevido e o montante de ICMS que compôs a base de cálculo.

Ou seja, serão necessários documentos aptos a demonstrar quais receitas compuseram a dívida/base de cálculo das exações para, só então, realizar-se a devida adequação/recálculo, procedimento vedado na via estreita da exceção de pré-executividade.

Nesse sentido, tem-se manifestado esta Corte Federal, conforme precedentes colhidos:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXIGIBILIDADE DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – ALEGAÇÕES DESPROVIDAS DE PROVA. ICMS NA BASE DE PIS/COFINS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - POSSIBILIDADE. ACOLHIMENTO QUE REQUER PROVA CABAL PRÉ-CONSTITUÍDA. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, meio de defesa criado pela doutrina e aceito pela jurisprudência, deve limitar-se à discussão da nulidade formal do título, baseada em alegação passível de apreciação mesmo de ofício e desde que ausente a necessidade de instrução probatória.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Entendimento majoritário desta Corte no sentido de que a matéria questionada pode ser analisada por meio de exceção de pré-executividade. Ressalva-se, contudo, que a parte que alega referido excesso de execução deve juntar aos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento de pronto pelo juízo, respeitando a estreiteza da via excepcional de defesa.

4. Caso dos autos em que o juízo de origem não deixou de conhecer da exceção, julgando seu mérito e rejeitando-a por ausência de provas.

5. Verifica-se que a agravante cingiu-se às questões de direito em seu recurso, reproduzindo as teses já apresentadas ao juízo de origem por ocasião da exceção de pré-executividade.

6. Embora se encontre reconhecida, pela Suprema Corte, a inconstitucionalidade da inserção do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, isso não significa que a tese possa ser alegada em abstrato, como uma carta branca capaz de nulificar todo título executivo que veicule referida cobrança, em total desprezo às disposições legais de presunção de certeza e liquidez da Dívida Ativa regularmente inscrita, conforme art. 204 do CTN e art. 3º da LEF.

7. Necessário destacar que o PIS e a COFINS, assim como o ICMS, são tributos sujeitos a lançamento por homologação, que decorre de declaração fornecida pelo próprio contribuinte e cuja competência para instituir e cobrar é atribuída a entes federativos diversos (União e Estados).

8. Cumpre ao contribuinte, sujeito que efetivamente possui as informações necessárias, demonstrar a existência e quantificar os valores pagos a título de ICMS, permitindo à União proceder ao recálculo, com a devida exclusão do excesso inconstitucional.

9. No caso em análise, a agravante limitou-se a apresentar a tese jurídica, já amplamente conhecida, sem destacar quais os valores que estariam equivocadamente cobrados nos títulos executivos, invocando, apenas, a nulidade da CDA.

11. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à alegada inexigibilidade da cobrança da contribuição previdenciária em razão da inclusão indevida de verbas de caráter indenizatório em seu valor.

12. Estando regularmente inscrita, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Embora não sejam absolutas tais presunções, é certo que produzem efeitos até prova inequívoca acerca da respectiva invalidade.

13. Segundo disposição legal, o ônus desta prova é atribuído a quem alega ou aproveita, sendo que a simples alegação genérica de nulidade ou inexigibilidade da cobrança é insuficiente para desconstituir o título executivo, pois, como visto, neste caso, cabe à parte agravante desfazer a presunção que recai sobre a CDA, e, no caso em apreço, não logrou tal êxito.

14. Ainda que restasse configurado eventual excesso de execução, não seria o caso de extinção do feito, mas apenas a adequação dos títulos com o abatimento do excesso verificado.

15. Agravo de instrumento improvido. (AI 5019099-16.2018.4.03.0000, Relator Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/12/2018) (grifei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA A SER DISCUTIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. A exceção de pré-executividade autoriza que o devedor se volte contra o crédito do exequente sem prestar garantia do juízo, desde que a matéria invocada seja de ordem pública. Tem, efetivamente, como pressuposto de admissibilidade "prova inequívoca dos fatos alegados", pois caso contrário deverá o devedor valer-se dos embargos, que lhe ensejarão ampla dilação probatória.

2. A Lei nº 6.830/80 - Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 16, não permite que se oponha exceção de direito material fora dos embargos à execução.

3. O título executivo se reveste de presunção de liquidez e certeza, que somente pode ser ilidida por prova inequívoca, nos termos do art. 3º da Lei n. 6.830/80 e pelas vias próprias, quais sejam, os embargos à execução.

4. Não resta incontroverso nos autos qual o montante, a título de ICMS, deveria ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, devendo a agravante comprovar por meio de livros contábeis e balanço que referido valor está sendo cobrado.

5. O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que cabe "ao executado, por meio de embargos, arguir eventual excesso de execução ou a inexigibilidade do título por inteiro, por constituir matéria típica de defesa" (REsp 1270531/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJE 28/11/2011).

6. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AI 5018506-21.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/01/2019) (grifei)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGADA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA PIS E DA COFINS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM SEDE DE EMBARGOS, À VISTA DA NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL QUE DEMONSTRE SEM REBUÇOS QUE NO QUANTUM DA TRIBUTAÇÃO EXEQUENDA OPEROU-SE A INCLUSÃO DA CARGA FISCAL DE ICMS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, criação jurisprudencial, é providência processual de natureza restritíssima, viável apenas diante de situação jurídica clara e demonstrável de plano.

2. No caso concreto a suposta nulidade do título executivo sob a alegação de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS é matéria própria de defesa nos embargos. Isso porque ainda que se reconheça a inconstitucionalidade dessa inclusão (como feito recentemente pelo STF), é imprescindível a demonstração contábil da apuração das receitas utilizadas na composição da base de cálculo do tributo exequendo, para assim verificar se há parcela a ser excluída. Isso não pode ocorrer em sede de exceção de pré-executividade.

3. A afirmação de que a base de cálculo da dívida exequenda foi indevidamente ampliada exige prova pericial; resta, pois, infensa de apreciação nos limites estreitos da exceção de pré-executividade.

4. Agravo interno não provido. (AI 5020818-33.2018.4.03.0000, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2019) (grifei)

A aplicação da multa de 20% não produz efeito de confisco. O percentual não pode ter paralelo no Direito Privado, porquanto se destina a estimular o cumprimento de obrigações que condicionam o funcionamento do Estado e a prestação de serviços públicos (arrecadação de receitas). A cifra deve assumir uma dimensão que encoraje o recolhimento voluntário, principalmente num país de altos índices de sonegação fiscal.

O montante de 20% se revela razoável e proporcional à importância da prestação a ser garantida e se distancia significativamente do parâmetro de confisco delimitado pela jurisprudência do STF - superior a 100% do valor da obrigação principal, nos termos do AI 727872 AgR / RS, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ 28/04/2015.

Por fim, quanto às demais alegações, saliento que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

O Excelentíssimo Desembargador Federal Nery Junior: Peço vênias para divergir parcialmente do E. Relator e dar parcial provimento ao agravo.

O ponto divergente diz respeito à possibilidade de se veicular em exceção de pré-executividade matéria relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com efeito, desde o julgamento do Tema 69/STF da sistemática da repercussão geral, esta E. Terceira Turma tem reconhecido que a tese fixada pelo C. Supremo Tribunal Federal pode ser aplicada em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar de matéria cognoscível de ofício que prescinde de dilação probatória. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - COMPROVAÇÃO DE PLANO - ICMS - BASE DE CÁLCULO - PIS E COFINS - EXCLUSÃO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RECURSO PROVIDO, PARA ACOLHER PEDIDO SUBSIDIÁRIO DA AGRAVANTE.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.

4. Na hipótese, cumpre ressaltar que nenhuma exceção tem fundamento legal a Lei nº 9.718/98, segundo CDAs acostadas.

5. Recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, posiciona-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do RE 240.785-2/MG.

6. Cabe acrescentar que, com base no precedente citado, foi adotado, recentemente, novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94.

7. A recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, em 15/3/2017, nos autos do nº 574.706, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

8. Cabível a exceção de pré-executividade, sendo de rigor a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, nos termos supra.

9. Por se tratar de mera exclusão do ICMS da base de cálculo, desnecessária a substituição da CDA e descabida a extinção da execução fiscal, por esse motivo e sem que haja qualquer ofensa ao disposto nos artigos 202 e 203, CTN e 783 e 803, CPC, bastando a retificação do título executivo, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recursos repetitivos (REsp nº 1.115.501).

10. Agravo de instrumento provido, para acolher o pedido subsidiário da agravante.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592862 - 0022837-68.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017)

Por outro lado, importa consignar que, por se tratar de simples exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS através de mero cálculo aritmético, é desnecessária a substituição da CDA e descabida a extinção da execução fiscal, bastando a retificação do título executivo, nos termos já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos, *verbis*:

Tema 249/STJ

Tese firmada:

“O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).”

Ante o exposto, vêm todas, dirijo do E. Relator para **dar parcial provimento** ao agravo de instrumento, apenas para determinar a exclusão dos valores decorrentes da majoração acarretada pela inclusão de todo o ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CDA. NULIDADE AFASTADA. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PENHORA VIA BACENJUD. ORDEM PREFERENCIAL. ARTIGO 11 DA LEI 6.830/80. ARTIGO 805 DO NOVO CPC. MULTA DE MORA DE 20%. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara.
2. A penhora de valores em espécie, em depósito ou em aplicação financeira é preferencial em relação aos demais bens elencados no artigo 11, da Lei 6.830/80.
3. É certo que o artigo 620 do antigo Código de Processo Civil, estipulava a regra de que, quando possível, a execução deve se dar do modo menos gravoso para o devedor. A mesma orientação continua em vigor no artigo 805 do novo Código de Processo Civil.
4. No entanto, tal norma deve ser conjugada com as demais que regem a execução fiscal. E, como exposto acima, o artigo 11 da Lei 6.830/80 estabelece uma ordem preferencial de penhora em favor da exequente e que, portanto, deve também ser respeitada, em homenagem ao princípio da máxima utilidade da execução.
5. Com efeito, a norma contida no artigo 620 do antigo Código de Processo Civil ou artigo 805 do novo Código de Processo Civil não pode servir como medida que dificulte a execução, mas sim como garantia do executado que assegure o modo menos gravoso diante de duas ou mais possibilidades igualmente úteis à satisfação do crédito, o que não é o caso dos autos.
6. No tocante às Certidões de Dívida Ativa, pertine salientar que possui os atributos de certeza e liquidez, permitindo o exercício do direito de defesa pelo embargante, inexistindo qualquer ofensa aos princípios da ampla defesa e contraditório obedecendo ao disposto no art. 202 do CTN e do artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/1980.
7. A matéria vertida nos autos refere-se à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706/PR, firmando-se a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições.
8. Contudo, a veiculação da matéria em exceção de pré-executividade não é adequada quando considerada a necessidade de que se abra necessária dilação probatória de modo a quantificar a parcela inexistível, a qual, inclusive, no mais das vezes é controvertida entre as partes.
9. Aplicada a tese firmada pelo STF no RE 574.706, a União Federal deverá proceder ao recálculo da dívida, oportunidade em que deverá ter à sua disposição a comprovação do recolhimento indevido e o montante de ICMS que compôs a base de cálculo.
10. Ou seja, serão necessários documentos aptos a demonstrar quais receitas compuseram a dívida/base de cálculo das exações para, só então, realizar-se a devida adequação/recálculo, procedimento vedado na via estreita da exceção de pré-executividade.
11. A aplicação da multa de 20% não produz efeito de confisco. O percentual não pode ter paralelo no Direito Privado, porquanto se destina a estimular o cumprimento de obrigações que condicionam o funcionamento do Estado e a prestação de serviços públicos (arrecadação de receitas). A cifra deve assumir uma dimensão que encoraje o recolhimento voluntário, principalmente num país de altos índices de sonegação fiscal.
12. O montante de 20% se revela razoável e proporcional à importância da prestação a ser garantida e se distancia significativamente do parâmetro de confisco delimitado pela jurisprudência do STF - superior a 100% do valor da obrigação principal, nos termos do AI 727872 AgR / RS, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, DJ 28/04/2015.
13. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Nery Júnior que lhe dava parcial provimento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001612-26.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: EDUARDO IOSSI PESSINI
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR COELHO - SP257684-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001612-26.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: EDUARDO IOSSI PESSINI
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR COELHO - SP257684-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos opostos por EDUARDO IOSSI PESSINI à Execução Fiscal nº 0005046-55.2012.403.6102 ajuizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP objetivando a cobrança do débito inscrito na CDA nº 30112138111.

A sentença julgou improcedente o pedido, sem condenação em honorários, em face do disposto no Decreto-lei 1025/69.

Apela o embargante, alegando, em síntese, a nulidade da CDA, por ausência de fundamentação. Aduz, ainda, a nulidade da penhora sobre o imóvel de matrícula nº 84.300 do 2º C.R.I. de Ribeirão Preto, por tratar-se de bem de família e por ausência de intimação da sua ex-cônjuge sobre a construção efetuada.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001612-26.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: EDUARDO IOSSI PESSINI
Advogado do(a) APELANTE: JULIO CESAR COELHO - SP257684-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCMBUSTIVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Ressalta-se, inicialmente, que art. 202 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, §5º e 6º da Lei de Execuções Fiscais preveem um conteúdo mínimo necessário para a regularidade das certidões de dívida ativa.

Tais requisitos, em verdade, materializam condições essenciais para que o executado tenha plena oportunidade de defesa, dentre os quais se destacam a origem, natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida.

No caso, observa-se que o título executivo preenche todos os requisitos, não tendo o embargante logrado êxito em desconstruir a presunção de veracidade e liquidez inerente a todas as certidões de dívida ativa.

A indicação do histórico legislativo do fato gerador do tributo, que inclui normas revogadas, não tem o condão de macular o título, ao contrário, elucida a evolução relacionada à exação.

A análise do título e do anexo discriminativo do débito que o acompanha demonstra que estão presentes os requisitos necessários para a regular execução, e indicam os elementos suficientes a garantir a ampla defesa da executada.

Não se cogita, portanto, de nulidade da execução fiscal.

Por outro lado, melhor sorte não assiste ao apelante no tocante à caracterização do imóvel como bem de família.

A Lei nº 8.009/90 trata da impenhorabilidade do bem de família, advertindo em seu art. 1º que "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei".

A finalidade da impenhorabilidade prevista na lei é de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário, protegendo-lhe a família.

O instituto e sua finalidade estão de pleno acordo com o próprio art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988, que eleva a família à condição de base da sociedade e merecedora de proteção especial do próprio Estado, além de conferir efetividade à norma contida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência do STJ considera que, para a caracterização do imóvel como bem de família, é imprescindível a comprovação de que o devedor nele reside ou de que o bem seja utilizado em proveito da família.

A Lei nº 8.009/1990 restringe a impenhorabilidade ao prédio que esteja sob a posse do cônjuge, pais ou filho do devedor proprietário (artigo 1º, caput).

No caso concreto, o imóvel matriculado sob o nº 84.300 no CRI de Ribeirão Preto/SP não se enquadra na definição de bem de família. Não se encontra ocupado por membros da entidade familiar que contraíram a dívida tributária, mas por pessoa diversa – irmão, consoante restou certificado pelo Oficial de Justiça por ocasião da penhora (Id. nº 85040702 – fs. 40).

Acrescente-se que a documentação trazida à colação pelo embargante não se mostra suficiente a desconstituir a constatação do Oficial de Justiça.

Por fim, não há que falar em nulidade da penhora, uma vez que devidamente resguardada a cota parte da coproprietária, que deve ser intimada por ocasião do leilão do imóvel, a fim de que possa exercer seu direito de preferência.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

Anote-se a alteração da representação processual (Id. nº 119577858).

É o voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA AFASTADA. BEM DE FAMÍLIA. NÃO COMPROVAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I – O art. 202 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, §5º e 6º da Lei de Execuções Fiscais preveem um conteúdo mínimo necessário para a regularidade das certidões de dívida ativa.

II - O título executivo preenche todos os requisitos, não tendo a embargante logrado êxito em desconstituir a presunção de veracidade e liquidez inerente a todas as certidões de dívida ativa. Não se cogita, portanto, de nulidade da execução fiscal.

III - A Lei nº 8.009/1990 restringe a impenhorabilidade ao prédio que esteja sob a posse do cônjuge, pais ou filho do devedor proprietário (artigo 1º, caput).

IV - O imóvel constrito não se enquadra na definição de bem de família. Não se encontra ocupado por membros da entidade familiar que contraíram a dívida tributária, mas por pessoa diversa – irmão.

V – Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027198-38.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027198-38.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade, pois não afastada a presunção de legalidade e liquidez dos títulos executivos e inexistente abusividade na multa aplicada.

Alegou-se que: (1) é indevida aplicação de juros de mora sobre multa de ofício, por ter caráter de sanção; (2) há nulidade das certidões de dívida ativa, por terem sido lavradas sem a observância dos ditames legais e sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027198-38.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a execução fiscal versa sobre multa administrativa, por infração à Lei 9.656/1998, que não foi adimplido, gerando aplicação de juros de mora.

Não se trata de juros de mora sobre multa de ofício, nem de cobrança fundada no Código Tributário Nacional ou na legislação tributária em si. Ao contrário, regido por lei administrativa, também a imposição de juros de mora na falta de recolhimento ou recolhimento em atraso decorre de lei administrativa, no caso, o artigo 37-A da Lei 10.522/2002, que prevê a tais créditos a aplicação dos juros previstos na legislação fiscal (artigos 13 da Lei 9.065/1995, e 84, I, da Lei 8.981/1995).

Evidencia-se, portanto, que nenhum dos fundamentos elencados tem pertinência com a espécie, ou seja com a natureza administrativa, e não tributária, da multa executada.

Quanto à alegação de nulidade das certidões de dívida ativa, é genérica a impugnação, narrando apenas terem sido lavradas sem a observância dos ditames legais e sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório. Não se cuidou de descrever, identificar e, tampouco, comprovar qual a ilegalidade ou nulidade praticada, dentro do ônus da executada de comprovar a falta de liquidez e certeza do título executivo, assim como desconstituir a presunção legal de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. MULTA ADMINISTRATIVAS. JUROS DE MORA. CABIMENTO. DESPROVIMENTO.

1. A execução fiscal versa sobre multa administrativa, por infração à Lei 9.656/1998, que não foi adimplido, gerando aplicação de juros de mora. Não se trata de juros de mora sobre multa de ofício, nem de cobrança fundada no Código Tributário Nacional ou na legislação tributária em si. Ao contrário, regido por lei administrativa, também a imposição de juros de mora na falta de recolhimento ou recolhimento em atraso decorre de lei administrativa, no caso, o artigo 37-A da Lei 10.522/2002, que prevê a tais créditos a aplicação dos juros previstos na legislação fiscal (artigos 13 da Lei 9.065/1995, e 84, I, da Lei 8.981/1995). Evidencia-se, portanto, que nenhum dos fundamentos elencados tem pertinência com a espécie, ou seja com a natureza administrativa, e não tributária, da multa executada.

2. Quanto à alegação de nulidade das certidões de dívida ativa, é genérica a impugnação, narrando apenas terem sido lavradas sem a observância dos ditames legais e sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório. Não se cuidou de descrever, identificar e, tampouco, comprovar qual a ilegalidade ou nulidade praticada, dentro do ônus da executada de comprovar a falta de liquidez e certeza do título executivo, assim como desconstituir a presunção legal de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030618-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO: ODONTOCLEAN PLUS ASSISTENCIA ODONTOLOGICAS/C LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030618-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO: ODONTOCLEAN PLUS ASSISTENCIA ODONTOLOGICAS/C LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu o redirecionamento da ação aos sócios da pessoa jurídica executada, sob fundamento de não haver demonstração documental no requerimento sobre a permanência nos quadros sociais no momento da ocorrência do fato gerador e da constatação da dissolução irregular.

Alegou que restou demonstrado suficientemente a condição de sócio dos requeridos, em ambos os momentos, inexistindo ficha cadastral da JUCESP a ser apresentada, tendo em vista tratar-se de sociedade civil, e não de empresa mercantil.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030618-51.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO: ODONTOCLEAN PLUS ASSISTENCIA ODONTOLOGICAS/C LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, encontra-se pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 435/STJ, no sentido de que *“presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”*

No caso, a execução fiscal foi ajuizada pela ANS em face de ODONTOCLEAN PLUS ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA S/C LTDA, para cobrança de *“Taxa de Saúde Suplementar por Plano de Assistência à Saúde, prevista no artigo 20, I, da Lei 9.961/2000”*, com vencimento entre março e dezembro/2008 (Id 107427469, f. 06), não sendo a pessoa jurídica executada localizada nos endereços cadastrais (Id 107427469, f. 14; Id 107427469, f. 24; e Id 107427469, f. 40).

Assim, a exequente requereu redirecionamento da execução fiscal aos sócios, o que foi indeferido pelo Juízo, sob fundamento de não ter sido comprovado documentalmente que os representantes indicados constariam dos quadros sociais quando da ocorrência do fato gerador e da constatação da dissolução irregular.

De fato, o requerimento de redirecionamento da exequente foi instruído com contratos sociais da executada, registrada em cartório de registro civil de pessoas jurídicas (por se tratar de sociedade civil), encaminhadas em sua totalidade à exequente pelo 1º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil e Pessoa Jurídica da Comarca de São Paulo (Id 107427469, f. 51).

A exequente assim requereu o redirecionamento da ação executiva aos sócios SILVIO FERNANDO TEIXEIRA, CARLOS ROBERTO RODRIGUES JÚNIOR e CLÁUDIO MARCOS ZAMBRANO que, de acordo com os contratos sociais encaminhados pelo cartório de registro civil de pessoas jurídicas, integram a sociedade desde novembro/1999 (Id 107427469, f. 53; Id 10747469, f. 58; e Id 107427469, f. 62), sem que haja registro de alterações posteriores, a revelar, em princípio e sem comprovação em contrário, a vinculação societária existente por todo o período necessário ao exercício da pretensão deduzida pela exequente.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIOS. SOCIEDADE CIVIL. COMPROVAÇÃO DO PERÍODO DE PERMANÊNCIA NOS QUADROS SOCIAIS.

1. Pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 435/STJ, no sentido de que *“presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.”*

2. A execução fiscal foi ajuizada pela ANS em face de ODONTOCLEAN PLUS ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA S/C LTDA, para cobrança de *“Taxa de Saúde Suplementar por Plano de Assistência à Saúde, prevista no artigo 20, I, da Lei 9.961/2000”*, com vencimento entre março e dezembro/2008, não sendo a pessoa jurídica executada localizada nos endereços cadastrais. Assim, a exequente requereu redirecionamento da execução aos sócios, o que foi indeferido, sob fundamento de não ter sido comprovado documentalmente que os representantes indicados constariam dos quadros sociais quando da ocorrência do fato gerador e da constatação da dissolução irregular.

3. O requerimento de redirecionamento da exequente foi instruído com contratos sociais da executada, registrada em cartório de registro civil de pessoas jurídicas (por se tratar de sociedade civil), encaminhadas em sua totalidade à exequente pelo 1º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil e Pessoa Jurídica da Comarca de São Paulo. A exequente assim requereu o redirecionamento da ação executiva aos sócios SILVIO FERNANDO TEIXEIRA, CARLOS ROBERTO RODRIGUES JÚNIOR e CLÁUDIO MARCOS ZAMBRANO que, de acordo com os contratos sociais encaminhados pelo cartório de registro civil de pessoas jurídicas, integram a sociedade desde novembro/1999, sem que haja registro de alterações posteriores, a revelar, em princípio e sem comprovação em contrário, a vinculação societária existente por todo o período necessário ao exercício da pretensão deduzida pela exequente.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000862-64.2019.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LUIZ SIMOES BERTHOUD
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO DE BORGIA MENDES PEREIRA - SP234863-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000862-64.2019.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LUIZ SIMOES BERTHOUD
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO DE BORGIA MENDES PEREIRA - SP234863-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Luiz Simões Berthoud em face de sentença que, em liquidação por artigos de condenação penal, fixou como indenização pela extração irregular de areia da União o montante de R\$ 23.393.311,43, prevendo correção monetária e juros de mora, incidentes, respectivamente, desde a data do laudo pericial e do evento danoso, e arbitrando honorários de advogado de 3% do valor devido.

Decidiu o Juízo de Origem que a fixação de indenização mínima por sentença penal condenatória não era exigível na época da prolação, Luiz Simões Berthoud, na condição de condenado pelos crimes previstos no artigo 2º da Lei n. 8.176 de 1991 e no artigo 55 da Lei n. 9.605 de 1998, deve responder pela execução civil do título judicial e a liquidação por artigos representa procedimento compatível com a necessidade de apuração de fatos novos – quantidade de areia extraída e valor de mercado do minério.

Ponderou que o cálculo da indenização mediante imagem de satélite da área na época da lavra dos recursos minerais constitui parâmetro razoável e a fixação de condenação em montante superior ao requerido pela União na petição inicial da execução civil reflete a indisponibilidade do interesse envolvido – patrimônio público -, o conteúdo de coisa julgada e a limitação natural da estimativa da Fazenda Pública.

Sustenta Luiz Simões Berthoud, em razões recursais, que a petição inicial é inepta. Explica que o título judicial em fase de execução não especificou a quantidade de areia extraída, nem o preço do minério no momento da lavra, o que torna o pedido incerto e indeterminado.

Suscita também preliminar de ilegitimidade de parte, sob o fundamento de que a exploração dos recursos minerais beneficiou apenas a pessoa jurídica de que era administrador (Magnificat Extração e Comércio de Areia e Pedra Ltda.), sem que haja possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

Argumenta, no mérito, que a execução civil não pode prosseguir, porquanto a sentença penal condenatória não cogitou de qualquer dano, tanto que deixou de especificar a quantidade de areia extraída e o valor de mercado do minério.

Alega que recolheu os tributos correspondentes à exploração e já sofreu autuação por infração ambiental, o que configuraria duplicidade de ressarcimento.

Acrescenta que o laudo pericial fixou o volume de extração aleatoriamente, sem base no título executivo (4.500 metros cúbicos por mês), e sugeriu uma indenização que extrapola os limites da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer a declaração de descabimento da indenização ou, no mínimo, a redução do valor ao montante requerido pela União (R\$ 2.904.457,50).

Pediu, ao final, a concessão de justiça gratuita.

A União apresentou contrarrazões ao recurso.

O Ministério Público Federal se manifestou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000862-64.2019.4.03.6121
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: LUIZ SIMOES BERTHOUD
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO DE BORGIA MENDES PEREIRA - SP234863-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Primeiramente, o pedido de justiça gratuita deve ser deferido. A alegação de hipossuficiência traz presunção de veracidade, que deve prevalecer na ausência de impugnação da parte contrária e de indícios de maior capacidade econômica (artigo 99, § 3º, do CPC).

A apelação não deve ser conhecida.

O pronunciamento do juiz que liquida condenação é passível de impugnação por agravo de instrumento. O artigo 1.015, parágrafo único, do CPC prevê expressamente o cabimento do recurso contra as decisões proferidas na fase de liquidação.

Embora haja controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do provimento de liquidação, o CPC assumiu posição a respeito da matéria, prevendo que a sentença é o pronunciamento judicial que encerra a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução (artigo 203, § 1º). Correlatamente, as decisões que não produzam esse efeito, como a que liquida título executivo judicial ou extrajudicial, são interlocutórias (§ 2º) e, se corresponderem ao rol de questões agraváveis que consta do artigo 1.015, desafiam a interposição de agravo de instrumento.

O fato de o título executivo representar sentença penal condenatória, com a necessidade de petição inicial executiva e de citação da parte (artigo 515, § 1º, do CPC), não exerce influência. A liquidação permanece como fase de um procedimento complexo, cujo desfecho ocorre com pronunciamento judicial que extingue a execução. A definição do objeto da condenação constitui um ponto incidente, de preparação da execução, que não se ajusta ao conceito de sentença e aos limites de apelação (artigo 1.009).

A conclusão não se modifica em função da natureza da liquidação por artigos – necessidade de prova de fatos novos segundo o procedimento comum. Independentemente das fases postulatória e instrutória e da maior profundidade do rito (artigos 509, II, e 511, do CPC), o objeto da condenação é delimitado por decisão interlocutória, enquanto estágio para o início da execução.

Não se encerra a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução; simplesmente se demarcam os limites de título executivo judicial ou extrajudicial, a fim de que se possa iniciar o próprio cumprimento de sentença penal condenatória.

O princípio da fungibilidade recursal tampouco se aplica. A legislação processual, independentemente da necessidade de ação própria para o cumprimento de sentença penal condenatória ou da profundidade da liquidação pelo procedimento comum, prevê expressa e literalmente o agravo de instrumento para decisões proferidas na fase de liquidação.

Inexiste dúvida objetiva sobre a adequação recursal, a ser extraída da obscuridade ou omissão da lei. O CPC estabelece o agravo de instrumento, ponderando a ausência de potencial da decisão para extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução, conforme o conceito de sentença (artigos 1.015, parágrafo único, e 203, § 1º e § 2º).

A interposição de apelação configura erro inescusável, que não pode ser minimizado pela instrumentalidade das formas, sob pena de violação ao devido processo legal e de desorientação procedimental, em prejuízo da boa-fé e da segurança jurídica.

Portanto, o recurso interposto por Luiz Simões Berthoud em face de decisão que resolveu a liquidação de sentença penal condenatória não atendeu ao requisito da adequação.

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.

1. Não há falar em ofensa aos arts. 489 e 1022 do CPC/15, porquanto as questões fundamentais ao deslinde da controvérsia foram apreciadas pelo Tribunal a quo, sendo que não caracteriza omissão ou falta de fundamentação a mera decisão contrária ao interesse da parte, tal como na hipótese dos autos. Precedentes.

2. Não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, examinar violação à dispositivo constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal reservou tal competência ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, III, da CF. Precedentes.

3. Consoante entendimento firmado por esta Corte Superior, o recurso cabível contra decisão de liquidação que não põe fim ao processo é o agravo de instrumento. A interposição de apelação constitui erro grosseiro que impede a aplicação do princípio da fungibilidade. 3.1. No caso dos autos, o Tribunal de origem constatou que a decisão judicial contra a qual foi interposta apelação não extinguiu o processo, mas tão somente encerrou a fase de liquidação de sentença e passou ao cumprimento de sentença, determinando que as partes apresentassem planilha de cálculo atualizada, de modo que o recurso cabível naquela oportunidade era o agravo de instrumento, e não a apelação. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Agravo interno desprovido.

(STJ, AgInt no Resp 1776299, Relator Marco Buzzi, Quarta Turma, DJ 26.11.2019).

Ante o exposto, não conheço da apelação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AMBIENTAL. LIQUIDAÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM. DECISÃO PROFERIDA. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO INESCUSÁVEL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. A apelação não deve ser conhecida.

II. O pronunciamento do juiz que liquida condenação é passível de impugnação por agravo de instrumento. O artigo 1.015, parágrafo único, do CPC prevê expressamente o cabimento do recurso contra as decisões proferidas na fase de liquidação.

III. Embora haja controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica do provimento de liquidação, o CPC assumiu posição a respeito da matéria, prevendo que a sentença é o pronunciamento judicial que encerra a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução (artigo 203, § 1º). Correlatamente, as decisões que não produzam esse efeito, como a que liquida título executivo judicial ou extrajudicial, são interlocutórias (§ 2º) e, se corresponderem ao rol de questões agraváveis que consta do artigo 1.015, desafia a interposição de agravo de instrumento.

IV. O fato de o título executivo representar sentença penal condenatória, com a necessidade de petição inicial executiva e de citação da parte (artigo 515, § 1º, do CPC), não exerce influência. A liquidação permanece como fase de um procedimento complexo, cujo desfecho ocorre com pronunciamento judicial que extingue a execução. A definição do objeto da condenação constitui um ponto incidente, de preparação da execução, que não se ajusta ao conceito de sentença e aos limites de apelação (artigo 1.009).

V. A conclusão não se modifica em função da natureza da liquidação por artigos – necessidade de prova de fatos novos segundo o procedimento comum. Independentemente das fases postulatória e instrutória e da maior profundidade do rito (artigos 509, II, e 511, do CPC), o objeto da condenação é delimitado por decisão interlocutória, enquanto estágio para o início da execução.

VI. Não se encerra a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução; simplesmente se demarcam os limites de título executivo judicial ou extrajudicial, a fim de que se possa iniciar o próprio cumprimento de sentença penal condenatória.

VII. O princípio da fungibilidade recursal tampouco se aplica. A legislação processual, independentemente da necessidade de ação própria para o cumprimento de sentença penal condenatória ou da profundidade da liquidação pelo procedimento comum, prevê expressa e literalmente o agravo de instrumento para decisões proferidas na fase de liquidação.

VIII. Inexiste dúvida objetiva sobre a adequação recursal, a ser extraída da obscuridade ou omissão da lei. O CPC estabelece o agravo de instrumento, ponderando a ausência de potencial da decisão para extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução, conforme o conceito de sentença (artigos 1.015, parágrafo único, e 203, § 1º e § 2º).

IX. A interposição de apelação configura erro inescusável, que não pode ser minimizado pela instrumentalidade das formas, sob pena de violação ao devido processo legal e de desorientação procedimental, em prejuízo da boa-fé e da segurança jurídica.

X. Portanto, o recurso interposto por Luiz Simões Berthoud em face de decisão que resolveu a liquidação de sentença penal condenatória não atendeu ao requisito da adequação.

XI. Apelação não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu da apelação., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007953-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: JOAO VICENTE APARECIDO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007953-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: JOAO VICENTE APARECIDO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário em face de sentença que concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 15 (quinze) dias, proceda ao prosseguimento do pedido protocolado em 06.02.2019, sob o nº 27430798, desde que não haja por parte do impetrante providência a ser cumprida.

Parecer do Ministério Público Federal pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007953-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: JOAO VICENTE APARECIDO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

A Lei 9.784/99 preceitua em seus artigos 48 e 49 que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, bem como tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, quando concluída a instrução dos procedimentos administrativos.

Em relação à conclusão do processo administrativo, o artigo 174 do Decreto n.º 3048/99 concede um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da entrega dos documentos necessários, para que a Autarquia efetue o primeiro pagamento do benefício, senão veja-se:

Art. 174. O primeiro pagamento do benefício será efetuado até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária à sua concessão.

Parágrafo único. O prazo fixado no caput fica prejudicado nos casos de justificação administrativa ou outras providências a cargo do segurado, que demandem a sua dilação, iniciando-se essa contagem a partir da data da conclusão das mesmas.

Nesse prazo, o INSS deverá proceder à análise, apreciação e conclusão do procedimento administrativo de concessão de benefício, deferindo-o ou não ao segurado, excetuados os casos em que haja fundamentada decisão administrativa ou providências a serem tomadas a cargo do solicitante.

Não favorece à autoridade impetrada e ao INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento." (TRF3 - T8 - REOMS 318381 - 0001143-02.2008.4.03.6183 - Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI - j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. - Remessa oficial improvida." (TRF3 - T9 - REOMS 362826 - 0001774-82.2015.4.03.6123 - Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS - j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

Destarte, de rigor a manutenção da decisão *a quo*.

Ante o exposto, nego provimento ao reexame necessário.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O ato apontado como coator viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo do impetrante.

2. Não favorece à autoridade impetrada e ao INSS o argumento de que, por questões procedimentais e administrativas, não pode se desincumbir dos deveres plasmados na lei de regência.

3. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

4. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015421-90.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO RIBEIRO
Advogados do(a) AGRAVANTE: LYGIA BOJIKIAN CANEDO - SP222576-A, NAIARA VITRO BARRETO - SP360748-A, TATIANA SARTORI JUDICE - SP374689
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015421-90.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO RIBEIRO
Advogados do(a) AGRAVANTE: LYGIA BOJIKIAN CANEDO - SP222576-A, NAIARA VITRO BARRETO - SP360748-A, TATIANA SARTORI JUDICE - SP374689
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUIZ ANTONIO RIBEIRO contra a decisão que, em sede de exceção de pré-executividade, rejeitou a alegação de ocorrência de prescrição do crédito tributário constituído através de auto de infração, referente a tributo cujo fato gerador operou-se em 02/1992, materializado na CDA Certidão de Dívida Ativa nº 80 1 01 000350-87.

Suscita que, tratando-se de crédito tributário constituído anteriormente à edição da Lei Complementar nº 118/05, aplica-se ao caso a redação original do artigo 174, inciso I, do Código Tributário Nacional, que prevê a interrupção do prazo prescricional com a citação pessoal do devedor.

Alega a ausência de citação válida apta a promover a interrupção do prazo prescricional. Cita a seu favor que a suposta citação teria ocorrido em face de homônimo.

Requer a extinção da execução fiscal nº 0016912-97.2001.403.6182.

Foi oferecida contraminuta.

É o relatório

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015421-90.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LUIZ ANTONIO RIBEIRO
Advogados do(a) AGRAVANTE: LYGIA BOJIKIAN CANEDO - SP222576-A, NAIARA VITRO BARRETO - SP360748-A, TATIANA SARTORI JUDICE - SP374689
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cumprе esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara.

Não sem embargo, a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça veicula que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

A questão controvertida, para ser considerada eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, exige que constem nos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento imediato do pedido pelo Juízo de modo a infirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da CDA.

O caso dos autos versa sobre o tema da prescrição material.

De acordo como caput do art. 174 do Código Tributário Nacional, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito dá-se com a entrega ao fisco da Declaração de Contribuições de Tributos Federais (DCTF), Declaração de Rendimentos ou outra que se assemelhe. Portanto, prescindível de constituição formal do débito pelo Fisco, não incidindo o prazo decadencial, mas apenas a prescrição do direito à cobrança.

É nesse também sentido o teor da Súmula nº 436/STJ, segundo a qual "a entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco".

Com efeito, o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que "em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior" (in: AgRg no AREsp nº 302363/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 05.11.2013, DJe 13.11.2013).

De outra parte, constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não havendo impugnação pela via administrativa, o curso do prazo prescricional inicia-se com a notificação do lançamento tributário (AgRg no AREsp 439.781/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014).

Outrossim, consoante entendimento firmado no julgamento do recurso especial nº 1.120.295/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a propositura da ação é o termo ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas constantes do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que deve ser interpretado conjuntamente com o art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil.

Ainda, a interrupção do curso da prescrição deve observar a data do ajuizamento da execução: se o ajuizamento for anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, 09/06/2005, interrompe-se com a citação pessoal do devedor; se ajuizada após a vigência daquela lei complementar, interrompe-se pelo próprio despacho que ordenou a citação, retroagindo, em ambos os casos, à data do ajuizamento da execução, desde que eventual demora da citação do devedor, no primeiro caso, não tenha se dado por culpa exclusiva do exequente.

Confiram-se, a esse respeito, os arestos:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONTROVÉRSIA FUNDADA NO EXAME DA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ÔBICE DA SÚMULA 280/STF. APLICABILIDADE DO ART. 219, § 1º, DO CPC. À EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.120.295/SP. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

(...)

4. Com o julgamento do REsp n. 1.120.295/SP, pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08, restou consolidado nesta Corte Superior que o artigo 174 do Código Tributário Nacional deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil, sendo descabida a conclusão no sentido de tal preceito legal não aplicar-se à execução fiscal para cobrança de crédito tributário. Assim, como se concluiu no recurso especial representativo de controvérsia, "se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição."

5. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 355273/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXECUÇÃO FISCAL - INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - SITUAÇÃO FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ - EFEITO INFRINGENTE - ACOLHIMENTO.

1. A propositura da ação é o termo ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas constantes do art. 174, parágrafo único, do CTN, conforme entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 21.5.2010, julgado sob o rito do art. 543 - C, do CPC.

2. O Código de Processo Civil, no § 1º de seu art. 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação. Em execução fiscal para a cobrança de créditos tributários, o marco interruptivo da prescrição é a citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou o despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar 118/2005), os quais retroagem à data do ajuizamento da execução.

3. A retroação prevista no art. 219, § 1º, do CPC, não se aplica quando a responsabilidade pela demora na citação for atribuída ao Fisco. Precedentes.

4. Hipótese em que o Tribunal local deixou de aplicar o entendimento constante na Súmula 106/STJ e a retroação prevista no art. 219, § 1º, do CPC, em razão de o Fisco ter ajuizado o executivo fiscal em data muito próxima do escoamento do prazo prescricional.

5. Situação fática delineada no acórdão recorrido que não demonstra desídia do exequente e confirma o ajuizamento da ação executiva dentro do prazo prescricional, circunstância que autoriza a retroação do prazo prescricional.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo, para dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional."

(EDcl no AgRg no REsp 1337133/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 19/06/2013)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTU DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: REsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos REsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis: "Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência condutora à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dia a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida. (...)

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor; revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor; consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que: "Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo). Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição. Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.'

Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação. Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "decadência e prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233) 16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoaço o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

Na hipótese dos autos, a execução fiscal foi ajuizada em 01/10/2001. Em 18/03/2002 foi determinada a citação postal do executado, Luiz Antônio Ribeiro, pessoa física, no seu domicílio fiscal, sito à Avenida Giovanni Gronchi, 6675, ap146f, Edifício Boa Vista, Vila Andrade, São Paulo/SP, tal como consta na CDA nº 80.1.01.000350—87 que materializa crédito tributário constituído através de auto de infração resultante do PA 10880.000794/2001-96, cuja notificação pessoal ocorreu em 09/12/1998.

Foi expedida a 1ª citação postal para o endereço supra, com AR negativo juntado em 08/07/2002.

Intimada a se manifestar, a exequente indicou outros endereços para a efetivação da citação postal: Av. São Bernardo do Campo nº 1147 e/ou Rua Ezaltina de A. Prado Fraga, nº 4029, Bauri, com base em consulta de Guia Telefônico por meio da internet, para onde a MM Juíza *quo* determinou a expedição de carta precatória.

Entretanto, em 30/01/2003 foi juntado aos autos originários (às fls. 16) AR POSITIVO relativo à citação postal enviada para o mesmo endereço declinado na primeira tentativa, ou seja, aquele que consta na Certidão de Dívida Ativa, com recebimento realizado por aposição de assinatura de terceiro em 01/04/2002.

Houve, ainda, citação editalícia em 08 de abril de 2010, após a Fazenda Nacional ter efetuado inúmeras diligências para localizar o endereço do executado para sua citação, sempre frustrada, após o lapso de não verificar que fora feita a juntada do AR positivo mencionado.

Destarte, não prospera a alegação de invalidade da citação, pois cumpria ao executado o ônus de provar a questão da homonímia, o que não ocorreu. Além disso, é dever da parte manter atualizados os cadastros vinculados à Receita Federal.

A expedição da citação postal foi realizada no endereço mantido nos cadastros oficiais da RFB, sendo, portanto, plenamente válida.

De outro lado, presume-se válida a citação via postal recebida por terceiro regularmente identificado e sem ressalvas. Confira-se entendimento pacífico do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO E ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO COMPROVADAS.

1. Cuidou-se originalmente de Exceção de Pré-Executividade oposta pelo agravante contra a execução de IPTU tentada pela fazenda Municipal. O Agravo de Instrumento manteve a decisão de rejeição da Exceção de Pré-Executividade. Inadmitiu-se o Recurso Especial.

2. Presume-se válida a citação postal quando encaminhada a carta citatória ao endereço do imóvel e recebido o Aviso de Recebimento, sem ressalvas, por terceiro devidamente identificado. Precedente: AgRg no AREsp 593.074/DF, Rel. Min Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2014.

3. O IPTU é cobrado diretamente ao proprietário do imóvel urbano, porquanto a responsabilidade tributária, nesse caso, é propter rem. A ausência de alteração de propriedade, na prefeitura, pelo alienante ou pelo comprador, exclui a ocorrência de qualquer ato ilícito em decorrência de ajuizamento de ação de execução de IPTU".

4. É inviável, portanto, analisar a tese, defendida no Recurso Especial, de que "houve irregularidade na citação" ou de que "o imóvel objeto da presente execução não integra o patrimônio do executado", pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido: "presume-se válida a citação postal quando encaminhada a carta citatória ao endereço do imóvel e recebido o Aviso de Recebimento, sem ressalvas, por terceiro devidamente identificado", e: "A ausência de alteração de propriedade, junto à prefeitura, por parte do alienante ou do comprador, exclui a ocorrência de qualquer ato ilícito em decorrência de ajuizamento de ação de execução de IPTU". Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Tema 122/STJ), razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 6. Agravo conhecido para não se conhecer do Recurso Especial.

(AREsp 1603443/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 27/02/2020)

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte Regional:

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CITAÇÃO POSTAL. AVISO DE RECEBIMENTO ASSINADO POR TERCEIRO. VALIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA DO DECRETO Nº 20.910/1932 E DO ARTIGO 2º, § 3º, DA LEI Nº 6.830/1980. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. PENHORA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA SOBRE OS DIREITOS DECORRENTES DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO. NULIDADE AFASTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Citação postal: O artigo 8º da Lei nº 6.830/1980 determina que a citação, nas execuções fiscais, será realizada, via de regra, pelo correio, com aviso de recepção, considerando-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado. Não há qualquer exigência de que o aviso de recebimento seja assinado pelo próprio executado ou por seu representante legal, mesmo porque o artigo 12, § 3º, da Lei de Execuções Fiscais preconiza que eles serão intimados pessoalmente da penhora, caso inexistente a assinatura na citação postal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional reconhece a validade da citação realizada nos moldes do mencionado dispositivo, mediante a entrega da correspondência no endereço do executado, ainda que o aviso de recebimento seja assinado por pessoa diversa.

2. Prescrição do crédito: Tratando-se de multa cuja natureza é administrativa, ou seja, não tributária, afasta-se a incidência do Código Tributário Nacional, devendo a Administração observar as disposições do Decreto nº 20.910/1932, no que tange ao prazo quinquenal para prescrição, e a disciplina do artigo 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/1980, no que concerne à sua suspensão. No caso em liça, não havendo notícia de impugnação na esfera administrativa, verifica-se que o crédito mais remoto tornou-se exigível em dezembro de 2000 (termo inicial para contagem de juros e correção monetária), sendo este o dies a quo da fluência do prazo prescricional. Com a inscrição dos débitos em dívida ativa em dezembro de 2004, ocorreu a suspensão do prazo prescricional por 180 dias. A ação de execução fiscal foi ajuizada em junho de 2005, após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, de modo que o termo final da prescrição foi a ordem de citação, proferida em novembro do mesmo ano. Descabida, portanto, a alegação de prescrição, vez que não decorridos mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito e o despacho ordinatório da citação.

3. Prescrição intercorrente: Consoante orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a prescrição intercorrente somente pode ser reconhecida quando verificado o transcurso do quinquídio legal e comprovado que a paralisação do feito, nesse interstício, decorreu de desídia do exequente (REsp nº 1164558/SP, CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJE DATA:22/03/2010 .DTPB.). Na hipótese, embora a citação válida do executado tenha se efetivado apenas em setembro de 2010, não se verifica o transcurso de lapso superior a cinco anos desde a última causa interruptiva da prescrição (despacho citatório), tampouco inércia da Fazenda Pública na condução do feito. Pelo contrário, observa-se que o exequente promoveu as diligências úteis tendentes à estabilização da relação processual, permanecendo o processo paralisado, durante mais de três anos, por motivos inerentes aos mecanismos da Justiça, notadamente o pedido de citação por mandado, cujo cumprimento foi tentado 1 ano e 4 meses após o seu protocolo, e o pedido de inclusão do sócio no polo passivo, cuja carta precatória de citação foi expedida 1 ano e 10 meses após o pleito.

4. Nulidade da penhora: Consolidado o entendimento da jurisprudência, firme no sentido de definir, especificamente, o que é possível penhorar no caso de bem sujeito à alienação fiduciária em garantia. No caso concreto, o que pretende a Fazenda Pública é a penhora não do imóvel em si, mas dos direitos que o executado possui, em decorrência do contrato de alienação fiduciária, o que é amplamente autorizado pela jurisprudência, à luz do artigo 11 da Lei nº 6.830/1980. De outro lado, a ausência de avaliação do bem penhorado não enseja, por si só, a nulidade do ato de penhora, constituindo mera irregularidade formal, que pode ser sanada posteriormente, oportunidade em que as partes terão a faculdade de impugná-la, nos termos do artigo 13, § 1º, da Lei de Execuções Fiscais.

5. Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5008894-59.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 24/11/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/11/2017)

1.No tocante à citação postal, recebida por pessoa diversa do executado, ressalta-se que referida citação tem previsão no art. 8º, I, da Lei n. 6.830/80, sendo, portanto, a regra, salvo se a Fazenda Pública a requerer por outra forma.

2.Considera-se feita a citação pelo correio na data da entrega da carta no endereço do executado, conforme o inciso II, do mesmo dispositivo legal supra mencionado.

3.A jurisprudência é uníssona no sentido de reconhecer a validade da citação postal no endereço do executado, mesmo que o aviso de recebimento seja assinado por pessoa diversa.

4.Válida a citação da ora agravante (fl. 138).

5.Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 578955 - 0005492-89.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 22/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO E IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS VIA BACENJUD. NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Cumpre ao contribuinte manter atualizados os seus dados cadastrais perante a autoridade fiscal, reputando-se válida a citação encaminhada ao endereço por ele informado, ainda que recebida por terceiro.

II. Diante da inércia da coexecutada a garantir a execução fiscal, restou emitida ordem de bloqueio de valores, alcançando numerário em conta corrente. A agravante apresentou extrato com a movimentação da conta até a data de 28/09/2018. Ocorre que o bloqueio ocorreu apenas em 16/10/2018, em valor maior, a corroborar a conclusão da r. decisão de que não se comprovou a natureza dos valores constritos, haja vista que a agravante não juntou documentação relativa a esse interstício (28/09/2018 a 16/10/2018). Finalmente, não restou demonstrado que a quantia se compreende como única reserva financeira da agravante.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029845-40.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 28/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 05/04/2019)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CITAÇÃO POSTA VÁLIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara.

2. A Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça veicula que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

3. De acordo com o *caput* do art. 174 do Código Tributário Nacional, a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva

4. Consoante pacífica orientação da jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, "a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco" (Súmula nº 436/STJ), e, "em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação declarado e não pago, o Fisco dispõe de cinco anos para a cobrança do crédito, contados do dia seguinte ao vencimento da exação ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que *for posterior*". De outra parte, constituído o crédito tributário pela notificação do auto de infração, não havendo impugnação pela via administrativa, o curso do prazo prescricional inicia-se com a notificação do lançamento tributário (AgRg no AREsp 439.781/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014).

5., A interrupção do curso da prescrição deve observar a data do ajuizamento da execução: se o ajuizamento for anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, ou seja, 09/06/2005, interrompe-se com a citação pessoal do devedor; se ajuizada após a vigência daquela lei complementar, interrompe-se pelo próprio despacho que ordenou a citação, retroagindo, em ambos os casos, à data do ajuizamento da execução, desde que eventual demora da citação do devedor, no primeiro caso, não tenha se dado por culpa exclusiva do exequente.

6. Na hipótese dos autos, a execução fiscal foi ajuizada em 01/10/2001. Em 18/03/2002 foi determinada a citação postal do executado, Luiz Antônio Ribeiro, pessoa física, no seu domicílio fiscal, sito à Avenida Giovanni Gronchi, 6675, ap146/, Edifício Boa Vista, Vila Andrade, São Paulo/SP, tal como consta na CDA nº 80.1.01.000350—87 que materializa crédito tributário constituído através de auto de infração resultante do PA 10880.000794/2001-96, cuja notificação pessoal ocorreu em 09/12/1998.

7. Foi expedida a 1ª citação postal para o endereço supra, com AR negativo juntado em 08/07/2002. Intimada a se manifestar, a exequente indicou outros endereços para a efetivação da citação postal: Av. São Bernardo do Campo nº 1147 e/ou Rua Ezaltina de A. Prado Fraga, nº 4029, Bauru, com base em consulta de Guia Telefônico por meio da internet, para onde a MM Juiz *a quo* determinou a expedição de carta precatória.

8; Entretanto, em 30/01/2003 foi juntado aos autos originários (às fls. 16) AR POSITIVO relativo à citação postal enviada para o mesmo endereço declinado na primeira tentativa, ou seja, aquele que consta na Certidão de Dívida Ativa, com recebimento realizado por aposição de assinatura de terceiro em 01/04/2002.

9. Houve, ainda, citação editalícia em 08 de abril de 2010, após a Fazenda Nacional ter efetuado inúmeras diligências para localizar o endereço do executado para sua citação, sempre frustrada, após o lapso de não verificar que fora feita a juntada do AR positivo mencionado

10. Destarte, não prospera a alegação de invalidade da citação, pois cumpria ao executado o ônus de provar a questão da homonímia, o que não ocorreu. Além disso, é dever da parte manter atualizados os cadastros vinculados à Receita Federal.

11. A expedição da citação postal foi realizada no endereço mantido nos cadastros oficiais da RFB, sendo, portanto, plenamente válida.

12. Presume-se válida a citação via postal recebida por terceiro regularmente identificado e sem ressalvas. Precedentes.

13. Agravo de instrumento desprovido

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012523-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrifHome:processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
';java.lang.ClassCastException
APELADO: TECMES TECNOLOGIA METODOLOGIA SERVICOS E COMERCIO DE INFORMATICA LTDA.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: FELIPE SIMONETTO APOLLONIO - SP206494-A, ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012523-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECMES TECNOLOGIA METODOLOGIA SERVICOS E COMERCIO DE INFORMATICA LTDA.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: FELIPE SIMONETTO APOLLONIO - SP206494-A, ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença em que concedida a segurança nos seguintes termos:

"(...)

Autorizo a compensação do que fora recolhido no quinquênio anterior à impetração, observadas todas as normas administrativas, sem exceção, inclusive aquelas que obrigam o contribuinte a cumprir todas as obrigações acessórias, declarando o montante do tributo com a exigibilidade suspensa.

Aplicável a prescrição quinquenal.

Não há tempo qualquer inconstitucionalidade na norma inscrita no art. 170-A do Código Tributário Nacional, ainda que o crédito a compensar origine-se de tributo declarado inconstitucional, na medida em que o comando legal exige, e como deve de fato ser exigida a certeza do crédito, esta decorrente do trânsito em julgado, ou seja, somente autoriza-se compensação de crédito certo.

Ainda no tocante à extensão da compensação, deve ser observado o disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007.

A compensação deve observar todas as regras legais e infralegais relativas a esse instituto, inclusive vigentes na data do encontro de contas.

O indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido.

*Ante o exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** e extingo o processo com resolução do mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para excluir do conceito de receita bruta os valores devidos a título de ISS, em qualquer regime de recolhimento, para fins de cálculo da COFINS e do PIS, bem como autorizo a compensação do quanto recolhido indevidamente, observadas as disposições legais e infralegais correlatas, inclusive a obrigação de declarar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, guardar toda a documentação relativa ao mesmo crédito, enquanto não extingo, apresentar pedido de habilitação de crédito, após o trânsito em julgado (qualquer procedimento relativo à compensação deverão ser executados após o trânsito em julgado), dentre outras.*

O indébito tributário será corrigido somente pela taxa SELIC, a partir do pagamento indevido. (ID 36522268)

A apelante alega que o ISSQN compõe a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, não havendo qualquer previsão legal para a sua exclusão. Aduz que tanto o faturamento como receita bruta são conceitos originários da contabilidade e, atualmente, são utilizados como sinônimos. Ressalta que todos os ingressos financeiros de uma sociedade empresária estão dentro de sua receita bruta, de modo que o valor recebido por uma empresa pela venda de um bem ou pela prestação de um serviço é contabilizado como receita bruta, independentemente de ter incorporado ou não no preço de determinados tributos, como o ISSQN. Requer seja provido o recurso, denegando-se a segurança requerida (ID 36522275).

Intimada, a impetrante apresentou contrarrazões (ID 36522280), pugnano pela manutenção da sentença.

O ilustre representante do Ministério Público Federal - MPF manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito (ID 50703093).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012523-74.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrifHome:processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
';java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica

VOTO

A questão trazida nos autos refere-se à inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, em 15.03.2017, decidiu, em repercussão geral, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

- 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
- 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
- 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*
- 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
- 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

Essa recente posição aplica-se também ao caso da inclusão do ISSQN, já que a situação é idêntica.

Nesse sentido, cito precedente, de minha relatoria, na Segunda Seção:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se esqueça que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos.

(EJ 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3, Judicial 1 DATA: 12/05/2017)

Mesmo que o RE 574.706 não trate do imposto requerido pelo contribuinte, a decisão deve ser tomada aplicando-se o conceito de similaridade.

Deveras, o argumento para afastar o ISSQN da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reconhecido pelo Plenário do C. STF que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISSQN da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela apelada.

Não se desconhece que o E. STJ, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS.

No entanto, entendo que o caso é de se adotar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade negocial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

O valor pago a título de ICMS, assim como o ISSQN, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISSQN é repassado ao fisco municipal, e não ao estadual.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual.

A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas:

Decisão: ... Cumpre observar, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou o RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, nele fixando tese assim consubstanciada: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." O exame da presente causa evidencia que o acórdão ora impugnado diverge, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na análise da matéria em referência. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, dou parcial provimento ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA), para determinar, em consequência, seja observada, pelo Tribunal "a quo", a orientação jurisprudencial em referência. Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator (RE 939742, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-141 DIVULG 27/06/2017 PUBLIC 28/06/2017)

Decisão: ... Quanto a possibilidade de inclusão do referido crédito presumido na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do art. 328, RISTF, determino o retorno dos autos ao Tribunal de origem para aplicação da sistemática da repercussão geral. Brasília, 26 de maio de 2017. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 1028359, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 26/05/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 30/05/2017 PUBLIC 31/05/2017)

Decisão: O Plenário desta Corte no RE 574.706, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema 69), firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". O acórdão do RE 574.706-RG ainda se encontra pendente de formalização e publicação, razão pela qual devem os autos retornar à origem para aplicação da tese firmada em sede de repercussão geral. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja observada a sistemática da repercussão geral. Publique-se. Brasília, 23 de junho de 2017. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (ARE 1054230, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-142 DIVULG 28/06/2017 PUBLIC 29/06/2017)

Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, a qual deverá ser efetuada observando-se a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que a presente ação foi ajuizada em agosto de 2017.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais nºs 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, submetidos à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, de modo que tal apreciação fica postergada para a esfera administrativa.

Na hipótese, como relatado, o contribuinte impetrou o mandado de segurança, objetivando a declaração de inexigibilidade da inclusão dos valores atinentes ao ISSQN na base de cálculo do PIS e COFINS, bem como o reconhecimento do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a tais títulos. A pretensão é meramente declaratória, não tendo a apelada postulado a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos.

O instituto da compensação tributária encontra-se previsto no artigo 170 do Código Tributário Nacional, segundo o qual é necessária a edição de lei para fixar os requisitos a serem cumpridos para que o contribuinte possa se valer de referido instituto.

Foi editada, então, a Lei nº 8.383/91, que permitia a compensação de tributos indevidamente recolhidos com parcelas vincendas de tributos da mesma espécie (art. 66) e, posteriormente, a Lei nº 9.250, de 26/12/1995, veio estabelecer a exigência de mesma destinação constitucional.

Com o advento da Lei nº 9.430/96, foi possibilitado ao contribuinte que, por meio de requerimento administrativo, fosse-lhe autorizado, pela Secretaria da Receita Federal, compensar seus créditos com quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Somente com a edição da Lei nº 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei nº 9.430/96, permitiu-se a compensação de créditos tributários com débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, independentemente do requerimento do contribuinte, ressalvadas as contribuições previdenciárias e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos, conforme disposto no art. 65 da Instrução Normativa nº 1717, da Receita Federal do Brasil.

De acordo com o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça, a compensação de tributos é regida pela lei vigente à época do ajuizamento da ação (REsp nº 488.922/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; REsp nº 1.018.533/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 10/12/08, DJE 09/02/09).

Assim, a compensação deverá ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do art. 170-A do CTN. Não obstante, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265).

Sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.**

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017

2. Essa recente posição do C. STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISSQN, já que a situação é idêntica. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

3. Mesmo que o RE nº 574.706 não trate do imposto requerido pelo contribuinte, a decisão foi tomada aplicando-se o conceito de similaridade.

4. O argumento para afastar o ISSQN da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

5. Reconhecido pelo Plenário do C. STF que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISSQN da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela apelada.

6. Não se desconhece que o E. STJ, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

7. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISSQN, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISSQN é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

8. No tocante à possibilidade de modulação dos efeitos do RE nº 574.706, não há como suspender o feito nesta fase processual, considerando que os embargos de declaração opostos não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. A intenção da União Federal é sobrestar o feito diante de uma mera expectativa de modulação do julgado, o que não merece guarida, uma vez que ausente previsão legal para tanto.

9. Em decorrência do indébito tributário, surge a possibilidade de realizar-se a compensação, a qual deverá ser efetuada observando-se a prescrição quinquenal dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que a presente ação foi ajuizada em agosto de 2017. Assim, a partir dessa data conta-se o prazo prescricional quinquenal, podendo a compensação ser efetuada com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, observando-se a regra do artigo 170-A do CTN. Todavia, nada impede que a apelada opte por realizar a compensação pela via administrativa, de acordo com a lei vigente à data do encontro de contas, desde que preenchidos os requisitos próprios, conforme jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C do CPC/1973 - REsp nº 1.137.738/SP (Tema nº 265). Sobre o indébito tributário, incidirá correção monetária e juros apenas pela taxa SELIC, tendo em vista que esta já engloba juros e correção e, portanto, não pode ser cumulada com qualquer outro índice.

10. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO À APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027287-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PRONTO ATENDIMENTO SUPREMO EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027287-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PRONTO ATENDIMENTO SUPREMO EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição, em execução fiscal, de exceção de pré-executividade, pois não afastada a presunção de legalidade e liquidez dos títulos executivos em cobro, inexistindo prescrição do débito ou abusividade na multa aplicada.

Alegou-se que: (1) as certidões de dívida ativa foram lavradas sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório, o que acarreta a nulidade dos títulos executivos; (2) houve prescrição, tendo em vista que se referem a tributos do período de 2007/2008, tendo sido a inscrição em dívida ativa realizada em 12/04/2016, e o ajuizamento da execução fiscal em 09/06/2016; (3) a multa moratória de 20% possui caráter confiscatório, devendo ser afastada por ser inconstitucional ou reduzida a patamar razoável.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027287-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PRONTO ATENDIMENTO SUPREMO EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, quanto à alegação de nulidade das certidões de dívida ativa, é genérica a impugnação, apenas transcrevendo os artigos 202 e 203, CTN, e 2º, § 5º, LEF, e narrando terem sido lavradas sem a observância dos ditames legais e sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório. Não se cuidou de descrever, identificar e, tampouco, comprovar qual a ilegalidade ou nulidade praticada, dentro do ônus da executada de comprovar a falta de liquidez e certeza do título executivo, assim como desconstituir a presunção legal de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Também infundada a alegação de prescrição, pois contado o quinquênio no interregno entre os vencimentos e as inscrições em dívida ativa, contrariando a legislação. Sucede que, como observado na origem, sem que tenha havido impugnação específica, houve parcelamento fiscal em 23/09/2009, que perdurou até 24/01/2014, restando, até então, suspensos tanto a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, VI, CTN) como o respectivo prazo prescricional, advindo a propositura da execução fiscal em 09/06/2016, ainda em tempo segundo o artigo 174, CTN.

A multa moratória de 20% não é inconstitucional, por confisco ou ofensa à capacidade contributiva, conforme, há muito, tem decidido a Suprema Corte: RE 293.964, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 15/04/2003.

Por igual, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

REsp 1.782.584, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/09/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO FISCAL. CÁLCULO POR DENTRO. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 582.461/SP. APLICAÇÃO DA MULTA MORATÓRIA DE 20%. ASSENTIMENTO DO CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO AFIRMADO PELO STF SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 582.461/SP. REL. MIN. GILMAR MENDES, DJe 18.8.2011). CORREÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TAXA SELIC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC/1973. QUANTIA ARBITRADA NA CORTE LOCAL. REVISÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ de que é a Certidão de Dívida Ativa o título executivo extrajudicial que lastreia a execução fiscal e que, ao mesmo tempo, deve instruir a petição inicial. 3. A jurisprudência do STJ está assentada no sentido de que "o ICMS tem por base de cálculo o valor da operação mercantil ou da prestação de serviços, em cuja composição encontra-se o valor do próprio tributo, nos termos do art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar 87/96 e art. 2º, § 7º, do Decreto-lei 406/68. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas" (REsp 1.041.098/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 21/8/2009). A fixação desse entendimento foi provocada pelo julgamento do RE 212.209/RS, leading case de 1999, mediante o qual o Plenário do STF julgou constitucional a referida forma de cálculo do ICMS. Em 2011, novamente instada a se pronunciar, a Suprema Corte reafirmou aquele entendimento ao julgar o mérito de repercussão geral que envolve o tema (RE 582.461, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/5/2011, Repercussão Geral, DJe 17.8.2011). 4. O Supremo Tribunal Federal afirmou que não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento) (RE 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.05.2011, Repercussão Geral, DJe 18.08.2011). 5. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.111.175/SP (Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 1º/7/2009), firmou o entendimento de que "aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/1/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária". 6. Quanto à tese de afronta ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, a incidência do óbice da Súmula 7/STJ decorre da falta de especificação concreta dos fatos valorados no acórdão que arbitrou os honorários advocatícios. Com efeito, ao justificar a manutenção da verba fixada, o Tribunal de origem consignou que a quantia arbitrada (quinze por cento do valor da causa) considerou o "trabalho profissional desenvolvido pelos patronos da embargada. Nesse contexto, considerando os requisitos concernentes ao grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza / importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o valor dos honorários não deve ser reduzido". 7. Assim, a reforma do julgado não demanda a exegese dos elementos normativos do art. 20, § 3º, do CPC/1973, mas a análise de questões fáticas e probatórias (teor e complexidade das peças apresentadas, tempo transcorrido para a solução da lide, etc.), obstada nos termos do enunciado sumular acima referido. 8. Recurso Especial não provido."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. PRESCRIÇÃO. MULTA DE MORA. DESPROVIMENTO.

1. Quanto à alegação de nulidade das certidões de dívida ativa, é genérica a impugnação, apenas transcrevendo os artigos 202 e 203, CTN, e 2º, § 5º, LEF, e narrando terem sido lavradas sem a observância dos ditames legais e sem os requisitos essenciais previstos pela legislação, ferindo as garantias de ampla defesa e do contraditório. Não se cuidou de descrever, identificar e, tampouco, comprovar qual a ilegalidade ou nulidade praticada, dentro do ônus da executada de comprovar a falta de liquidez e certeza do título executivo, assim como desconstituir a presunção legal de veracidade e legitimidade do ato administrativo.
2. Também infundada a alegação de prescrição, pois contado o quinquênio no interregno entre os vencimentos e as inscrições em dívida ativa, contrariando a legislação. Sucede que, como observado na origem, sem que tenha havido impugnação específica, houve parcelamento fiscal em 23/09/2009, que perdurou até 24/01/2014, restando, até então, suspensos tanto a exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, VI, CTN) como o respectivo prazo prescricional, advindo a propositura da execução fiscal em 09/06/2016, ainda em tempo segundo o artigo 174, CTN.
3. A multa moratória de 20% não é inconstitucional, por confisco ou ofensa à capacidade contributiva, conforme, há muito, tem decidido a Suprema Corte: RE 293.964, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 15/04/2003. No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026575-71.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
AGRAVADO: AUTO POSTO R.S. LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026575-71.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
AGRAVADO: AUTO POSTO R.S. LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que determinou, diante do pedido de redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa executada, o sobrestamento do feito em razão do decidido no IRDR 4.03.1.000001 (processo 0017610-97.2016.4.03.0000).

Alegou que: (1) a decisão no IRDR 4.03.1.000001 não determinou a suspensão das ações executivas fiscais, mas apenas dos incidentes de desconsideração de personalidade jurídica (IDPJ) já instaurados; (2) possibilitou-se no IRDR a inclusão dos sócios no pólo passivo, e o exercício por estes do direito de defesa, com sobrestamento apenas dos IDPJ já instaurados, pois a exigência de instauração é objeto de discussão em processo relativo a demandas repetitivas; (3) possível o redirecionamento na hipótese de não localização da empresa executada no endereço cadastral, nos termos da Súmula 435/STJ, tendo em vista estarem presentes fortes indícios de dissolução irregular, nos termos do artigo 135, III, CTN; e (4) desnecessária a instauração de IDPJ para tal redirecionamento.

A antecipação da tutela recursal foi deferida.

Não houve contramutua.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, a exequente não requereu, ao pleitear o redirecionamento (Id 17734864, f. 01), a abertura do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, menos ainda à luz do artigo 50, CC/2002, considerada a legislação específica, de natureza tributária, que se aplica ao caso concreto, tratando-se, portanto, de instauração de ofício, o que não se admite à luz do artigo 133, CPC/2015.

Ainda que se alegue que a instauração estaria implícita em razão do pedido formulado, restaria discutir, para validar tal entendimento, se o pedido de redirecionamento da execução fiscal, por responsabilidade tributária prevista no artigo 135, III, CTN, configura a hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50, CC/2002, sujeita ao procedimento dos artigos 133 e seguintes do CPC/2015.

Na regra geral do Código Civil, o que se tem é a responsabilidade patrimonial de bens particulares de administradores e sócios da pessoa jurídica em razão de certas e determinadas obrigações, ao contrário do que se verifica resultante da aplicação do artigo 135, III, CTN, que gera a situação legal e processual de redirecionamento, a significar sujeição passiva tributária, a teor do artigo 121, II, CTN, daquele que for qualificado como responsável, de acordo com as hipóteses de responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, que, por tal motivo, configura norma especial, sujeita a procedimento próprio no âmbito da legislação tributária, afastando a aplicação, portanto, da norma geral prevista nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.

Diante da inovação ensejada pelo novo Código de Processo Civil e de controvérsias geradas em torno das novas disposições legais, a ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados realizou ciclo de estudos específicos, de que resultou, entre outros enunciados, o de número 53, dispondo, a propósito, que "O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015".

Neste sentido, ademais, a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça:

AIRESP 1.759.512, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 18/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 133 E SEQUINTE DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 151, VI, DO CTN. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal opostos em decorrência de redirecionamento determinado com fundamento nos arts. 124, I, 128 e 135, III, do CTN e arts. 50 e 187 do CC. Na sentença, os embargos foram julgados improcedentes. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. II - Sobre a apontada ofensa aos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, o recurso não comporta provimento. III - O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que tem pacificado o entendimento no sentido de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. A propósito, confira-se: REsp n. 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe 14/5/2019. [...]"

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte:

AI 5022512-03.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, DJe de 28/11/2019: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. MEDIDA INADEQUADA. 1. Desnecessária a instauração do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica para a inclusão de corresponsáveis no polo passivo do feito executivo. Precedente do C. STJ: REsp 1786311/PR, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 09/05/2019, publicado no DJe de 14/05/2019; AREsp 1286512/RS, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 19/03/2019, publicado no DJe de 26/03/2019. 2. Desta feita, visto não se amoldar à hipótese do IRDR em testilha, o MM. Juiz de origem deve analisar o pedido de redirecionamento do feito quanto à pessoa física mencionada, o que é defeso a esta Corte, sob pena de supressão de instância. 3. Agravo de instrumento provido, para que haja apreciação do pleito de redirecionamento da execução fiscal."

Finalmente, cabe ressaltar que o Órgão Especial desta Corte, em sessão de 08/02/2017, admitiu o IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000, tendo como tema "o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica".

Em decisão monocrática de 14/02/2017, o relator determinou a "suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução".

Como se observa, não se suspendeu a tramitação das execuções fiscais, mas apenas dos "incidentes de desconconsideração de personalidade jurídica" regularmente admitidos:

"Tendo em vista o reconhecimento da admissibilidade do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Órgão Especial desta Corte, na sessão de julgamento do dia 08.02.2017, passo a analisar o pleito de efeito suspensivo.

De início, a questão controvertida restringe-se exclusivamente à dúvida se o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Observe que, ainda que seja imperiosa a suspensão dos feitos que versam sobre tal matéria, por força do inciso I do Art. 982 do CPC, não se pode perder de vista o princípio da instrumentalidade das formas insculpido nos artigos 188 e 277 do mesmo diploma processual.

Em outras palavras, a questão processual a ser dirimida não pode ser sobreposta ao direito substantivo das partes de modo a inviabilizar de um lado a efetividade da execução fiscal e, de outro, inibir o direito de defesa do executado.

Nestes termos, com fundamento no Art. 982, I do CPC, determino a suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da 3ª Região, todavia, sem prejuízo do exercício do direito de defesa nos próprios autos da execução, seja pela via dos embargos à execução, seja pela via da exceção de pré-executividade, conforme o caso, bem como mantidos os atos de pesquisa e constrição de bens necessários à garantia da efetividade da execução."

Neste sentido o seguinte precedente desta Corte:

AI 5007933-84.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. HELIO NOGUEIRA, DJe de 22/08/2019: "TRIBUNÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DO FEITO AO SÓCIO. SUSPENSÃO DO FEITO PARA INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NÃO CABIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. O pedido de redirecionamento da execução fiscal, em razão do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, não se sujeita ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica de que tratam os artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, mormente em razão da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao rito da Lei nº 6.830/1980. Precedentes. 2. A decisão proferida nos autos do IRDR nº 0017610-97.2016.4.03.0000 determinou a suspensão dos Incidentes de Desconconsideração da Personalidade Jurídica em tramitação na Justiça Federal da Terceira Região, e não das execuções fiscais no curso das quais se pede o redirecionamento do feito aos sócios, as quais devem prosseguir. 3. Recurso provido."

Portanto, seja porque inviável a instauração de ofício do incidente, como porque o trato da responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, não se sujeita ao regime dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, e ainda porque não houve suspensão, em IRDR, de ações executivas fiscais em que requerido o redirecionamento aos sócios, é que cabe a reforma da decisão agravada para que seja o requerimento da PFN analisado, independentemente da instauração de tal incidente.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARTIGO 135, III, CTN. REDIRECIONAMENTO A SÓCIOS. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. SOBRESTAMENTO. INAPLICABILIDADE.

1. Não cabe instauração, de ofício, do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica à luz do artigo 133, CPC/2015.
2. No IRDR 0017610-97.2016.4.03.0000 a Corte não determinou a suspensão de executivos fiscais em que discutido redirecionamento, mas apenas de incidentes de desconconsideração de personalidade jurídica regularmente admitidos na forma do artigo 133, CPC/2015.
3. O Código Civil prevê responsabilidade patrimonial de bens particulares de administradores e sócios da pessoa jurídica em razão de certas e determinadas obrigações, ao contrário do que se verifica resultante da aplicação do artigo 135, III, CTN, que gera a situação legal e processual de redirecionamento, a significar sujeição passiva tributária, a teor do artigo 121, II, CTN, daquele que for qualificado como responsável, de acordo com as hipóteses de responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, que, por tal motivo, configura norma especial, sujeita a procedimento próprio no âmbito da legislação tributária, afastando a aplicação, portanto, da norma geral prevista nos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.
4. Portanto, seja porque inviável a instauração de ofício do incidente, como porque o trato da responsabilidade tributária do artigo 135, III, CTN, não se sujeita ao regime dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 e ainda porque não houve decisão em IRDR para suspensão de executivos fiscais em que requerido o redirecionamento, cabe reformar a decisão agravada para que seja apreciado o pedido fazendário de redirecionamento da execução fiscal nos autos respectivos e independentemente de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001060-12.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS - VILA PRUDENTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: FRANCISCO ANTONIO DA COSTA
Advogado do(a) APELADO: TALITA SILVA DE BRITO - SP259293-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001060-12.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS - VILA PRUDENTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: FRANCISCO ANTONIO DA COSTA
Advogado do(a) APELADO: TALITA SILVA DE BRITO - SP259293-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e apelação em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a analisar recurso administrativo enviado à 1ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, nos autos do processo de aposentadoria por tempo de contribuição e que se encontra sem andamento desde 22/12/2017 (ID. 123385459).

Alegou o INSS que (1) a imposição judicial de prazo intransponível e peremptório de avaliação do requerimento pela autarquia, sem considerar critérios inerentes ao desempenho de funções administrativas não tem fundamento legal; (2) sofre dificuldades administrativas e com intuito de minorá-las tem adotado medidas para solucionar atrasos nas análises de benefícios; (3) a sentença ofende os princípios da isonomia e da impessoalidade, frente à "fila temporal de análise dos pleitos de benefícios"; e (4) não são aplicáveis os prazos do artigo 49 da Lei 9.784/1999 e artigo 41-A da Lei 8.213/1991, cabendo observar o parâmetro temporal adotado no RE 631.240.

Não houve apresentação de contrarrazões.

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001060-12.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: CHEFE DA AGÊNCIA DO INSS - VILA PRUDENTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: FRANCISCO ANTONIO DA COSTA
Advogado do(a) APELADO: TALITA SILVA DE BRITO - SP259293-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo como previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o recurso administrativo foi protocolado em 22/12/2017 (ID. 123385459), gerando, pela demora, análise com abertura de prazo para juntada de documentação somente em 17/01/2020 (ID. 123385477), após concessão da segurança, sem que se saiba, até o presente momento, se houve decisão administrativa final, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do recurso administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013672-71.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: MARTINI & RABELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MARTINI COSTA - SP299644-A, LUIZ FELIPE MIRAGAIA RABELO - SP318375-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013672-71.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: MARTINI & RABELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MARTINI COSTA - SP299644-A, LUIZ FELIPE MIRAGAIA RABELO - SP318375-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 127190611) opostos por MARTINI & RABELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS contra o v. acórdão (ID 126285815) assimmentado:

ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. OAB/SP. COBRANÇA DE ANUIDADE DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança, pela OAB/SP, de anuidades da sociedade de advogados.

2. A sociedade de advogados vem prevista no art. 15, §1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), nos seguintes termos: "Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. § 1º A sociedade de advogados e a sociedade unipessoal de advocacia adquirem personalidade jurídica como o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial tiver sede".

3. A mesma Lei confere, em seu art. 46, competência à OAB para "fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas".

4. Para que não haja confusão entre inscrição e registro, figuras distintas, o Capítulo III do referido texto legal trata exclusivamente da inscrição, fixando-a como exigência somente para o advogado (art. 8º) e para o estagiário (art. 9º).

5. Não pode a OAB instituir cobrança não prevista em lei. Ainda que possua natureza jurídica *sui generis*, submete-se ao ordenamento jurídico, em especial à Constituição Federal, que, em seu Art. 5º, II, assegura que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

6. Inexigível, portanto, por ausência de previsão legal, a cobrança de anuidade da sociedade de advogados. Precedentes (RESP 200400499429, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/11/2008 RT VOL.00880 PG.00148 ..DTPB.: / RESP 200601862958, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:31/03/2008 ..DTPB.: / TRF 3º Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2096573 - 0001803-32.2014.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 08/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2015 / TRF 3º Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1683440 - 0009943-74.2008.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015 / TRF 3º Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1969034 - 0004588-95.2013.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 02/10/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/10/2014 / TRF 3º Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 338362 - 0013786-42.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, julgado em 24/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/05/2014 / TRF 3º Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 334502 - 0002187-88.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 02/08/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/08/2012).

7. Quanto aos honorários, o Magistrado a quo os fixou em 10% sobre o valor atualizado da causa, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo art. 85, §2º, do CPC e daqueles adotados por esta C. Turma, de forma que não se verifica razão para alterá-los.

8. Apelação desprovida.

Sustenta o embargante, em síntese, a existência de contradição no v. acórdão embargado, que teria deixado de observar o disposto no art. 85, § 11, do CPC.

Requer o provimento dos embargos para que seja sanada a contradição apontada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013672-71.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

APELADO: MARTINI & RABELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MARTINI COSTA - SP299644-A, LUIZ FELIPE MIRAGAIA RABELO - SP318375-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, considera-se omissão a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º, a saber:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Embora não se vislumbre a ocorrência de contradição no acórdão embargado, que rejeitou o pedido de redução da verba honorária apresentado pela apelante, houve omissão quanto à majoração desses mesmos honorários, prevista no art. 85, § 11, do CPC, e requerida expressamente nas contrarrazões ao recurso de apelação.

Nos termos do art. 85, §11, do atual Código de Processo Civil, "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".

Assim, considerando que o Juiz sentenciante fixou honorários advocatícios no patamar mínimo, e que a apelação interposta pela OAB não legrou êxito em alterar a decisão recorrida, é cabível a majoração a fim de remunerar o advogado da ora embargante pela apresentação das contrarrazões.

Ante o exposto, ACOLHO os embargos de declaração somente para majorar de 10% para 11% os honorários fixados no acórdão embargado, mantida a base de cálculo.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ARTIGO 1.022 DO NOVO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO EM FASE RECURSAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO.

1. A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabelece em seu art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, considera-se omissão a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.
2. Embora não se vislumbre a ocorrência de contradição no acórdão embargado, que rejeitou o pedido de redução da verba honorária apresentado pela apelante, houve omissão quanto à majoração desses mesmos honorários, prevista no art. 85, § 11, do CPC, e requerida expressamente nas contrarrazões ao recurso de apelação.
3. Nos termos do art. 85, §11, do atual Código de Processo Civil, "o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento".
4. Assim, considerando que o Juiz sentenciante fixou honorários advocatícios no patamar mínimo, e que a apelação interposta pela OAB não legrou êxito em alterar a decisão recorrida, é cabível a majoração a fim de remunerar o advogado da ora embargante pela apresentação das contrarrazões.
5. Embargos de declaração acolhidos somente para integrar o vergastado acórdão, majorando de 10% para 11% os honorários advocatícios de sucumbência, mantida a base de cálculo.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração somente para majorar de 10% para 11% os honorários fixados no acórdão embargado, mantida a base de cálculo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002471-27.2019.4.03.6107

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: MARIA LUCIA PEDRO DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N

PARTE RE: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002471-27.2019.4.03.6107
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: MARIA LUCIA PEDRO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N
PARTE RE: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a cumprir diligências requeridas pela 4ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, encaminhando os autos do processo de aposentadoria por idade rural para julgamento do recurso administrativo interposto e que se encontra sem andamento desde 09/04/2019 (ID. 126840421).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 7ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002471-27.2019.4.03.6107
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
PARTE AUTORA: MARIA LUCIA PEDRO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO ROCHA DE FREITAS - SP225097-N
PARTE RE: GERENTE DA AGENCIA EXECUTIVA DO INSS ARAÇATUBA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo como previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o recurso administrativo foi remetido para cumprimento de diligências em 09/04/2019 (ID. 126840421), gerando, pela demora, análise com abertura de prazo para apresentação de documentação somente em 16/10/2019 (ID. 126840596), após concessão de liminar, sem que se saiba, até o presente momento, se houve decisão administrativa final, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...) "

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

2. Constatada a significativa demora no exame do recurso administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.

3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002042-25.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIVIANI VEICULOS RIO CLARO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO GOMES BUENO DE MIRANDA - SP83468-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002042-25.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIVIANI VEICULOS RIO CLARO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO GOMES BUENO DE MIRANDA - SP83468-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assimmentado:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. Determinado o sobrestamento do feito, nos termos do art. 942 do CPC, e uma vez retomado o julgamento do recurso, é possível a alteração do posicionamento registrado no voto anteriormente proferido. Art. 942, §2º, do CPC.*
- 2. Remessa oficial tida por interposta, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.*
- 3. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.*
- 4. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 5. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.*
- 6. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 7. Apelação da União não conhecida na parte em que se insurge em relação à restituição via precatório por meio de mandado de segurança, uma vez que não foi objeto do pedido da Impetrante, tampouco objeto de análise da r. sentença.*
- 8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.*
- 9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).*
- 10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 11. Apelação da União não provida na parte em que conhecida. Remessa oficial tida por interposta parcialmente provida. "*

Pleiteou a PFN o acolhimento dos embargos de declaração, inclusive para fins de pré-questionamento, alegando vício no julgado, pois: (1) a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de embargos de declaração sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contraria decisões monocráticas daquela Corte que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; e (2) na exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS não seria aplicável, ao caso, o precedente da Suprema Corte no RE 574.706, que tratou do ICMS na base de cálculo de tais contribuições, devendo ser suspenso o julgamento até a apreciação do RE 592.616, em repercussão geral (Tema 118) - enfatizando que a temática em curso refere-se a questões novas não apreciadas no caso anterior, em razão da própria diversidade dos impostos em referência, ISS e ICMS -, pois, de fato, a redução da incidência viola a legislação (artigos 156, III, CF; e 5º, 7º da LC 116/2003), que prevê que o prestador de serviço deve integrar no preço todos os custos em que incorre, dentre os quais o próprio ISS, expressão do faturamento, base de cálculo de tais contribuições sociais (artigos 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 e 2º da LC 70/1991), aduzindo, ainda, que a extensão da tese do ICMS para o ISS violaria decisões monocráticas da superior instância e preceitos da legislação processual (artigos 489, IV, V, VI; 525, § 13; 926; e 927, I a V e § 3º, todos do Código de Processo Civil e artigo 27 da Lei 9.868/1999).

Não houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002042-25.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VIVIANI VEICULOS RIO CLARO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ROBERTO GOMES BUENO DE MIRANDA - SP83468-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Inicialmente, cabe registrar que o objeto da ação é a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, pretensão discutida, em essência, a partir da jurisprudência firmada na Corte Suprema acerca do ICMS, pleiteando, neste sentido, a embargante a suspensão do julgamento até a decisão definitiva em razão da pendência de embargos de declaração no caso em referência.

Sucedendo, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional, como bem demonstrado na citação ao seguinte aresto, que trata da interpretação aplicável ao **artigo 1.040 do Código de Processo Civil**:

“(…) REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).”

No mérito, houve indicação de preceitos violados (artigos 156, III, CF; e 5º, 7º da LC 116/2003), evidenciando que o prestador de serviço deveria integrar no preço todos os custos em que incorre, dentre os quais o próprio ISS, expressão do faturamento, base de cálculo de tais contribuições sociais (artigos 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 e 2º da LC 70/1991).

Importa registrar, ainda, que a Turma não deixou de considerar o objeto específico do caso presente, confundindo ISS com ICMS, mas, ao contrário, foi expresso em assentar que, embora sejam distintas as exações, para efeito do julgamento dentro da ótica da inclusão de imposto na base de cálculo de tais contribuições, a inconstitucionalidade reconhecida pela Suprema Corte quanto ao ICMS (RE 574.706) era perfeitamente aplicável, por identidade de razões jurídicas, à pretensão formulada em relação ao ISS. Assim porque a tese jurídico-tributária deduzida foi no sentido de que é inconstitucional a inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor que não corresponda ao conceito de receita ou faturamento (artigo 195, I, b, CF), como no caso dos impostos, ICMS ou ISS.

Tal orientação não colide com qualquer julgamento proferido pela Suprema Corte, pois o reconhecimento de repercussão geral no RE 592.616 apenas significa que o tema constitucional possui relevância e transcendência, sem antecipação, porém, de qualquer juízo de mérito sobre a controvérsia a ser posta a julgamento, não tendo qualquer sentido, menos ainda para efeito de prequestionamento, o pedido de suspensão do julgamento até deliberação de mérito quanto ao tema em referência.

Embora não se negue serem distintos o ISS e o ICMS, a razão jurídica determinante da solução adotada no precedente foi identificada como constitucionalmente suficiente para respaldar o caso em julgamento, cabendo à Suprema Corte, pois, a tempo e modo, a eventual reforma do acórdão embargado, se outro for o entendimento que prevalecer; ao final, acerca de tal questão constitucional. Não é demais, pois, enfatizar, uma vez mais, que a decisão foi motivada à luz da controvérsia específica do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, não tendo havido extensão automática da jurisprudência do ICMS sem análise do contexto discutido, de modo que se revela impertinente invocar, em embargos de declaração, ofensa a normas da legislação processual sobre requisitos essenciais da sentença, modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uniformização e preservação da jurisprudência, e cumprimento de súmulas e julgados de instância superior (artigos 489, IV, V, VI; 525, § 13; 926; e 927, I a V e § 3º, todos do Código de Processo Civil; e artigo 27 da Lei 9.868/1999), pois foi exatamente este o parâmetro de alinhamento adotado no acórdão, considerada, pois, a interpretação constitucional da Suprema Corte.

Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Inicialmente, cabe registrar que o objeto da ação é a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, pretensão discutida, em essência, a partir da jurisprudência firmada na Corte Suprema acerca do ICMS, pleiteando, neste sentido, a embargante a suspensão do julgamento até a decisão definitiva em razão da pendência de embargos de declaração no caso em referência. Sucede que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional.

3. No mérito, houve indicação de preceitos violados (artigos 156, III, CF; e 5º, 7º da LC 116/2003), evidenciando que o prestador de serviço deveria integrar no preço todos os custos em que incorre, dentre os quais o próprio ISS, expressão do faturamento, base de cálculo de tais contribuições sociais (artigos 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998 e 2º da LC 70/1991). Importa registrar, ainda, que a Turma não deixou de considerar o objeto específico do caso presente, confundindo ISS com ICMS, mas, ao contrário, foi expresso em assentar que, embora sejam distintas as exações, para efeito do julgamento dentro da ótica da inclusão de imposto na base de cálculo de tais contribuições, a inconstitucionalidade reconhecida pela Suprema Corte quanto ao ICMS (RE 574.706) era perfeitamente aplicável, por identidade de razões jurídicas, à pretensão formulada em relação ao ISS. Assim porque a tese jurídico-tributária deduzida foi no sentido de que é inconstitucional a inclusão na base de cálculo do PIS/COFINS de valor que não corresponda ao conceito de receita ou faturamento (artigo 195, I, b, CF), como no caso dos impostos, ICMS ou ISS. Tal orientação não colide com julgamento proferido pela Suprema Corte, pois o reconhecimento de repercussão geral no RE 592.616 apenas significa que o tema constitucional possui relevância e transcendência, sem antecipação, porém, de qualquer juízo de mérito sobre a controvérsia a ser posta a julgamento, não tendo qualquer sentido, menos ainda para efeito de prequestionamento, o pedido de suspensão do julgamento até deliberação de mérito quanto ao tema em referência. Ainda releva assentar a impertinência de invocar a violação de normas processuais sobre requisitos essenciais da sentença, modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, uniformização e preservação da jurisprudência, e cumprimento de súmulas e julgados de instância superior (artigos 489, IV, V, VI; 525, § 13; 926; e 927, I a V e § 3º, todos do Código de Processo Civil; e artigo 27 da Lei 9.868/1999), pois foi exatamente este o parâmetro de alinhamento adotado no acórdão, considerada, pois, a interpretação constitucional da Suprema Corte.

4. Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002343-96.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BYD DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO BRUSASCO NETO - SP349795-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002343-96.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BYD DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706) - ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ISS – EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DE REFERIDAS CONTRIBUIÇÕES. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS.

- 1. Determinado o sobrestamento do feito, nos termos do art. 942 do CPC, e uma vez retomado o julgamento do recurso, é possível a alteração do posicionamento registrado no voto anteriormente proferido. Art. 942, §2º, do CPC.*
- 2. Apelação da União não conhecida em relação ao pedido de aplicação do artigo 170-A, do CTN, uma vez que não restou sucumbente neste tópico.*
- 3. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 4. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 5. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 8. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.*
- 9. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 10. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.*
- 11. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 12. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.*
- 13. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).*
- 14. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 15. Apelação da União parcialmente provida na parte em que conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: (1) na exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS não seria aplicável, ao caso, o precedente da Suprema Corte no RE 574.706, que tratou do ICMS na base de cálculo de tais contribuições, devendo ser suspenso o julgamento até a apreciação do RE 592.616, em repercussão geral (Tema 118), e, caso assim não entenda, deve ser, no mérito, aplicada a tese do Superior Tribunal de Justiça fixada no REsp 1.330.737, sob rito repetitivo, no sentido de que "o valor do ISSQN integra o conceito de receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas com o exercício da atividade econômica, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e do COFINS"; (2) a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de embargos de declaração sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contraria decisões monocráticas daquela Corte, que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; (3) foi reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, porém sem pedido e exame na origem, violando, assim, os artigos 141, 490 e 492, CPC; (4) a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e (5) o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

Peticionou, posteriormente, a PFN, sustentando julgamento *extra petita* e violação aos princípios da adstrição, congruência e correlação, pois deferiu a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS sem que houvesse pedido na inicial; e que os embargos de declaração opostos sejam conhecidos parcialmente, excluindo-se da argumentação tão somente os tópicos referentes ao imposto municipal.

Não houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002343-96.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BYD DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO BRUSASCO NETO - SP349795-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, embora extemporânea a última petição ofertada, nela foi veiculada questão de ordem pública, razão pela qual pode ser apreciada e, neste sentido, verifica-se, de fato, que houve julgamento extra petita, no tocante à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, extrapolou os limites do pedido, configurando o julgamento *extra petita* (artigo 141, CPC), sendo nulos, pois, a parte da sentença e do acórdão quanto a tal apreciação, nos termos do artigo 1.013, § 3º, II, CPC, prejudicados os embargos de declaração no tocante aos pontos correlatos.

Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Antes de adentrar o mérito, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional, como bem demonstrado na citação ao seguinte aresto, que trata da interpretação aplicável ao **artigo 1.040 do Código de Processo Civil**:

“(…) REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral” (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).

No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam a formação da base de cálculo do PIS/COFINS com o acréscimo do valor do ICMS.

O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgado recorrido. A defesa da técnica de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS - por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social - não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do **ICMS destacado nas notas fiscais**, e não o montante a recolher, conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência.

Assim fundamentado o aresto recorrido a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 141, 489, §1º, IV a VI, 490, 492, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 195, I, b, da Constituição Federal; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, reconheço a nulidade da sentença e do acórdão em relação à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista o julgamento *extra petita*, e conheço em parte dos embargos de declaração e, nesta extensão, rejeito-os.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. Reconhece-se o julgamento o julgamento *extra petita* quanto ao exame, na sentença e acórdão, da exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, dado que não formulado tal pedido nos autos, sendo nulas as decisões, neste tocante, prejudicados os embargos de declaração nos pontos em referência.

2. Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

3. Antes de adentrar o mérito, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional.

4. No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam a formação da base de cálculo do PIS/COFINS com o acréscimo do valor do ICMS.

5. O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgado recorrido. A defesa da técnica de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS - por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social - não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

6. Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do **ICMS destacado nas notas fiscais**, e não o montante a recolher, conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência.

7. Assim fundamentado o aresto recorrido a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 141, 489, §1º, IV a VI, 490, 492, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 195, I, b, da Constituição Federal; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

8. Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

9. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

10. Reconhecimento da nulidade do julgamento quanto à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista o julgamento *extra petita*; embargos de declaração conhecidos em parte e, nesta extensão, rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, reconheceu a nulidade da sentença e do acórdão em relação à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, tendo em vista o julgamento *extra petita*, e conheceu em parte dos embargos de declaração e, nesta extensão, rejeitou-os, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014482-76.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014482-76.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REVOGAÇÃO DE MANDATO AO PATRONO ORIGINÁRIO. TARDIA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DA CAUSA. INCUMBÊNCIA DA PARTE. ARTIGO 111 DO CPC. DEVOLUÇÃO DE PRAZOS PROCESSUAIS. DESCABIMENTO. LEGITIMIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS.

- 1. A presente questão versa sobre a possibilidade de restituição de prazos processuais ao executado, com efeitos retroativos, após comunicada ao Juízo a rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios.*
- 2. A revogação do mandato anterior foi comunicada ao Juízo de origem apenas em 29.03.2019, após mais de doze meses da rescisão do contrato, período em que os atos processuais produzidos revestem-se de regularidade, na medida em que inexistia informação nos autos de que os poderes até então outorgados ao patrono haviam sido revogados. Permanecem legítimos os atos e as intimações realizados.*
- 3. A parte executada, após a rescisão do contrato prestação de serviços advocatícios, não cumpriu providência que lhe competia, nos termos do artigo 111 do Código de Processo Civil. Descabida, portanto, a devolução dos prazos processuais.*
- 4. Agravo de instrumento não provido."*

Alegou-se, inclusive para fins de prequestionamento, omissão no julgado, pois: (1) não enfrentou todos os argumentos do recurso, nos termos dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; e (2) houve nulidade nos atos processuais praticados pelo ex-patrono da embargante, após 01/03/2018, data da rescisão do contrato de prestação de serviços firmado com o escritório Gustavo de Oliveira Martins Advogados.

Não houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014482-76.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, o acórdão embargado expressa e motivadamente rejeitou a alegação de nulidade dos atos processuais praticados, contextualizando os efeitos da rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios, conforme assim registrado no voto condutor.

"O conteúdo dos autos revela que a rescisão do contrato de serviços advocatícios firmado entre a parte executada (ora agravante) e o escritório anterior (Gustavo de Oliveira Moraes Advogados – CNPJ 03.800.189/0001-95) ocorreu em 01.03.2018 e, somente em 29.03.2019, houve a regularização da representação processual pela parte interessada, quando apresentou manifestação no processo de origem (ID 68547721), instruída com a procuração outorgada aos atuais patronos em 26.03.2019 (ID 68547713).

Importante observar que a revogação do mandato anterior foi comunicada ao Juízo de origem apenas em 29.03.2019, após mais de doze meses da rescisão do contrato, período em que os atos processuais produzidos revestem-se de regularidade, na medida em que inexistia informação nos autos de que os poderes até então outorgados ao patrono haviam sido revogados.

Com efeito, verifica-se que a parte executada, após a rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios, não cumpriu providência que lhe competia, nos termos do artigo 111 do Código de Processo Civil:

Art. 111. A parte que revogar o mandato outorgado a seu advogado constituirá, no mesmo ato, outro que assumo o patrocínio da causa.

Parágrafo único. Não sendo constituído novo procurador no prazo de 15 (quinze) dias, observar-se-á o disposto no art. 76.

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

Cumprido o prazo, outrossim, que a medida suspensiva prevista no artigo 76 apenas pode ser viabilizada após o Juízo da causa tomar conhecimento da irregularidade da representação, o que, no caso concreto, ocorreu somente em 29.03.2019. Até esta data, portanto, permanecem legítimos os atos e as intimações realizados.

Pelas razões colocadas, a pretensa devolução dos prazos processuais não merece acolhimento.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento."

Como se observa, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração. Verifica-se, em verdade, que os embargos de declaração apenas renovam a discussão, o que se evidencia manifestamente improcedente.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. REVOGAÇÃO DE MANDATO AO PATRONO ORIGINÁRIO. TARDIA COMUNICAÇÃO AO JUÍZO DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é de reapreciar a causa como pretendido.

3. Com efeito, o acórdão embargado expressa e motivadamente rejeitou a alegação de nulidade dos atos processuais praticados, contextualizando os efeitos da rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios, conforme assim registrado no voto condutor: "O conteúdo dos autos revela que a rescisão do contrato de serviços advocatícios firmado entre a parte executada (ora agravante) e o escritório anterior (Gustavo de Oliveira Moraes Advogados – CNPJ 03.800.189/0001-95) ocorreu em 01.03.2018 e, somente em 29.03.2019, houve a regularização da representação processual pela parte interessada, quando apresentou manifestação no processo de origem (ID 68547721), instruída com a procuração outorgada aos atuais patronos em 26.03.2019 (ID 68547713). Importante observar que a revogação do mandato anterior foi comunicada ao Juízo de origem apenas em 29.03.2019, após mais de doze meses da rescisão do contrato, período em que os atos processuais produzidos revestem-se de regularidade, na medida em que inexistia informação nos autos de que os poderes até então outorgados ao patrono haviam sido revogados. Com efeito, verifica-se que a parte executada, após a rescisão do contrato de prestação de serviços advocatícios, não cumpriu providência que lhe competia, nos termos do artigo 111 do Código de Processo Civil (...) Cumprido o prazo, outrossim, que a medida suspensiva prevista no artigo 76 apenas pode ser viabilizada após o Juízo da causa tomar conhecimento da irregularidade da representação, o que, no caso concreto, ocorreu somente em 29.03.2019. Até esta data, portanto, permanecem legítimos os atos e as intimações realizadas."

4. Como se observa, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração. Verifica-se, em verdade, que os embargos de declaração apenas renovam a discussão, o que se evidencia manifestamente improcedente.

5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000998-23.2007.4.03.6104

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CAMINHANDO - DESENVOLVIMENTO DA CRIATIVIDADE E PERSONALIDADE INFANTIL LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000998-23.2007.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CAMINHANDO - DESENVOLVIMENTO DA CRIATIVIDADE E PERSONALIDADE INFANTIL LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: LUCIANALOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União (Id108147905, p. 1-14), em face do acórdão (Id 107344895, p. 14-15) assimmentado:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA EM EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADO. ART. 1013, § 3º, CPC. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ART. 151, III, CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IN Nº 115/2000. DIREITO GARANTIDO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. APELAÇÃO PROVIDA. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

1. A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de a autora, ora apelante, obter a anulação do lançamento dos tributos aqui discutidos, em razão de sua exclusão do Sistema Simples Nacional.
2. Na sentença, o Juízo a quo acolheu a preliminar de ausência de interesse processual no prosseguimento da demanda, suscitada pela União, sob o entendimento de que não seria cabível o ajuizamento de ação anulatória após o ajuizamento de execução fiscal, dada a necessidade de que a impugnação fosse feita na via própria dos embargos à execução ou exceção de pré-executividade, e julgou o processo extinto, sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil (Id 90477083, p. 116-119).
3. Não lhe assiste razão, entretanto. Os embargos à execução ou a exceção de pré-executividade não são os únicos instrumentos legais para defesa do executado após o ajuizamento da execução fiscal, sendo possível ao contribuinte utilizar-se de outras ações para anulação do ato declaratório da dívida, independentemente da oposição dos embargos à execução, em respeito ao princípio da ampla defesa. Precedentes do STJ.
4. Desse modo, a sentença há de ser reformada para afastar a ausência de interesse processual, aplicando-se, desde logo, o artigo 1013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015.
5. Há jurisprudência sedimentada pelo STJ, em sede de recursos repetitivos (REsp 1.021.263/SP), pela irretroatividade das Leis 10.034/00 e 10.684/03, quanto à inclusão de determinadas atividades voltadas ao ensino no então vigente regime tributário do Simples Federal.
6. Ocorre que o caso em tela trata de situação diversa.
7. A Instrução Normativa nº 115, de 27 de dezembro de 2000, assegurava a permanência, no sistema SIMPLES, das pessoas mencionadas no caput do artigo 1º, desde que tivessem efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000, e não tenham sido excluídas de ofício, ou, caso excluídas, os efeitos da exclusão ocorressem após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.
8. No caso em tela, a apelante efetuou a opção pelo SIMPLES em 24.03.1997 (Id 90213976, p. 40), antes de 25.10.2000, e a sua exclusão, em 09.01.1999 (Id 90477082, p. 171), somente poderia produzir efeitos após a intimação da decisão final do recurso administrativo, cujo AR foi juntado em 28.04.2003 (Id 90477083, p. 77).
9. Estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, que assegura ao contribuinte a suspensão do crédito tributário, por meio do exercício do contraditório em processo administrativo, impõe-se o reconhecimento da permanência da apelante no sistema SIMPLES, e, consequentemente, declarar a nulidade dos lançamentos tributários efetuados durante o intervalo temporal correspondente à suspensão. 10. Ademais, a apelante estava amparada por sentença (Id 90213976, p. 54-59) no Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, impetrado pelo SINDELIVRE – Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, da qual é filiada, confirmada em sede de apelação por esse Tribunal (Id 90213812, p. 56-60), reconhecendo judicialmente seu direito de permanecer no Sistema SIMPLES, razão pela qual a autoridade administrativa estava impedida de inscrever os valores declarados em dívida ativa, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa.
11. A comprovação de que a apelante se beneficiou da concessão da segurança do referido mandado de segurança se dá conforme a cópia da relação dos associados do SINDELIVRE (Id 90213976, p. 51), onde consta o nome fantasia da apelante (Regina Altman Escola de Educação Infantil), devidamente comprovada por meio da portaria emitida pela Delegacia de Ensino de Santos (Id 90213976, p. 52).
12. Desse modo, a sentença deve ser reformada, para afastar a ausência de interesse processual, e, aplicando-se o artigo 1013, §3º, I, do Código de Processo Civil de 2015, dar provimento ao recurso de apelação da autora para anular os lançamentos fiscais que tiveram origem em sua indevida exclusão do SIMPLES, anulando-se os seguintes Processos Administrativos: nº 10.845.502175/2005-91; nº 10.845.502176/2005-36; nº 10.845.502177/2005-81; nº 10.845.502178/2005-25 e nº 10.845.502174/2005-47, nos termos da fundamentação supra.
13. Apelação provida. Inversão da sucumbência. "

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que (Id 108147905, p. 1-14):

- a) "a decisão agravada não se manifestou a respeito do mérito, ou seja, a respeito da exclusão da ora embargada do SIMPLES" – assim, "a pretensão da ora embargada não poderia ter sido concedida no presente meio e oportunidade processual, sob pena de violação aos limites objetivos da apelação, por extrapolação de seu âmbito de devolutividade possível" (Id 108147905, p. 2);
- b) "não pode este Tribunal conhecer das citadas questões sem violar o âmbito de devolutividade do agravo de instrumento e incorrer em supressão de instância" (Id 108147905, p. 3);
- c) a embargada fora excluída do Simples por ato administrativo do Delegado da Receita Federal em Santos, cuja notificação foi recebida pela embargada em 19.05.99;
- d) a embargada ofereceu impugnação, que foi julgada improcedente pela DRF em 14.12.99, tendo recorrido ao Conselho de Contribuintes, que negou provimento ao recurso em 18.10.2000, com notificação em 28.04.2003 – o lançamento se aperfeiçoou em 19.05.99, e embora tenha sido objeto de impugnação, ao final restou mantido;
- e) a lei aplicável ao caso é a lei vigente à data da ocorrência do fato gerador, no caso, a redação original do inciso XII do art. 9º da Lei nº 9.137/96, que veio a ser alterado em 24.10.2000;
- f) "à época em que a embargante aderiu ao SIMPLES havia previsão legal que vedava tal adesão" (Id 108147905, p. 12).

A embargada apresentou manifestação (Id 122740883, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000998-23.2007.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CAMINHANDO - DESENVOLVIMENTO DA CRIATIVIDADE E PERSONALIDADE INFANTIL LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA LOPES MONTEIRO PACE - SP137552-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Os embargos de declaração não merecem prosperar. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta Turma.

Pela leitura da peça recursal, depreende-se o mero inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, visto que os declaratórios devem apontar, precisamente, os pontos da decisão que precisam ser integrados, o que não foi observado no caso em comento.

Com efeito, o acórdão é bastante claro ao consignar que (Id 107344895, p. 7-13):

“Na sentença, o Juízo a quo acolheu a preliminar de ausência de interesse processual no prosseguimento da demanda, suscitada pela União, posto que não seria cabível o ajuizamento de ação anulatória após o ajuizamento de execução fiscal, dada a necessidade de que a impugnação seja feita na via própria dos embargos à execução ou exceção de pré-executividade, e julgou o processo extinto, sem julgamento de mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil (Id 90477083, p. 116-119).

Não lhe assiste razão, entretanto.

Os embargos à execução ou a exceção de pré-executividade não são os únicos instrumentos legais para defesa do executado após o ajuizamento da execução fiscal, sendo possível ao contribuinte utilizar-se de outras ações para anulação do ato declaratório da dívida, independentemente da oposição dos embargos à execução, em respeito ao princípio da ampla defesa.

Tal orientação encontra-se conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“AÇÃO ANULATÓRIA. EXECUÇÃO FISCAL. É de direito constitucional do devedor (direito de ação) o ajuizamento da ação anulatória do lançamento fiscal. Esse direito pode ser exercido antes ou depois da propositura do executivo fiscal, não obstante o rito da execução prever a ação de embargos do devedor como hábil a desconstituir a obrigação tributária exigida judicialmente pela Fazenda. Os embargos à execução não são o único meio de insurgência contra a pretensão fiscal na via judicial, pois existe também a via ordinária, as ações declaratórias e anulatórias, bem como a via mandamental. Porém, se a ação anulatória busca suspender a execução fiscal ao assumir o papel dos embargos, é necessário que seja acompanhada do depósito integral do montante do débito exequendo, pois, ao ostentar presunção de veracidade e legitimidade (art. 204 do CTN), o crédito tributário tem sua exigibilidade suspensa nos limites do art. 151 do referido código. Precedentes citados: REsp 854.942-RJ, DJ 26/3/2007; REsp 557.080-DF, DJ 7/3/2005; REsp 937.416-RJ, DJe 16/6/2008; AgRg no REsp 701.729-SP, DJe 19/3/2009; REsp 747.389-RS, DJ 19/9/2005; REsp 764.612-SP, DJ 12/9/2005, e REsp 677.741-RS, DJ 7/3/2005. REsp 1.030.631-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 8/9/2009.”

Desse modo, a sentença há de ser reformada para afastar a ausência de interesse processual, aplicando-se, desde logo, o artigo 1013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015, verbis:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485”

Verifico que, no caso, o processo se encontra em condições de imediato julgamento, e, portanto, decido o mérito.

De fato, há jurisprudência sedimentada pelo STJ em sede de recursos repetitivos (REsp 1.021.263/SP), pela irretroatividade das Leis 10.034/00 e 10.684/03, quanto à inclusão de determinadas atividades voltadas ao ensino no então vigente regime tributário do Simples Federal. Verbis:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE AS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ARTIGO 9º, XIII, DA LEI 9.317/96. ARTIGO 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003. 1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. 2. O inciso XIII, do artigo 9º, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor: “Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica: (...) XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fiscalizador, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida; (...)” 3. A constitucionalidade do inciso XIII, do artigo 9º, da Lei 9.317/96, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.643-DF, oportunidade em que asseverou: “... a lei tributária - esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria. A razoabilidade da Lei nº 9.317/96 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais. Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo.” (ADI-MC 1643/UF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.10.1997, DJ 19.12.1997) 4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserida na Lei 9.317/96, determinando que: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental.” 5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu artigo 24, assim dispôs: “Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o inciso XIII do art. 9º da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades: I creches e pré-escolas; II estabelecimentos de ensino fundamental; III centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga; IV agências lotéricas; V agências terceirizadas de correios; VI (VETADO) VII (VETADO) (NR) (...)” 6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo artigo 9º, da Lei nº 9.317/96, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 106, do CTN, verbis: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.” 7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 01/07/2009; AgRg no REsp 1043154/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009; AgRg no REsp 611.294/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 19/12/2008; REsp 1.042.793/RJ, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 21.05.2008; REsp 829.059/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18.12.2007, DJ 07.02.2008; e REsp 721.675/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 19.09.2005. 8. In casu, à data da impetração do mandado de segurança (07/07/1999), bem assim da prolação da sentença (11/10/1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida. 9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(RESP 200800029439 / STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. LUIZ FUX / DJE:18/12/2009)”

Este Tribunal seguiu a posição do Superior Tribunal de Justiça em julgados posteriores:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO. CRECHES. PRÉ-ESCOLAS. ENSINO FUNDAMENTAL. OPÇÃO VEDADA ATÉ O ADVENTO DA LEI N. 10.034, DE 24.10.00. ESTABELECIMENTOS DE ENSINO MÉDIO. VEDAÇÃO QUE SE ESTENDE MESMO APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS NS. 10.034/00 E 10.684/03. EXCLUSÃO. ATO DECLARATÓRIO. EFEITOS RETROATIVOS. ADMISSIBILIDADE. 1. É constitucional a vedação de ingresso no Simples das pessoas jurídicas que se dediquem às atividades contidas no art. 9º, XIII, da Lei n. 9.317/96 (STF, ADI n. 1.643-1, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.12.02). 2. A opção pelo Simples era vedada às pessoas jurídicas que se dedicassem exclusivamente às atividades de creches, pré-escolas e ensino fundamental até a vigência da Lei n. 10.034, de 24.10.00 (STJ, REsp n. 1.021.263, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.09, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil). 3. Os estabelecimentos de ensino médio continuaram impedidos de optar pelo Simples mesmo após a vigência das Leis ns. 10.034/00 e 10.684/03, na medida em que não foram contemplados entre as instituições beneficiadas por essas normas (STJ, AGA n. 1.221.292, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 19.08.10; REsp n. 946.856, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.11.08; REsp n. 883.625, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 01.03.07). 4. Conforme afirma a própria apelante e comprovado em seu ato de constituição, seu objeto é “a exploração de estabelecimento particular de ensino de primeiro grau, segundo grau, maternal e pré-escolar, bem como comercialização de livro e materiais escolares” (fl. 11), circunstância que por si só impede a sua opção pelo Simples, uma vez que se trata de estabelecimento de ensino médio. 5. Ainda que assim não se entenda, verifica-se nos autos que os débitos executados referem-se ao período de 03.97 a 01.98, período no qual era vedada a opção pelo Simples inclusive às creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental. 6. O ato de exclusão do contribuinte do Simples tem efeito declaratório e efeitos retroativos. Tratando-se de causa de exclusão superveniente, os efeitos do ato retroagem à data de um mês após a ocorrência da circunstância que ensejou a exclusão (Lei n. 9.317/96, art. 15, II) (STJ, REsp n. 1.124.507, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28.04.10, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil). 7. A apelante foi excluída do Simples pela Receita Federal em 09.01.99 sob o fundamento de “atividade econômica não permitida para o Simples” (fl. 55). Referido ato tem natureza declaratória e efeitos retroativos à data da opção, uma vez que não se trata de motivo de exclusão superveniente. 8. Apelação não provida. (AC 00230723620014039999 / TRF3 - QUINTA TURMA / JUIZA CONV LOUISE FILGUEIRAS / e-DJF3:07/08/2012)

TRIBUTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA - SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES - EXCLUSÃO ART. 9º, INCISO, XIII, DA LEI Nº 9.317/96 - CAUSA DE PEDIR - LIMITAÇÃO OBJETIVA DA LIDE - INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA SENTENÇA - ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 10.034/00 - VALIDADE À ÉPOCA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1 - O ordenamento jurídico pátrio adota a teoria da substanciação quanto à causa de pedir (artigo 282, III, CPC), cabendo ao autor indicar, na petição inicial, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. II - A petição inicial, instrumento que limita objetivamente o pedido, apresenta como causa de pedir próxima o direito à opção pelo SIMPLES nos termos da Lei nº 9.317/96 por não prestar serviços de professor, mas sim de educação; e como causa de pedir remota, a exclusão do SIMPLES ocorrida por meio do Ato Declaratório de Exclusão nº 115.087, datado de 09 de janeiro de 1999, por realizar “atividade econômica não permitida para o SIMPLES”. III - O pedido, bastante claro, visava obter a anulação do ato administrativo, com a sua reinclusão no SIMPLES desde o ano de 1997. Desta forma, equivocada a sentença que julgou procedente o pedido para determinar a reinclusão a partir de outubro/2000, pois violou o princípio da congruência, estabelecido nos artigos 128 e 460 do CPC. IV - A correção do vício por meio de embargos declaratórios é admissível, os quais, excepcionalmente, podem ter efeitos infringentes como ensina doutrina e jurisprudência. Consequentemente, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração, pode o juízo, ao sanar o vício que acomete a sentença, proferir um novo julgamento que altere diametralmente o dispositivo anterior. V - No caso, deve prevalecer a sentença que reconheceu a higidez do ato administrativo, condizente com o ordenamento jurídico à época em que emitido. Com efeito, a Lei nº 9.317/96, em seu artigo 9º, XIII, impedia a opção pelo SIMPLES das pessoas jurídicas que explorassem atividades próprias de profissão, cujo exercício dependa de habilitação legal. A atividade básica da autora relaciona-se à exploração do ramo educacional de pré-escola e ensino fundamental, de forma que a opção, no ano de 1997, contrariava a lei. VI - Somente com a edição da Lei nº 10.034, de 24 de outubro de 2000, foi excetuada da vedação às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimento de ensino fundamental. Todavia, o marco inicial para que os estabelecimentos que exploram essas atividades optem pelo SIMPLES é o dia 25.10.2000, sem possibilidade de retroagir, conforme já decidiu o STJ. VII - Como o ato administrativo que se pretende anular (Ato de Exclusão nº 115.087, de 09.01.99) é anterior à lei que trouxe ao mundo jurídico a exceção, não existe ilegalidade passível de correção pelo Poder Judiciário, mostrando-se acertada a sentença que julgou improcedente o pedido. VIII - Apelação improvida. (AC 00081355820044036105 / TRF3 - TERCEIRA TURMA / DES. FED. CECÍLIA MARCONDES / e-DJF3:20/09/2010).

Ocorre que o caso em tela trata de situação diversa.

Com efeito, a Instrução Normativa nº 115, de 27 de dezembro de 2000, que dispunha, à época, sobre a opção pelo SIMPLES, das pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental, assim determinava em seu art. 1º, § 3º, verbis:

“Art. 1º As pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental poderão optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

(...)

§ 3º Fica assegurada a permanência no sistema das pessoas jurídicas, mencionadas no caput, que tenham efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000 e não foram excluídas de ofício ou, se excluídas, os efeitos da exclusão ocorreriam após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.” g.n.

Assim, referido dispositivo normativo assegurava a permanência, no sistema SIMPLES, das pessoas mencionadas no caput do artigo 1º, desde que tivessem efetuado a opção pelo SIMPLES anteriormente a 25 de outubro de 2000, e não tenham sido excluídas de ofício, ou, caso excluídas, os efeitos da exclusão ocorressem após a edição da Lei nº 10.034, de 2000, desde que atendidos os demais requisitos legais.

No caso em tela, a apelante efetuou a opção pelo SIMPLES em 24.03.1997 (Id 90213976, p. 40), antes de 25.10.2000, e a sua exclusão, em 09.01.1999 (Id 90477082, p. 171), somente poderia produzir efeitos após a intimação da decisão final do recurso administrativo, cujo AR foi juntado em 28.04.2003 (Id 90477083, p. 77).

Estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, que assegura ao contribuinte a suspensão do crédito tributário, por meio do exercício do contraditório em processo administrativo, deve ser reconhecido o direito da permanência da apelante no sistema SIMPLES, e, consequentemente, a nulidade dos lançamentos tributários efetuados durante o intervalo temporal correspondente à suspensão.

Ademais, a apelante estava amparada por sentença no Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, impetrado pelo SINDELIVRE – Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, da qual é filiada (Id 90213976, p. 54-59), confirmada em sede de apelação por esse Tribunal (Id 90213812, p. 56-60), reconhecendo judicialmente seu direito de permanecer no Sistema SIMPLES, razão pela qual a autoridade administrativa estava impedida de inscrever os valores declarados em dívida ativa, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa.

A comprovação de que a apelante se beneficiou da concessão da segurança do referido mandado de segurança se dá conforme a cópia da relação dos associados do SINDELIVRE (Id 90213976, p. 51), onde consta o nome fantasia da apelante (Regina Altman Escola de Educação Infantil), devidamente comprovada por meio da portaria emitida pela Delegacia de Ensino de Santos (Id 90213976, p. 52).

Desse modo, a sentença deve ser reformada, para afastar a ausência de interesse processual, e, aplicando-se o artigo 1013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015, dar provimento ao recurso de apelação da autora para anular os lançamentos fiscais que tiveram origem em sua indevida exclusão do SIMPLES, anulando-se os seguintes Processos Administrativos: nº 10.845.502175/2005-91; nº 10.845.502176/2005-36; nº 10.845.502177/2005-81; nº 10.845.502178/2005-25 e nº 10.845.502174/2005-47, nos termos da fundamentação supra.”

De fato, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, aduzindo novamente questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Por fim, divergindo a embargante do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 1022 do Código de Processo Civil.
2. *In casu*, a sentença foi reformada para afastar a ausência de interesse processual, aplicando-se, desde logo, o artigo 1013, § 3º, I, do Código de Processo Civil de 2015, tendo este Tribunal verificado que o processo se encontrava em condições de imediato julgamento, e, portanto, decidido o mérito.
3. No caso em tela, a apelante efetuou a opção pelo SIMPLES em 24.03.1997 (Id 90213976, p. 40), antes de 25.10.2000, e a sua exclusão, em 09.01.1999 (Id 90477082, p. 171), somente poderia produzir efeitos após a intimação da decisão final do recurso administrativo, cujo AR foi juntado em 28.04.2003 (Id 90477083, p. 77).
4. Estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, que assegura ao contribuinte a suspensão do crédito tributário, por meio do exercício do contraditório em processo administrativo, deve ser reconhecido o direito da permanência da apelante no sistema SIMPLES, e, consequentemente, a nulidade dos lançamentos tributários efetuados durante o intervalo temporal correspondente à suspensão.
5. Ademais, a apelante estava amparada por sentença no Mandado de Segurança Coletivo nº 97.0008609-7, impetrado pelo SINDELIVRE – Sindicato das Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social de Orientação e Formação Profissional no Estado de São Paulo, da qual é filiada (Id 90213976, p. 54-59), confirmada em sede de apelação por esse Tribunal (Id 90213812, p. 56-60), reconhecendo judicialmente seu direito de permanecer no Sistema SIMPLES, razão pela qual a autoridade administrativa estava impedida de inscrever os valores declarados em dívida ativa, uma vez que a exigibilidade do crédito tributário estava suspensa.
6. A comprovação de que a apelante se beneficiou da concessão da segurança do referido mandado de segurança se dá conforme a cópia da relação dos associados do SINDELIVRE (Id 90213976, p. 51), onde consta o nome fantasia da apelante (Regina Altman Escola de Educação Infantil), devidamente comprovada por meio da portaria emitida pela Delegacia de Ensino de Santos (Id 90213976, p. 52).
7. Depreende-se o mero inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, visto que os declaratórios devem apontar, precisamente, os pontos da decisão que precisam ser integrados, o que não foi observado no caso em comento.
8. O que se percebe é o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, aduzindo novamente questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007378-80.2008.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A
Advogado do(a) APELANTE: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR - SP98844
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007378-80.2008.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A
Advogado do(a) APELANTE: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR - SP98844
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Engrplast Industrial e Comércio de Plásticos S/A**, em relação ao acórdão de ID de n.º 107344892, assim ementado:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RE 627.815. PIS E COFINS. VARIAÇÃO CAMBIAL. NÃO INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. APELAÇÃO PROVIDA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. 1. Determinou o acórdão anteriormente prolatado que a variação cambial compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, e que, portanto, a execução fiscal deveria prosseguir. 2. Esse entendimento, porém, destoia da jurisprudência mais recente do STF, conforme se verifica no RE 627.815, decidido em sede de recurso repetitivo (Tema 329 do STF). 3. Está-se diante de hipótese de inafectação tributária, ou seja, de uma limitação constitucional ao poder de tributar, cujo objetivo é o de desonerar as operações de exportação por completo, inclusive no que tange às variações cambiais positivas delas decorrentes. Art. 149, §2º, I, CF/88. Precedentes. 4. É de rigor anular a execução fiscal, dando-se baixa da inscrição do débito, haja vista que a União não poderia constituir créditos tributários atinentes ao PIS tendo como base de cálculo o valor obtido pela diferença da variação cambial. 5. Apelação provida, em juízo de retratação."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que não ficou claro o valor arbitrado a título de condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios.

A União, ora embargada apresentou manifestação (ID de n.º 123615879).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007378-80.2008.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A
Advogado do(a) APELANTE: EDWAL CASONI DE PAULA FERNANDES JUNIOR - SP98844
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração merecem acolhimento, para esclarecimento em relação ao valor arbitrado da condenação da embargante ao pagamento de honorários advocatícios.

No voto (ID de n.º 90782880) do acórdão embargado, a questão referente aos honorários advocatícios foi tratada da seguinte forma: "No que tange à sucumbência, considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do artigo 21, parágrafo único, e do artigo 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa".

De fato, no acórdão embargado, faltou constar que a condenação refere-se ao valor da causa dado na execução fiscal, devidamente atualizado (valor da causa na execução fiscal: R\$ 111.902,61).

Assim, o percentual de 10% (dez por cento) deverá incidir sobre o valor dado à causa na execução fiscal, devidamente atualizado.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, unicamente para esclarecer a questão referente ao valor da condenação da embargante ao pagamento dos honorários advocatícios, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ARBITRADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA AFASTAR O ERRO MATERIAL.

1. Os embargos de declaração merecem acolhimento, para esclarecimento em relação ao valor arbitrado da condenação da embargante ao pagamento de honorários advocatícios.
2. No voto (ID de n.º 90782880) do acórdão embargado, a questão referente aos honorários advocatícios foi tratada da seguinte forma: "No que tange à sucumbência, considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do artigo 21, parágrafo único, e do artigo 20, §§3º e 4º, do Código de Processo Civil, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios em 10% do valor da causa".
3. De fato, no acórdão embargado, faltou constar que a condenação refere-se ao valor da causa dado na execução fiscal, devidamente atualizado (valor da causa na execução fiscal: R\$ 111.902,61). Assim, o percentual de 10 % (dez por cento) deverá incidir sobre o valor dado à causa na execução fiscal, devidamente atualizado.
4. Embargos de declaração acolhidos, unicamente para esclarecer a questão referente ao valor da condenação da embargante ao pagamento dos honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, unicamente para esclarecer a questão referente ao valor da condenação da embargante ao pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004190-65.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PRICEWATERHOUSECOOPERS CORPORATE FINANCE & RECOVERY LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUCIANA NINI MANENTE - SP130049-A, JOSE EDUARDO BURTI JARDIM - SP126805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004190-65.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PRICEWATERHOUSECOOPERS CORPORATE FINANCE & RECOVERY LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUCIANA NINI MANENTE - SP130049-A, JOSE EDUARDO BURTI JARDIM - SP126805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIALIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ: AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

3. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

4. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

5. Apelação da União e remessa oficial providas.

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão, pois: (1) não julgou a inconstitucionalidade do artigo 12, § 1º, III e § 5º, do Decreto-lei 1.598/1977, na redação da Lei 12.973/2014, considerando o conceito de faturamento do artigo 195, I, alínea "b", da CF, que não admite a inclusão de tributo na base de cálculo do PIS/COFINS, além de violação ao artigo 110 do CTN; (2) a Suprema Corte, ao julgar o RE 574.706, deixou claro que não estão sujeitos à tributação pelo PIS/COFINS os valores que não representam efetiva receita do contribuinte, como ocorre com tributos incidentes na venda de bens e prestação de serviços, ficando assentado que o tributo não deve ser considerado como parte integrante da receita bruta, aplicando-se tal entendimento à exclusão de outros tributos da base de cálculo do PIS/COFINS, e não apenas do ICMS; (3) tanto o ICMS como PIS/COFINS incidentes no preço são repassados aos cofres públicos, e, portanto, não podem ser considerados como base de cálculo do PIS/COFINS; (4) o "Supremo Tribunal Federal encampou em diversas ocasiões (RE nº 371.258 e 240.785/MG) e definitivamente no Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, ao decidir que um tributo, no caso, o ICMS não se enquadra no termo 'faturamento', porque não é uma receita inerente à venda de mercadoria ou à prestação de serviço"; e (5) idêntico entendimento foi aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.624.297, 1.629.001 e 1.638.772, reconhecendo a exclusão do ICMS da base de cálculo da CPRB (Lei 12.546/2011), utilizando, por analogia, o precedente RE 574.706.

Houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004190-65.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRICEWATERHOUSECOOPERS CORPORATE FINANCE & RECOVERY LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUCIANA NINI MANENTE - SP130049-A, JOSE EDUARDO BURTI JARDIM - SP126805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro *in judicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é de reapreciar a causa como pretendido.

Cabe, de qualquer forma, registrar que o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

Evidencia-se, pois, que a invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o que decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em referência às mesmas bases de cálculo. Não existe, assim, presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte.

Neste sentido, no *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo".

Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, direciona ao entendimento de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

No âmbito da interpretação do direito federal, no julgamento do RESP 1.144.469, Rel. p/ acórdão Min. CAMPBELL MARQUES, decidiu a Corte Superior que:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. 1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quando estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos". 2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. (...)"

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência e o emprego da analogia para eximir-se da tributação foram reputados como pretensão infundada do contribuinte:

RESP 1.825.675, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E À COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DADO À MATÉRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. A recorrente pretende fazer prevalecer a tese fixada no RE 574.706. O acolhimento de tal linha de raciocínio exigiria determinar se o art. 1º da Lei 10.637/2002 e o art. 1º da Lei 10.833/2003, ao definirem o conceito de faturamento, incluindo neste todas as receitas da empresa, estariam de acordo com o art. 195, I, b, da Constituição Federal, tarefa que compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal. 2. A matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança efetuada nos moldes do art. 2º da Lei 12.973/2014, bem como a aplicação analógica do Tema 69/STF são de cunho eminentemente constitucional, de forma que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisá-las sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do STJ foi pacificada, no âmbito da Primeira Seção, no sentido da incidência, salvo previsão expressa em legislação específica, do PIS e da Cofins sobre sua própria base de cálculo. (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 2.12.2016). 5. Dessumese que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando declara que "descabe aplicar-se a analogia em matéria tributária", e que "não é possível estender a orientação do Supremo Tribunal Federal referente à questão", razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso Especial não conhecido. "

A jurisprudência superior respalda, portanto, sob esta ótica, o entendimento de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

Enfim, para não reiterar a ementa do próprio acórdão embargado que bastaria, por si, à demonstração da improcedência de todos os pontos levantados na presente discussão, cita-se em acréscimo o seguinte julgado:

ApCiv 5004366-63.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, publicação 06/04/2020: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706. 1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n° 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp n° 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceria a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. 2. Recurso de apelação desprovido. "

Importa reafirmar, a propósito, o entendimento de que, salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 110, CTN, e artigo 12, § 1º, III, e 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NAS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. O acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".
4. A invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em relação às mesmas bases de cálculo. Não existe presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte. No *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo". Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, autoriza a conclusão de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.
5. O emprego da analogia ou a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência são pretensões infundadas à luz da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Do quanto consolidado, no âmbito dos Tribunais, resulta a diretriz de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.
6. Salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 110, CTN, e artigo 12, § 1º, III, e 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).
7. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017870-88.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DINPAR-DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PARAFUSOS E PECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANGELARDANAZ - SP246617-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017870-88.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DINPAR-DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PARAFUSOS E PECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANGELARDANAZ - SP246617-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração em face de acórdão assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).
2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.
3. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constituiu óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.
5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos – artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

8. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União não provida. Remessa oficial parcialmente provida.

Alegou-se omissão do julgado, inclusive para fins de pré-questionamento, pois: (1) a aplicação imediata do precedente no RE 574.706, na pendência de embargos de declaração sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, contraria decisões monocráticas daquela Corte que suspenderam feitos até o exame definitivo do mérito; (2) foi reconhecido o direito à exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, porém sem pedido e exame na origem, violando, assim, os artigos 10, 141, 490 e 492, CPC; (3) a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 93, IX, da CF; 11, 489, II, e § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º, CPC; e como o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e (4) o mérito como decidido, no tocante a tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 155, § 2º, I, CF; 13, § 1º, I, 19 e 20, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998; e Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018 da Receita Federal.

Não houve impugnação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017870-88.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DINPAR-DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PARAFUSOS E PECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANGELARDANAZ - SP246617-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

Inicialmente, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional, como bem demonstrado na citação ao seguinte aresto, que trata da interpretação aplicável ao **artigo 1.040 do Código de Processo Civil**:

"(...) REPERCUSSÃO GERAL – ACÓRDÃO – PUBLICAÇÃO – EFEITOS – ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral" (RE nº 579.431/RS-ED, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 22/6/18).

No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam a formação da base de cálculo do PIS/COFINS com o acréscimo do valor do ICMS.

O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgado recorrido. A defesa da técnica de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS - por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social - não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do ICMS destacado nas notas fiscais, e não o montante a recolher; conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência.

Assim fundamentado o aresto recorrido (artigos 93, IX, CF; e 11 e 489, II, CPC) a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 10, 141, 489, § 1º, IV a VI, 490, 492, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 155, § 2º, I, da Constituição Federal; 13, § 1º, I, 19 e 20, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998; e Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018 da Receita Federal) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada nas Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto como objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. Inicialmente, cabe registrar que, apreciado o tema constitucional no RE 574.706, eventual **pendência de embargos de declaração** não suspende o julgamento da matéria perante as instâncias ordinárias, pois, para tanto, seria necessário que a própria Suprema Corte conferisse tutela específica com tal efeito, o que não ocorreu. Perceba-se que decisões monocráticas em casos concretos, como as referidas no recurso, por relevantes que sejam, não conferem colegialidade nem caráter de precedente a que se devam submeter juízes e tribunais, especialmente se a orientação nelas adotada é exatamente contrária à assentada em acórdãos da Corte Constitucional.

3. No mérito, houve indicação de **jurisprudência violada** pelo acórdão embargado, assim como de **normas ofendidas** dada a natureza jurídica especial de tais contribuições e as regras de responsabilidade social das empresas com a Seguridade Social, serviço baseada na universalidade do atendimento e da cobertura (artigos 3º, I e IV, 170, 194 e 195, CF), que permitiriam formação da base de cálculo do PIS/COFINS com o acréscimo do valor do ICMS.

4. O acórdão apreciou questão constitucional e, não, estritamente legal, prevalecendo, portanto, a jurisprudência da Suprema Corte que, a propósito, fundamentou o julgamento recorrido. A defesa da técnica de que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS – por se tratar de componente do preço que integra o valor do produto, do serviço, da operação, do faturamento e da receita, e por serem os recursos auferidos destinados a financiar a Seguridade Social – não enseja embargos de declaração, pois inexistente omissão, contradição ou obscuridade na apreciação da causa, que considerou, evidentemente, o entendimento consagrado, pelo Pleno da Corte Suprema, no que decidiu a controvérsia a partir de parâmetros normativos próprios da ordem constitucional-tributária e, em específico, da espécie tributária em evidência.

5. Em relação a ter sido especificado o critério de apuração do imposto a ser excluído da base de cálculo de tais contribuições, sustentou-se vício a ensejar a correção do julgado. Assentou o acórdão embargado, a propósito, que a exclusão refere-se ao valor do **ICMS destacado nas notas fiscais**, e não o montante a recolher, conclusão extraída do próprio precedente da Suprema Corte, integrando tal matéria, portanto, o próprio **cerne conhecido da controvérsia**, sobre o qual cabível a apreciação desde a origem, dado que não se poderia relegar à fase de cumprimento a **discussão meritória** do valor do ICMS, por critério de apuração (destacado ou recolhido), a ser excluído da incidência das contribuições em referência.

6. Assim fundamentado o aresto recorrido (artigos 93, IX, CF; e 11 e 489, II, CPC) a eventual inovação recursal e violação do princípio da congruência (artigos 10, 141, 489, §1º, IV a VI, 490, 492, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, CPC; e 27 da Lei 9.868/1999), ou ofensa a preceitos aventados (artigos 155, § 2º, I, da Constituição Federal; 13, §1º, I, 19 e 20, da Lei Complementar 87/1996; artigo 1º da Lei 10.637/2002; artigo 1º da Lei 10.833/2002; artigo 2º da Lei 9.715/1998; artigo 2º da LC 70/1999; e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/1998; e Solução de Consulta Interna COSIT 13/2018 da Receita Federal) devem ser tratadas na via recursal própria, que não os embargos de declaração.

7. Reitere-se que, em todos os casos destacados, não houve omissão, contradição ou obscuridade frente a alegações, preceitos e provas pertinentes à discussão, mas, ainda que, por hipótese, houvesse ofensa ou negativa de vigência à legislação, ou contrariedade à interpretação consolidada na jurisprudência das Cortes Superiores, os embargos de declaração, mesmo assim, não seriam cabíveis ou passíveis de acolhimento em substituição aos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025929-31.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP 114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS

Advogados do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP 114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025929-31.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP 114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS

Advogados do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP 114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LIMITES GEOGRÁFICOS. ATRIBUIÇÕES DA AUTORIDADE COATORA. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIALIBILIDADE.

1. *Tratando-se de mandado de segurança coletivo, a decisão proferida abrange todos os associados com domicílio no âmbito da competência territorial administrativa da autoridade coatora. Precedente.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.*

3. *O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.*

4. *O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.*

5. *Apelação da Impetrante parcialmente provida. Prejudicada a análise das demais alegações.*

6. *Apelação da União e remessa oficial providas.*

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão, pois: (1) embora o julgado tenha abordado as questões no caso em tela, "em muitas delas apenas mencionou o nome iuris do instituto jurídico discutido ou sua mens legis, sem contudo, indicar expressamente os artigos das normas a que se referiam"; (2) deixou de manifestar-se sobre "os dispositivos constitucionais e legais invocados pelo Embargante em suas manifestações acerca dos pontos envolvidos na decisão embargada"; e (3) houve violação ao artigo 195, I, "b", da Constituição Federal.

Houve impugnação.

Haganá Serviços Ltda, associada da impetrante, ora embargante, peticionou, alegando, que: (1) executou a sentença concessiva da ordem para excluir a incidência de PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, em outubro e novembro de 2019, porém, posteriormente, em 21/01/2020, foi reformada pelo Tribunal, tendo o prazo de trinta dias para recolher a diferença, sem a aplicação da multa, nos termos do artigo 63 da Lei 9.430/1996; (2) após tentativas de emissão da guia Darf para pagamento da diferença, o próprio sistema da RFB determina imediato recolhimento do valor faltante, com o acréscimo da multa, em afronta ao artigo 63 da Lei 9.430/1996; e (3) para que não sofra prejuízos, optou por efetuar o depósito judicial do valor remanescente com acréscimo da multa, razão pela qual requereu que o depósito judicial realizado seja reconhecido como integral para satisfazer o crédito com a suspensão de sua exigibilidade, impedindo a inscrição no CADIN/SERASA ou a obtenção de certidão de regularidade fiscal, e, por fim, o levantamento do valor da multa, recolhida indevidamente e a maior.

A PFN pleiteou o indeferimento do pedido, pois a empresa não é parte nos autos, e a situação narrada não foi objeto do mandado de segurança, devendo ser objeto de ação própria.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025929-31.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVIÇOS

Advogados do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP114170-A, RENATA NASCIMENTO STERNICK - MG120122-A, PATRICIA SALGADO SETTE

MATTANA - MG97398-A, RENATO BARTOLOMEU FILHO - MG81444-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, foram genéricas as alegações de que não foram identificados os preceitos a que se referiram os fundamentos deduzidos nos autos, o que inviabiliza a alegação de que houve omissão, pois incumbe à embargante demonstrar, concreta e especificamente, em que consistiu o vício apontado.

Apenas um preceito específico foi citado pela embargante, atinente ao artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, sobre o qual cabe discorrer para rejeitar a alegação de omissão, já que se alegou que a inclusão do PIS/COFINS na própria base de cálculo não representaria receita ou faturamento, conforme definição constitucional. A extensão ao caso do precedente firmado no âmbito do ICMS restou afastada diante da jurisprudência da Suprema Corte no sentido da validade da apuração de tributos pelo método do "cálculo por dentro", sem incorrer, portanto, em qualquer vício de inconstitucionalidade frente ao preceito invocado, a demonstrar que não houve omissão no julgamento.

Cabe registrar que o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

Evidencia-se, pois, que a invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o que decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em referência às mesmas bases de cálculo. Não existe, assim, presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte.

Neste sentido, no *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo".

Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, direciona ao entendimento de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

No âmbito da interpretação do direito federal, no julgamento do RESP 1.144.469, Rel. p/ acórdão Min. CAMPBELL MARQUES, decidiu a Corte Superior que:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. 1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quando estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos". 2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia Resp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. (...)"

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência e o emprego da analogia para eximir-se da tributação foram reputados como pretensão infundada do contribuinte:

RESP 1.825.675, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E À COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DADO À MATÉRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. A recorrente pretende fazer prevalecer a tese fixada no RE 574.706. O acolhimento de tal linha de raciocínio exigiria determinar se o art. 1º da Lei 10.637/2002 e o art. 1º da Lei 10.833/2003, ao definirem o conceito de faturamento, incluindo neste todas as receitas da empresa, estariam de acordo com o art. 195, I, b, da Constituição Federal, tarefa que compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal. 2. A matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança efetuada nos moldes do art. 2º da Lei 12.973/2014, bem como a aplicação analógica do Tema 69/STF são de cunho eminentemente constitucional, de forma que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisá-las sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do STJ foi pacificada, no âmbito da Primeira Seção, no sentido da incidência, salvo previsão expressa em legislação específica, do PIS e da Cofins sobre sua própria base de cálculo. (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 2.12.2016). 5. Dessumese que o acórdão recorrido está em sintonia com a atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando declara que "descube aplicar-se a analogia em matéria tributária", e que "não é possível estender a orientação do Supremo Tribunal Federal referente à questão", razão pela qual não merece prosperar a irrisignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso Especial não conhecido. "

A jurisprudência superior respalda, portanto, sob esta ótica, o entendimento de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

Enfim, para não reiterar a ementa do próprio acórdão embargado que bastaria, por si, à demonstração da improcedência de todos os pontos levantados na presente discussão, cita-se em acréscimo o seguinte julgado:

ApCiv 5004366-63.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, publicação 06/04/2020: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706. 1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. 2. Recurso de apelação desprovido."

Importa reafirmar, a propósito, o entendimento de que, salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Quanto à petição de Haganá Serviços Ltda, a controvérsia suscitada extrapola os limites da lide, mesmo em cumprimento provisório da sentença, exigindo ação própria para discutir o direito específico a esta ou aquela forma de regularização tributária, não podendo, por outro lado, a matéria ser discutida, originariamente, em segunda instância.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração e o requerido por Haganá Serviços Ltda.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NAS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Com efeito, foram genéricas as alegações de que não foram identificados os preceitos a que se referiram os fundamentos deduzidos nos autos, o que inviabiliza a alegação de que houve omissão, pois incumbe à embargante demonstrar, concreta e especificamente, em que consistiu o vício apontado.
4. Apenas um preceito específico foi citado pela embargante, atinente ao artigo 195, I, "b", da Constituição Federal, sobre o qual cabe discorrer para rejeitar a alegação de omissão, já que se alegou que a inclusão do PIS/COFINS na própria base de cálculo não representaria receita ou faturamento, conforme definição constitucional. A extensão ao caso do precedente firmado no âmbito do ICMS restou afastada diante da jurisprudência da Suprema Corte no sentido da validade da apuração de tributos pelo método do "cálculo por dentro", sem incorrer, portanto, em qualquer vício de inconstitucionalidade frente ao preceito invocado, a demonstrar que não houve omissão no julgamento.
5. A propósito, o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".
6. A invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em relação às mesmas bases de cálculo. Não existe presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte. No *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo". Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, autoriza a conclusão de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.
7. O emprego da analogia ou a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência são pretensões infundadas à luz da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Do quanto consolidado, no âmbito dos Tribunais, resulta a diretriz de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.
8. Salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).
9. Se tal motivação é insuficiente, fere normas apontadas ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.
10. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
11. Quanto à petição de Haganá Serviços Ltda, a controvérsia suscitada extrapola os limites da lide, mesmo em cumprimento provisório da sentença, exigindo ação própria para discutir o direito específico a esta ou aquela forma de regularização tributária, não podendo, por outro lado, a matéria ser discutida, originariamente, em segunda instância.
12. Embargos de declaração e petição de Haganá Serviços Ltda rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração e o requerido por Haganá Serviços Ltda, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020387-79.2002.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA., UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA

Advogados do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A, JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A

Advogado do(a) APELANTE: JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020387-79.2002.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA., UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A, JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A
Advogado do(a) APELANTE: JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Unilever Brasil Industrial Ltda. e Unilever Brasil Ltda.**, em relação ao acórdão de ID de n.º 108949777, assim ementado:

" PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. PIS e COFINS. RECEITAS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO EXTERIOR. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 149, § 2º, I, CF/88. DIREITO À COMPENSAÇÃO. ART. 1040, II, CPC. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE. JUÍZO NEGATIVO DE RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À VICE-PRESIDÊNCIA.

- 1. Retornam os autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 1040, II, do Código de Processo Civil.*
- 2. Conquanto tenha sido vislumbrada eventual contrariedade do julgado anteriormente proferido com o RE 585.235 (Tema 110/STF) e com o RE 627.815 (Tema 329/STF), prolatados na sistemática da repercussão geral, não há o que reconsiderar.*
- 3. A jurisprudência do STF, julgada sob o rito do artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu que é inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 e que é inconstitucional a incidência da contribuição ao PIS e à COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação de produtos.*
- 4. O acórdão anteriormente prolatado por esta Turma, por sua vez, definiu que as contribuições devidas ao PIS e à COFINS não incidem sobre as receitas decorrentes de variações cambiais positivas, admitindo a compensação dos valores recolhidos indevidamente.*
- 4. Não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.*
- 5. Com fundamento no artigo 1040, II, do Código de Processo Civil, cabível o juízo negativo de retratação, devolvendo-se os autos à Vice-Presidência."*

As embargantes alegam, em síntese, que o acórdão padece de omissão, uma vez que deixou de analisar o seu argumento no sentido de que deve ser afastada a incidência de PIS e de COFINS de todas as receitas de variação cambial, e não só as decorrentes de exportação.

A União, ora embargada apresentou manifestação (ID de n.º 126559982).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0020387-79.2002.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNILEVER BRASIL LTDA., UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: PAULO EDUARDO PRADO - SP182951-A, JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A
Advogado do(a) APELANTE: JOSE EDGARD DA CUNHA BUENO FILHO - SP126504-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De fato, inexistente qualquer vício no aresto, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta e. Turma.

In casu, o acórdão deixou claro que a jurisprudência do STF, julgada sob o rito do artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu que é inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 e que é inconstitucional a incidência da contribuição ao PIS e à COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação de produtos; o acórdão anteriormente prolatado por esta Turma, por sua vez, definiu que as contribuições devidas ao PIS e à COFINS não incidem sobre as receitas decorrentes de variações cambiais positivas, admitindo a compensação dos valores recolhidos indevidamente; não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.

Por outro lado, no RE 627.815/PR o Supremo Tribunal Federal não consignou que todas receitas cambiais da base de cálculo são imunes ao PIS e à COFINS, mas sim que, no caso específico das variações cambiais ativas em operações de exportação, a imunidade se aplica pois a receita decorrente pode ser considerada como ingresso de divisa que se incorpora ao patrimônio do exportador.

Desse modo, não procede a alegação das embargantes de que deve ser afastada a incidência de PIS e de COFINS de todas as receitas de variação cambial, e não só as decorrentes de exportação, pois no julgamento do RE 627.815, ficou claro que a interpretação feita foi no sentido de desonerar a exportação, e, não de reconhecer o direito a isenção do PIS e da Cofins de qualquer receita decorrente de contratos de câmbio, como pretendem as embargantes.

Assim, estando o acórdão proferido em consonância com o entendimento da Suprema Corte, não há omissão a ser sanada.

Por fim, divergindo a embargante do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. RECEITAS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO EXTERIOR. RE 627.815. DESONERAÇÃO DA EXPORTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.
2. *In casu*, o acórdão deixou claro que: a jurisprudência do STF, julgada sob o rito do artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973, reconheceu que é inconstitucional a ampliação da base de cálculo da contribuição ao PIS e à COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei 9.718/98 e que é inconstitucional a incidência da contribuição ao PIS e à COFINS sobre a receita decorrente da variação cambial positiva obtida nas operações de exportação de produtos; o acórdão anteriormente prolatado por esta Turma, por sua vez, definiu que as contribuições devidas ao PIS e à COFINS não incidem sobre as receitas decorrentes de variações cambiais positivas, admitindo a compensação dos valores recolhidos indevidamente; não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.
3. No RE 627.815/PR o Supremo Tribunal Federal não consignou que todas receitas cambiais da base de cálculo são imunes ao PIS e à COFINS, mas sim que, no caso específico das variações cambiais ativas em operações de exportação, a imunidade se aplica pois a receita decorrente pode ser considerada como ingresso de divisa que se incorpora ao patrimônio do exportador.
4. Desse modo, não procede a alegação das embargantes de que deve ser afastada a incidência de PIS e de COFINS de todas as receitas de variação cambial, e não só as decorrentes de exportação, pois no julgamento do RE 627.815, ficou claro que a interpretação feita foi no sentido de desonerar a exportação, e, não de reconhecer o direito a isenção do PIS e da Cofins de qualquer receita decorrente de contratos de câmbio, como pretendem as embargantes.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031921-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031921-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental à decisão monocrática que indeferiu o pedido de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 4º, CPC, à apelação de sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal para desconstituir multa administrativa imposta pelo INMETRO.

Houve contrarrazões da agravada.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) N° 5031921-03.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SPI38436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente agravo encontra-se prejudicado, tendo em vista o julgamento, nesta mesma sessão, da apelação 5012477-33.2017.4.03.6182, a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

Neste sentido:

SusApel 0012416-19.2016.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. DENISE AVELAR, e-DJF3 11/04/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.012, § 3º, I, DO CPC. JULGAMENTO DO APELO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVO PREJUDICADO. 1. O julgamento do recurso de apelação, ao qual se pretendia a atribuição de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, I, do CPC, tem por consequência a perda de interesse no prosseguimento do incidente. 2. Pedido de efeito suspensivo e agravo interno prejudicados."

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. JULGAMENTO. PREJUDICIALIDADE.

1. O presente pedido encontra-se prejudicado diante do julgamento, nesta mesma sessão, da apelação a que se pretendia conceder efeito suspensivo.
2. Agravo regimental e pedido de efeito suspensivo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 0030792-14.2001.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LIGA DAS SENHORAS CATOLICAS DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: FREDERICO DE MELLO E FARO DA CUNHA - SPI29282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030792-14.2001.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LIGA DAS SENHORAS CATOLICAS DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: FREDERICO DE MELLO E FARO DA CUNHA - SP129282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão assim ementado (ID 107344897):

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. RE 566.622/RS. ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS. ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA C, DA CF. ART. 195, § 7º, CF. ART. 14 DO CTN. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE PIS NO PERÍODO DE 01.1991 A 05.1999. DIREITO À RESTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Conquanto tenha sido vislumbrada a possibilidade de retratação da decisão que afastara a conexão com o mandado de segurança n. 1999.61.00026549-1, não se trata de hipótese de retratação. 2. Alega a autora que é associação de caráter beneficente, social, filantrópico e sem fins lucrativos, beneficiária da imunidade tributária, constante do artigo 150, VI, “c” e artigo 195, §7º da Constituição Federal, de modo que não poderia ser compelida a recolher a contribuição ao Programa de Integração Social (PIS). 3. No julgamento do RE 566.622, publicado no DJe de 23.08.2017, o STF pacificou o entendimento de que os requisitos para a fruição da imunidade prevista no artigo 195, §7º da CF/88 são apenas os previstos em lei complementar. 4. Até que seja editada uma lei complementar específica que substitua o disposto na Lei 8.212/91, entende a jurisprudência que a lei complementar a ser observada é o CTN - recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar. 5. Tendo sido comprovado o cumprimento de todos requisitos do artigo 14 do CTN, há de ser admitido o reconhecimento do direito à imunidade prevista no artigo 195, § 7º, da CF/88. Precedentes. 6. Considerando que a autora colacionou aos autos prova dos recolhimentos indevidos referentes ao PIS no período de 01.1991 a 05.1999, é de rigor o reconhecimento do direito à restituição tributária desses valores. Precedentes. 7. Apelação provida”.

Alega a embargante, em síntese, que:

a) o v. acórdão, para reconhecer o direito à compensação, previamente reconheceu a imunidade da embargada com fundamento no que restou decidido no RE 566.622, entretanto, deixou de apreciar o fato de que aquele recurso discutiu não-somente a constitucionalidade do artigo 55 da Lei nº 8.212/91 e, no presente caso, não se aplica a Lei nº 8.212/91, mas sim a Lei nº 12.101/09;

b) nas ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621, que tratam da imunidade das Entidades Beneficentes de Assistência Social regulamentada pela Lei 8.212/91, também não houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da Lei 12.101/09, mas apenas da constitucionalidade das exigências previstas no inciso III e nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 55 da Lei 8.212/91, na forma como foram definidos pela Lei 9.732/98, bem como dos artigos 4º, 5º e 7º desta última lei.

c) as ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621, julgadas em conjunto, foram conhecidas como Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental justamente porque as leis e os decretos contestados nas ações diretas em questão estão presentemente revogados, ante a superveniência da Lei 12.101/09 e de seus respectivos regulamentos, que modificaram o procedimento de certificação de entidades beneficentes de assistência social, de modo que, considerando que a Lei 12.101/09 não é objeto das ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621, mas sim das ADIs 4480 e 4891, ainda não julgadas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o mais apropriado é que a Lei 12.101/09 seja examinada nessas duas ADIs, ficando fora de cogitação sua análise por ocasião do julgamento das ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621 e, por essa razão, a tese firmada no julgamento do RE 566.622 não deve ser aplicada ao presente caso;

d) a embargante não alegou, tampouco comprovou o cumprimento dos requisitos previstos na Lei 12.101/09, tais como: i) nenhum dirigente remunerado é cônjuge ou parente até 3º (terceiro) grau, inclusive afim, de instituidores, sócios, diretores, conselheiros, beneficiários ou equivalentes da instituição; e ii) o valor pago a título de remuneração para dirigentes, pelo exercício das atribuições estatutárias, deve ser inferior a 5 (cinco) vezes o valor correspondente ao limite individual estabelecido;

e) o v. acórdão também não apreciou o fato de que as ações e medidas tomadas pelo Poder Público e pela sociedade para assegurar a saúde, a previdência social e a assistência social, com lastro nos princípios do art. 194 e na forma do art. 195 constituem a Seguridade Social, da qual a assistência social, tal como a saúde, não exigem contribuição.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030792-14.2001.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: LIGA DAS SENHORAS CATOLICAS DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: FREDERICO DE MELLO E FARO DA CUNHA - SP129282-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado, conforme se verifica nos seguintes trechos do julgado (ID 92868763 - Pág. 3 e 6):

“Convém apontar que no julgamento do RE 566.622, publicado no DJe de 23.08.2017, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que os requisitos para a fruição da imunidade prevista no artigo 195, §7º da Constituição Federal são apenas os previstos em lei complementar. Veja-se:

‘IMUNIDADE - DISCIPLINA - LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.’ (RE 566622, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017) (grifei)

Até que seja editada uma lei complementar específica que substitua o disposto na Lei 8.212/91, entende a jurisprudência que a lei complementar a ser observada é o Código Tributário Nacional - recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar. No caso em comento, a autora comprovou o preenchimento de todos os requisitos previstos no artigo 14 do Código Tributário Nacional.

(...)

Resalte-se, ademais, que a autora possuía, em 2006, Certificado do Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS (f. 16-17 – ID 90418437), o que atesta que a Administração já reconheceria que a autora preenchia os requisitos para fazer jus à imunidade tributária”.

Com efeito, a necessidade de lei complementar para definir requisitos para a concessão ou revogação de imunidade tributária para entidades assistenciais foi declarada pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, em sessão de 23.02.2017, de modo que, na falta de outra disposição de mesma hierarquia, devem ser preenchidos, para fins de concessão de imunidade tributária, somente os requisitos constantes no artigo 14 do CTN.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes desta Corte Regional:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE. ART. 195, § 7º. DA CF/88. REQUISITOS. ART. 14 DO CTN. I. O colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 566.622, firmou entendimento no sentido de que os requisitos para a fruição da imunidade veiculada pelo art. 195, § 7º, da Constituição Federal são os estabelecidos por legislação complementar, no caso, o art. 14 do Código Tributário Nacional. 2. Atendidos os requisitos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 14 do Código Tributário Nacional, a entidade faz jus à imunidade tributária. 3. Agravo de instrumento desprovido”. (AI 5017503-60.2019.4.03.0000, Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020.) (grifei)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA. IMUNIDADE. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE ASSISTENCIAL. ARTIGO 14 DO CTN. ARTIGO 195, § 7º; DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROVIDO. 1. A Constituição Federal de 1988 determinou a isenção da contribuição previdenciária às entidades beneficentes no artigo 195, § 7º. 2. O Supremo Tribunal Federal decidiu no Mandado de Injunção 232-1/RJ, que a referida norma constitucional é de eficácia limitada. 3. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, em sessão de 23/02/2017, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal declarou a necessidade de lei complementar para definir requisitos para a concessão ou revogação de imunidade tributária para entidades assistenciais. 4. O Supremo Tribunal Federal delimitou que as entidades beneficentes de assistência social são aquelas que prestam serviços não apenas na área de atuação estritamente prevista no artigo 203 da Constituição, mas também no campo das atividades relacionadas à saúde e à educação, fazendo-o sem fins lucrativos, com caráter assistencial em favor da coletividade, e que, enquanto não editada nova lei complementar, os requisitos a que alude o artigo 195, § 7º da Constituição são aqueles delineados no artigo 14 do Código Tributário Nacional. 5. De acordo com a decisão do STF, o mencionado certificado possui apenas efeito declaratório, razão pela qual a ausência do CEBAS atualizado não constitui óbice ao reconhecimento do direito da exipiente. 6. No caso concreto, em análise sumária, como é próprio dos pedidos de tutela provisória, observa-se que os documentos acostados nos autos originais comprovam os requisitos do artigo 14 do CTN. Ademais, havendo “periculum in mora” em razão de impacto econômico da cobrança em suas receitas, é devida a concessão da tutela provisória requerida. 7. Agravo de instrumento provido”. (AI 5020810-22.2019.4.03.0000, Juiz Federal Convocado NOEMI MARTINS DE OLIVEIRA, TRF3 - 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/02/2020.) (grifei)

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. IMUNIDADE. ARTIGO 195, §7º. CF. LEI COMPLEMENTAR. REQUISITOS DO ARTIGO 14 DO CTN. AGRAVO PROVIDO. 1. Inicialmente, cumpre esclarecer que este Relator vinha sustentando o entendimento de que não havia impedimento a que a Lei 8.212/93 estabelecesse critérios para que uma entidade fosse beneficiada com a imunidade do artigo 197, §7º, da Constituição Federal. 2. A uma porque o próprio texto constitucional se refere tão somente a “lei”, sem qualificá-la, e o Supremo Tribunal Federal já decidiu que nesses casos deve-se entender que a Constituição se refere à lei ordinária. 3. A duas porque cabe à Constituição estabelecer a imunidade tributária e à lei complementar eventuais limitações ao poder de tributar, o que não significa dizer que a lei ordinária não possa dispor sobre outras regras compatíveis. 4. No entanto, não se pode ignorar o julgamento do RE 566.622/RS em que se decidiu que “a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar.” 5. Assim, entendeu-se ser necessária lei complementar para instituir requisitos à concessão de imunidade tributária às entidades beneficentes de assistência social, afastando-se, portanto, os requisitos previstos na Lei 8.212/93, devendo ser mantida apenas a exigência do artigo 14 do CTN. 6. No caso, o Estatuto da entidade informa que uma de suas finalidades é abrigar e prestar assistência ao idoso não acamado, a partir de 60 anos e ao adulto com deficiências múltiplas de leve complexidade, do sexo masculino com vínculos familiares rompidos ou fragilizados e socialmente desprovidos, não tendo qualquer finalidade lucrativa, sendo que as atividades dos diretores e conselheiros são inteiramente gratuitas, sendo vedada a distribuição de lucros ou bonificações sob qualquer forma ou pretexto. (...). 10. Agravo provido.” (AI 5019473-95.2019.4.03.0000, Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/01/2020.) (grifei)

Registre-se, ademais, que os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento. Veja-se:

“PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração opostos na origem não podem ser destinados ao “acréscimo de razões que para a parte pareçam significativas, mas que, para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar” (E.Dcl nos EDcl no AgRg no REsp 792.547/DF, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 19.8.2013). 2. “Não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profliga o que considera injustiças decorrentes do ‘decisum’ (...)” (E.Dcl no REsp 739/RJ, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, DJ de 11.3.1991, p. 2395). 3. Agravo interno não provido”... E.MEN: (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1394852 2018.02.89134-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/02/2019..DTPB:.) (grifei)

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (Art. 1.022 DO CPC DE 2015). AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM REPETITIVO. STJ - TEMA 994 - O ICMS NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA CPRB - REJEIÇÃO. 1. À luz da melhor exegese do art. 1.021, §3º, e do art. 489, ambos do Código de Processo Civil de 2015, o julgador não está compelido, no curso do processo intelectual de formação de sua convicção para a solução do litígio, a guiar-se pela linha de raciocínio e questionamentos predefinida na argumentação das razões recursais. 2. Uma vez apreciados motivada e concretamente os fundamentos de fato e de direito que envolvem o litígio, tomando em consideração todas as alegações relevantes para a sua composição, não há cogitar em desrespeito à sistemática processual civil, assim como à norma do art. 93, IX, da CF. 3. O juiz, ou tribunal deve decidir a questão controvertida indicando os fundamentos jurídicos de seu convencimento, manifestando-se sobre todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, não estando, porém, obrigado a responder “questionários” ou analisar alegações incapazes de conferir à parte os efeitos pretendidos. 4. Para aplicação da tese firmada em sede de recurso repetitivo é desnecessário aguardar seu trânsito em julgado. Precedentes. (...) 11. Embargos de declaração rejeitados”. (ApCiv 0051635-71.2015.4.03.6144, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2019.) (grifei)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não conhecimento da suscitada violação ao art. 1022, I e II, do CPC, porquanto sequer foram objeto do acórdão impugnado. 2. As razões veiculadas nestes embargos demonstram, na verdade, o inconformismo das partes recorrentes com os fundamentos adotados no acórdão e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (E.Dcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). 3. Não há ocorrência de nenhum dos vícios dos incisos I, II e III do artigo 1.022 do CPC, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016). 4. Inicialmente, é certo que “o juiz, não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão” (STJ, AgRg. nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015). 5. Com efeito, do órgão julgador exige-se apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte - no caso, apontamentos de normas constitucionais e legais supostamente violados. Decisão judicial não é resposta a “questionário” da parte recorrente. 6. Ainda, ausente qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15” (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016). 7. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e, na parte conhecida, não providos. (ApCiv 0003985-03.2010.4.03.6500, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019) (grifei)

Logo, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.

2. No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. A necessidade de lei complementar para definir requisitos para a concessão ou revogação de imunidade tributária para entidades assistenciais foi declarada pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.622/RS, em sessão de 23.02.2017, de modo que, na falta de outra disposição de mesma hierarquia, devem ser preenchidos, para fins de concessão de imunidade tributária, somente os requisitos constantes no artigo 14 do CTN.
4. Os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento.
5. O que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, comñtida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-64.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: DIAMIX INDUSTRIA DE FIOS E FERRAMENTAS DIAMANTADAS LTDA. - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ISAIAS LOPES DA SILVA - SP123849-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-64.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: DIAMIX INDUSTRIA DE FIOS E FERRAMENTAS DIAMANTADAS LTDA. - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ISAIAS LOPES DA SILVA - SP123849-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade, por não ter sido afastada a presunção de legalidade e liquidez dos títulos executivos em cobro.

Alegou-se que: (1) a execução fiscal deveria ter sido ajuizada acompanhada do auto de infração e demais documentos, atestando o débito e a motivação de sua existência; (2) a multa punitiva de 20% do débito principal possui caráter confiscatório, devendo ser afastada por ser inconstitucional, devendo ser reduzida para 2% do valor do débito; (3) a aplicação da taxa Selic para cálculo dos juros de mora é inconstitucional, além de ilegal por ausência de concordância entre agravante e agravado; (4) o auto de infração foi lavrado fora do estabelecimento fiscalizado, a partir de denúncias anônimas e produtos apreendidos, o que configura procedimento ilegal; e (5) a ausência de apresentação dos autos de infração e imposição de multa impede a verificação da fundamentação legal que embasa a autuação, em contrariedade aos dispositivos legais.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-64.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: DIAMIX INDUSTRIA DE FIOS E FERRAMENTAS DIAMANTADAS LTDA. - ME

Advogado do(a) AGRAVANTE: ISAIAS LOPES DA SILVA - SP123849-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em face da decisão agravada que rejeitou exceção de pré-executividade, a executada alegou questões fáticas e jurídicas que demonstrariam iliquidez e incerteza do título executivo ou a improcedência da execução fiscal.

Os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*".

No caso, consta da CDA 136 (ID 4254799) que a execução fiscal decorre de multa imposta pelo Auto de Infração 1001130012876, conforme processo administrativo 26189/2014. A alegação em torno da inexistência da infração, por irregularidade no procedimento de fiscalização ou imposição da multa, demanda dilação probatória e, portanto, não cabe na via estreita da exceção de pré-executividade, prevalecendo, assim, a presunção de liquidez e certeza do título executivo.

Quanto aos aspectos de regularidade formal da própria execução fiscal e do título executivo podem ser examinados.

Primeiramente, não houve irregularidade formal no ajuizamento da execução fiscal, pois o artigo 6º, §1º, da LEF, dispõe que a petição inicial deve ser instruída apenas com a certidão de dívida ativa, não sendo exigíveis outros documentos, pois a CDA possui todas as informações necessárias à conferência do débito, natureza jurídica e fundamento legal, entre outros requisitos, nos termos do artigo 2º, LEF. O auto de infração não é documento obrigatório da execução fiscal, pois consta do processo administrativo devidamente identificado no título executivo.

Eventual nulidade ou ilegalidade da infração, do auto respectivo ou de qualquer ato da fiscalização ou autuação na fase administrativa, deve ser comprovada pela executada, dispensada a juntada dos autos respectivos como anexo à CDA, pois o processo administrativo fica à disposição do interessado na repartição fiscal para consulta e extração de cópia, incumbindo à parte produzir, em Juízo, a prova de suas alegações (artigo 41, LEF).

No tocante à impugnação à cobrança de multa moratória de 20% e de taxa SELIC, é firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que tais encargos não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade, *verbis*:

RE-AgR 733.656, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, sessão de 24/06/2014: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE JUROS SOBRE MULTA MORATÓRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REAPRECIÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DADA A NORMA INFRACONSTITUCIONAL. SÚMULA 636 DO STF. ABRANGÊNCIA DA INCIDÊNCIA DE JUROS DEFINIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA (CTN E LEI 9.430/1996). QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO QUE VEDA O CONFISCO. APLICAÇÃO SOBRE MULTA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM RELAÇÃO AOS JUROS. VALOR RELATIVO À MULTA. SÚMULA 279 DO STF. CONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. É inadmissível a interposição de recurso extraordinário por ofensa ao princípio da legalidade, para reapreciar a interpretação dada a normas infraconstitucionais. Incidência da Súmula 636 do STF. II. O acórdão recorrido, ao determinar a abrangência da incidência dos juros sobre a multa moratória, decidiu a questão com base na legislação ordinária (CTN e Lei 9.430/1996). A afronta à Constituição, se ocorrer, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. III. Esta Corte já fixou entendimento no sentido de que lhe é possível examinar se determinado tributo ofende, ou não, a proibição constitucional do confisco em matéria tributária e que esse princípio deve ser observado ainda que se trate de multa fiscal resultante de inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias. Inexistência de previsão em relação aos juros. IV. Hipótese dos autos em que o valor relativo especificamente à multa (77% do valor do tributo) não evidencia de forma clara e objetiva ofensa ao postulado do não confisco. Incidência da Súmula 279 do STF. V. Configurada a impossibilidade, por meio do recurso extraordinário, de rever a decisão na parte em que aplicou juros sobre multa moratória, verifica-se que é constitucional a incidência de Taxa Selic como índice de atualização dos débitos tributários pagos em atraso. VI. Agravo regimental a que se nega provimento.

REsp 1.782.584, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 05/09/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURADA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. TÍTULO QUE LASTREIA A EXECUÇÃO FISCAL. CÁLCULO POR DENTRO. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 582.461/SP. APLICAÇÃO DA MULTA MORATÓRIA DE 20%. ASSENTIMENTO DO CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO AFIRMADO PELO STF SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 582.461/SP, REL. MIN. GILMAR MENDES, DJe 18.8.2011). CORREÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. TAXA SELIC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, DO CPC/1973. QUANTIA ARBITRADA NA CORTE LOCAL. REVISÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS E PROBATÓRIAS. SÚMULA 7/STJ. I. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento do STJ de que é a Certidão de Dívida Ativa o título executivo extrajudicial que lastreia a execução fiscal e que, ao mesmo tempo, deve instruir a petição inicial. 3. A jurisprudência do STJ está assentada no sentido de que "o ICMS tem por base de cálculo o valor da operação mercantil ou da prestação de serviços, em cuja composição encontra-se o valor do próprio tributo, nos termos do art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar 87/96 e art. 2º, § 7º, do Decreto-lei 406/68. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas" (REsp 1.041.098/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 21/8/2009). A fixação desse entendimento foi provocada pelo julgamento do RE 212.209/RS, leading case de 1999, mediante o qual o Plenário do STF julgou constitucional a referida forma de cálculo do ICMS. Em 2011, novamente instada a se pronunciar, a Suprema Corte reafirmou aquele entendimento ao julgar o mérito de repercussão geral que envolve o tema (RE 582.461, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/5/2011, Repercussão Geral, DJe 17.8.2011). 4. O Supremo Tribunal Federal afirmou que não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento) (RE 582.461/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18.05.2011, Repercussão Geral, DJe 18.08.2011). 5. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.111.175/SP (Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 17/7/2009), firmou o entendimento de que "aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/1/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária". 6. Quanto à tese de afronta ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973, a incidência do óbice da Súmula 7/STJ decorre da falta de especificação concreta dos fatos valorados no acórdão que arbitrou os honorários advocatícios. Com efeito, ao justificar a manutenção da verba fixada, o Tribunal de origem consignou que a quantia arbitrada (quinze por cento do valor da causa) considerou o "trabalho profissional desenvolvido pelos patronos da embargada. Nesse contexto, considerando os requisitos concernentes ao grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza / importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, o valor dos honorários não deve ser reduzido". 7. Assim, a reforma do julgado não demanda a exegese dos elementos normativos do art. 20, § 3º, do CPC/1973, mas a análise de questões fáticas e probatórias (teor e complexidade das peças apresentadas, tempo transcorrido para a solução da lide, etc.), obstada nos termos do enunciado sumular acima referido. 8. Recurso Especial não provido."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ. REGULARIDADE FORMAL. MATÉRIA PROBATÓRIA. SELIC E MULTA DE MORA. DESPROVIMENTO.

1. Os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".
2. No caso, versa a execução fiscal sobre multa decorrente do Auto de Infração 1001130012876, conforme processo administrativo 26189/2014. A alegação em torno da inexistência da infração, por irregularidade no procedimento de fiscalização ou imposição da multa, demanda dilação probatória e, portanto, não cabe na via estreita da exceção de pré-executividade, prevalecendo, assim, a presunção de liquidez e certeza do título executivo.
3. Quanto aos aspectos de regularidade formal da própria execução fiscal e do título executivo podem ser examinados. Primeiramente, não houve irregularidade formal no ajuizamento da execução fiscal, pois o artigo 6º, §1º, da LEF, dispõe que a petição inicial deve ser instruída apenas com a certidão de dívida ativa, não sendo exigíveis outros documentos, pois a CDA possui todas as informações necessárias à conferência do débito, natureza jurídica e fundamento legal, entre outros requisitos, nos termos do artigo 2º, LEF. O auto de infração não é documento obrigatório da execução fiscal, pois consta do processo administrativo devidamente identificado no título executivo.
4. Eventual nulidade ou ilegalidade da infração, do auto respectivo ou de qualquer ato da fiscalização ou autuação na fase administrativa, deve ser comprovada pela executada, dispensada a juntada dos autos respectivos como anexo à CDA, pois o processo administrativo fica à disposição do interessado na repartição fiscal para consulta e extração de cópia, incumbindo à parte produzir, em Juízo, a prova de suas alegações (artigo 41, LEF).
5. No tocante à impugnação à cobrança de multa moratória de 20% e de taxa SELIC, é firme e consolidada a jurisprudência no sentido de que tais encargos não padecem de qualquer vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002733-14.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL JJP DE MODAS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002733-14.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União**, em relação ao acórdão de ID nº 125054353, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE VALOR LÍQUIDO E CERTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO PREMATURA DO ART. 496, § 4º, II, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. LEGISLAÇÃO DO AJUZAMENTO DA DEMANDA OU DO ENCONTRO DE CONTAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS.

1. Enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, em razão da presente demanda não trazer valor líquido e certo, por se tratar de medida que se protraí para o futuro e impossível mensuração do proveito econômico e, assim, tornar-se impossível a aplicação do artigo 496, § 3º, do Código de Processo Civil, deve ser submetida a r. sentença ao reexame necessário.

2. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado.

3. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda.

4. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida.

5. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

6. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

7. O reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.

8. Em outro giro, a ora embargante não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver, seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente no momento do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.

9. Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.

10. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, não há nada a ser reformado, pois aplicada a condenação em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, que remonta na data do ajuizamento em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e, portanto, perfazendo R\$ 3.000,00 (três mil reais) a serem devidamente atualizados, demonstrando-se consonante com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.

11. Reexame necessário e recurso de apelação desprovidos.”

A embargante aduz que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão da necessidade de definitividade do julgamento do RE nº 574.706/PR, devendo ser suspensa a tramitação do presente feito, bem como em relação à expressa manifestação ao artigo 195, inciso I, da Constituição Federal.

Intimada a se manifestar, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002733-14.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL JJP DE MODAS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juízo Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De fato, inexistente qualquer vício no aresto, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022, do Código de Processo Civil. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta E. Turma.

Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de algum dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, o que não ocorre no caso dos presentes autos, sendo certo que plenamente aplicável o quanto dispõe o artigo 1.025, do Código de Processo Civil.

Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator no A. Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico da Corte Suprema, não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

In casu, o acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

Corroborar tal afirmação o seguinte excerto, que, por oportuno, transcrevo (ID nº 104141853):

“Quanto ao mérito, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

‘O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: ‘O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins’. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017.’

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

‘RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.’

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

‘TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento.’

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENTVOL-02762-01 PP-00001)

‘AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que ‘a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento’ (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido.’

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo 'faturamento' deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadoria - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los aos seus efetivos sujeitos ativos, quais sejam, o Estado-membro e o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despidido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos.'*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL.'

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida.'

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

'DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos nominados desprovidos.'*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS."

Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois, conforme excerto do voto acima transcrito, resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

O que se percebe é que a embargante busca a revisão do julgado, o que não é possível em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. *Primariamente, cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil.*
2. *O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.*
3. *Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.*
4. *Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030421-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: GRIFFE CENTER COMERCIAL LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030421-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: GRIFFE CENTER COMERCIAL LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que rejeitou exceção de pré-executividade.

Alegou-se que: (1) a decisão agravada não justificou a razão pela qual a data do despacho que ordenou a citação não poderia ser considerada para fins de prescrição; (2) a tese definida no REsp 1.340.553, submetido ao regime de recursos repetitivos, demonstra a ocorrência da prescrição intercorrente; (3) as únicas diligências realizadas foram para incluir e tentar realizar meras diligências que foram infrutíferas e sem aptidão a ensejar a suspensão ou a interrupção do prazo prescricional; (4) a execução fiscal foi desprovida de garantia, já decorridos seis de quatorze anos desde o despacho que determinou a citação; (5) o caso se amolda ao que discutido no REsp 1.377.019, devendo ser suspensa a execução fiscal, nos termos dos artigos 1.036, § 1º, e 1.037, ambos do CPC.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030421-96.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: GRIFFE CENTER COMERCIAL LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a respeito da prescrição intercorrente, o Superior Tribunal de Justiça assentou no teor da Súmula 314 que: "*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*".

A compreensão da forma com que o prazo é caracterizado e computado foi explicitada no julgamento do RESP 1.340.553:

RESP 1.340.553, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJe 16/10/2018: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA ACÇÃO PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege. 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."

Percebe-se, portanto, que foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

(1) **Tese 566:** "O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução";

(2) **Teses 567 e 569:** "Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável";

(3) **Tese 568:** "A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens"; e

(4) **Teses 570 e 571:** "A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição".

Como se observa, desde outubro de 2018, passou a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça a ser interpretada com outros parâmetros de análise.

A prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial, salvo demora imputável ao funcionamento do mecanismo judiciário.

Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, da decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial, sem incluir, porém, demora decorrente da atuação inerente à administração da Justiça.

Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora e, neste caso, quando a exequente teve ciência da decisão de suspensão pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

Na espécie, consta na decisão agravada que a presente execução tramitou da seguinte forma:

"Ajuizamento em 22/10/2004;

Despacho determinando a citação em 31/03/2005, bem como o pensamento aos autos da execução fiscal n. 0038804-57.2004.403.6182, onde eram praticados os atos processuais;

Após o pensamento aos autos da execução fiscal n. 0038804-57.2004.403.6182, foram praticados os seguintes atos naquele feito:

Em 13/04/2005, citação postal negativa (fls. 24);

Em 01/09/2005, petição apresentada pela exequente, requerendo a inclusão dos sócios no polo passivo;

O pedido foi deferido em 1/10/2005;

A primeira citação válida foi realizada, por meio postal, em 29/10/2005, em face de ADILSON DIOGO (fls. 47). Todavia, o mandado de penhora de bens realizado no endereço do corresponsável resultou negativo, devido a mudança de endereço (fls. 59);

Pedido de exclusão da CDA n. 80.6.04.031519-34 em 06/02/2006, deferido pelo Juízo em 09/02/2006 (fls. 54);

Em 13/12/2006 pedido da exequente de expedição de mandado de citação e penhora de bens pertencentes ao corresponsável ADILSON DIOGO em seu novo endereço;"

Em 03/05/2007 (fls. 91) o pedido foi deferido;

A diligência resultou negativa (fls. 96) e a exequente foi intimada, por vista dos autos, em 30/10/2008;

A exequente requereu (fls. 99/105) o bloqueio de ativos financeiros pelo Sistema Bacenjud;

Em 16/09/2009 (fls. 119), o Juízo determinou a expedição de edital para citação de ANTONIO NÉLIO SGUEBE;

A citação por edital ocorreu em 16/03/2010;

Em 14/06/2010 foi deferido o bloqueio, que resultou negativo;

Intimada a exequente em 29/11/2010, por vista dos autos (fls. 126), requereu prazo para manifestação (fls. 127);

Em 17/11/2010 (fls. 126) o Juízo determinou vista à exequente para manifestação, com a advertência de que com eventual pedido de prazo os autos seriam arquivados nos termos do artigo 40 da LEF;

Em 25/02/2011 (fls. 127) a exequente requereu prazo para diligência;

Os autos foram remetidos ao arquivo em 12/04/2011 e retornaram em 06/06/2011, para juntada de exceção de pré-executividade, apresentada por GRIFFE CENTAR COMERCIAL LTDA.;

Em 04/04/2013 (fls. 208/214) foram extintas as execuções 0038804-57.2004.403.6182 e 0057944-77.2004.403.6182, devido ao reconhecimento da prescrição dos créditos em cobro;

Extinção da execução fiscal em 04/04/2013, pelo reconhecimento de prescrição dos créditos;

A exequente apelou apenas no presente feito executivo e os autos foram despensados em 26/03/2014;

A E. Corte desconstituiu a sentença, afastando a prescrição decretada em 02/07/2014, transitando em julgado a decisão em 06/11/2017;

A execução principal, onde foram praticados os atos processuais de 31/03/2005 a 26/03/2014, foi remetida ao arquivo findo em 15/04/2019." (ID 107375473, f. 31/33)

No caso, como visto, após ajuizamento em 22/10/2004, houve tentativa de citação e apensamento dos autos à execução fiscal principal 0038804-57.2004.403.6182, seguida de pedido de redirecionamento aos sócios em 01/09/2005, deferida em 01/10/2005, com citações válidas dos sócios ADILSON DIOGO, por via postal, em 29/10/2005, e ANTONIO NÉSIO SGUBE, por edital, em 16/03/2010.

Na sequência, após resultar infrutífero o bloqueio deferido em 14/06/2010 e instada a agravada pelo Juízo à manifestação, os autos foram remetidos ao arquivo em 12/04/2011 e retornaram em 06/06/2011, com a juntada de exceção de pré-executividade oposta pela agravante.

Tal pretensão foi parcialmente acolhida pelo Juízo *a quo* para reconhecer a prescrição dos créditos em cobro neste feito em 04/04/2013, porém tal decisão foi reformada no âmbito desta Corte, com trânsito em julgado da decisão apenas em 31/10/2017, após o Superior Tribunal de Justiça negar provimento ao REsp e ao agravo interno interpostos pela agravante (ID 107375470, f. 17/138; e ID 107375472, f. 1/113).

Assim, considerando os fatos narrados, os atos praticados na execução fiscal 0038804-57.2004.403.6182, bem como o período em que o feito permaneceu suspenso nos termos do artigo 40, da LEF, e, além disto, o lapso temporal transcorrido entre a intimação da agravada acerca do bloqueio infrutífero em 29/11/2010 e a sentença que havia reconhecido a prescrição material em abril/2013, não se verifica consumado o prazo quinquenal sem prática de ato procedimental.

Ademais, é certo que o período de paralisação do feito no aguardo do julgamento da apelação oposta à sentença até o trânsito em julgado da decisão que a reformou em outubro/2017, não pode ser imputado à agravada, vez que a demora na retomada da tramitação do feito decorreu de fatos e circunstâncias que são inerentes à tramitação do serviço judiciário.

Desse modo, não se verifica, na espécie, inércia da exequente na promoção dos atos processuais por prazo superior a cinco anos, a afastar, pois, a prescrição intercorrente.

Na mesma linha de raciocínio, o seguinte precedente da Turma:

AI 5026181-98.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 09/01/2020: "PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO NO PRAZO DE CINCO ANOS. DEMORA NA LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. SERVIÇO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO CREDOR. EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. I. Embora o Juízo de Origem não tenha se manifestado expressamente sobre a prescrição do crédito tributário – apenas deferiu a pretensão de redirecionamento da execução –, acabou por fazê-lo de modo implícito. Afinal, não teria autorizado a responsabilização de sócio, se a pretensão estivesse prescrita. II. A constatação faz com que o Tribunal possa ingressar no exame da prescrição, sem que se suprima instância e se degenere o efeito devolutivo do agravo de instrumento. III. A pretensão de cobrança não está prescrita. Não decorreu o prazo de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito (2007) e a publicação do despacho ordenador da citação da pessoa jurídica (abril de 2009), prevista como hipótese de interrupção da prescrição (artigo 174, parágrafo único, I, do CTN e artigo 7º, § 2º, da Lei n. 6.830 de 1980). IV. Apesar de a eficácia do evento interruptivo ficar condicionada pela localização do devedor (artigo 219, § 1º, § 2º e § 4º, do CPC de 73), que somente foi concluída com a citação pessoal dos sócios (setembro de 2018), o exequente não pode ser prejudicado pela morosidade da Justiça. V. Em consulta aos autos da execução, verifica-se que o Conselho Regional de Farmácia, logo após a devolução do mandado do oficial de justiça (julho de 2009), requereu a citação por hora certa de Massatoce Imamura & Cia Ltda. (outubro de 2009). O ato apenas foi iniciado em julho de 2017, porque houve a remessa do processo para a Justiça Federal – a transição demorou dois anos, de 2010 a 2012 – e o mandado ficou retido em cartório por mais de quatro anos (de 2013 a 2017), no aguardo de cumprimento. VI. Assim que o oficial de justiça o devolveu (julho de 2017), informando a impossibilidade de citação por hora certa em função da ausência de qualquer indício de localização da pessoa jurídica, o Conselho pediu o redirecionamento da execução (outubro de 2017). VII. O credor, naturalmente, não pode ser penalizado pela própria tramitação do serviço judiciário. Sem inércia do exequente, é inviável a decretação de perda do direito de ação, de modo que a citação pessoal dos sócios garantiu que a interrupção do prazo prescricional retroagisse ao momento de distribuição da execução (fevereiro de 2009), nos termos do artigo 219, § 1º, § 2º e § 4º, do CPC de 73. VIII. Essa conclusão torna prejudicado o fundamento de prescrição intercorrente. Enquanto não se localiza o devedor, a interrupção da prescrição principal fica pendente, especificamente em relação ao efeito retroativo. Como a pessoa jurídica não foi localizada, somente a citação pessoal dos sócios resolveu a questão da retroatividade, garantindo que ela chegasse ao momento de ajuizamento da ação. IX. A Terceira Turma do TRF3 já se manifestou nesse sentido (AI 5007487-81.2018.4.03.0000, DJ 05.12.2019). X. De qualquer modo, ainda que se pudesse cogitar do prazo aplicável à pretensão de redirecionamento, ele não chegou a transbordar. XI. O Conselho Regional de Farmácia formulou o pedido nos cinco anos seguintes à devolução do mandado de citação por hora certa (julho de 2017), que, na ausência de citação efetiva da sociedade contribuinte, representa o marco da possibilidade de responsabilização tributária. XII. Ela serve, inclusive, de referência para a aplicação da teoria da "actio nata", que condiciona a responsabilização do sócio à prática de infração legal, correspondente, no caso, à desativação da empresa sem observância do procedimento dissolutivo previsto em lei (artigo 135 do CTN e Súmula n. 435 do STJ). XIII. Agravo de instrumento a que se nega provimento."

Em relação ao pedido de suspensão da execução fiscal em razão do RESp 1.377.019, submetido ao regime dos recursos repetitivos, e que trata da "possibilidade de redirecionamento da execução fiscal contra o sócio que, apesar de exercer a gestão da empresa devedora à época do fato tributário, dela regularmente se afastou, sem dar causa, portanto, à posterior dissolução irregular da sociedade empresária", não é pertinente com a espécie, pois o redirecionamento na execução fiscal 0038804-57.2004.403.6182 remonta a outubro/2005, e além disso, a suspensão pretendida produziria efeito somente em relação ao sócio comprovadamente enquadrado em tal situação, o que não consta dos autos tenha ocorrido.

Ressalte-se ainda que tal questão não foi suscitada na exceção de pré-executividade rejeitada e, portanto, não foi objeto da decisão agravada que motivou a interposição deste recurso, de modo que uma análise mais exauriente neste momento processual, sem que tenha sido examinada na origem, violaria os limites da devolução do agravo de instrumento (ID 107375473, f. 2/14, e 25/35).

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA 314/STJ. RESP 1.340.553. TESES 566 A 571. INOCORRÊNCIA. SERVIÇO JUDICIÁRIO. LIMITAÇÃO DA MATÉRIA DEVOLVIDA NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. Em função do julgamento, em regime repetitivo, do RESP 1.340.553, em outubro de 2018, a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça, editada para regular a caracterização da prescrição intercorrente, deve ser aplicada a partir das teses interpretativas firmadas em tal precedente (566 a 571).

2. Segundo a diretriz firmada pela Corte Superior, a prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial. Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, da decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

3. Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora e, neste caso, quando a exequente teve ciência da decisão de suspensão pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

4. No caso, considerando os fatos narrados, os atos praticados na execução fiscal 0038804-57.2004.403.6182, bem como o período em que o feito permaneceu suspenso nos termos do artigo 40, da LEF, e, além disto, o lapso temporal transcorrido entre a intimação da agravada acerca do bloqueio infrutífero e a sentença que havia reconhecido a prescrição material em abril/2013, não se verifica a ocorrência do prazo decadencial quinquenal sem prática de ato procedimental.

5. Ademais, é certo que o período de paralisação do feito no aguardo do julgamento da apelação oposta à sentença até o trânsito em julgado da decisão que a reformou em outubro/2017, não pode ser imputado à agravada, vez que a demora na retomada da tramitação do feito decorreu de fatos e circunstâncias que são inerentes à tramitação do serviço judiciário.

6. Não apreciado o pedido suspensão da execução fiscal em razão do RESp 1.377.019, pois a decisão que determinou o redirecionamento remonta a outubro/2005, e a suspensão pretendida produziria efeito somente em relação ao sócio comprovada enquadrado em tal situação, o que não consta dos autos tenha ocorrido. Além disto, tal questão também não foi suscitada na exceção de pré-executividade rejeitada e não foi objeto da decisão agravada que motivou a interposição deste recurso, de modo que uma análise mais exauriente neste momento processual, sem que tenha sido examinada na origem, violaria os limites da devolução do agravo de instrumento.

7. Agravo de instrumento parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032392-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: THIAGO RIBEIRO BAPTISTELLI
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIMONE BONAVITA - SP206372
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032392-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: THIAGO RIBEIRO BAPTISTELLI
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIMONE BONAVITA - SP206372
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade.

Alegou-se que: (1) a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, constados da constituição definitiva, nos termos do artigo 174, do CTN; (2) não foi notificado para contestar administrativamente o lançamento do crédito tributário, vez que foi terceira pessoa que recebeu a notificação, por via postal, afrontando os princípios do devido processo legal e da ampla defesa; (3) somente teve ciência da existência do processo em abril/2017; (4) a citação ocorreu depois de cinco anos de constituição do crédito tributário; (5) excesso de execução, pois os erros nas declarações de IRPF foram corrigidos na declaração retificadora após tomar conhecimento na fase judicial, e sanados como recolhimento devido; e (6) cabe a concessão de justiça gratuita.

Os autos vieram redistribuídos para a 2ª Seção.

Foram concedidos os benefícios da gratuidade da justiça nesta instância recursal (ID 126667204).

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032392-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: THIAGO RIBEIRO BAPTISTELLI
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIMONE BONAVITA - SP206372
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consolidado o entendimento de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário se perfaz com a entrega ao Fisco, pelo contribuinte, de declaração reconhecendo o débito fiscal e antecipando seu pagamento, dispensada, nesta hipótese, qualquer outra providência por parte da Administração Pública, nos termos da Súmula 436/STJ.

Por outro lado, na ausência de entrega de declaração pelo contribuinte no prazo legal, ou nas hipóteses de declaração em desacordo com a legislação tributária, a constituição do crédito tributário deve ocorrer mediante lançamento de ofício no prazo decadencial de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos dos artigos 149, e 173, I, ambos do CTN, conforme releva o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no Resp 1.559.449, Rel. Min. NAPOLEÃO MAIS, DJ 25.11.2019: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA. TERMO A QUO. 1o. DIA DO ANO SEGUINTE AO DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. ART. 173, I DO CTN. DECADÊNCIA. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É cediço nesta Corte que, quando da revisão da declaração de ajuste anual apresentada a Administração Fazendária constatar a omissão de rendimentos e, consequentemente, apurar existência de imposto de renda a pagar, o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao que poderia ter sido lançado o tributo, nos termos do art. 173, I do CTN. Nesse sentido: EDcl no AgRg no REsp. 1.343.926/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.12.2012. 2. Na hipótese, pretende o fisco cobrar valor apurado através de notificação realizada em abril de 2010, no controle da declaração de imposto de renda de 2004, de modo que o prazo decadencial para lançamento do crédito teve início em 1o.1.2005 do crédito ultrapassou o quinquênio previsto no art. 173, I do CTN. 3. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento."

Na espécie, consta os créditos tributários referem-se a IRPF de 2010 a 2011, vencidos em 29/04/2011 e 30/04/2012, e com declarações entregues em 25/04/2011 e 29/03/2012 (ID 107992283, f. 3/6; ID 107992288, f. 1; ID 107992289, f. 7).

Entregues as declarações, foram lavrados os termos de intimação fiscal dos exercícios de 2011 e 2012, em 01/09/2014, bem como as notificações de lançamento de IRPF dos exercícios de 2011 e de 2012 em 10/11/2014, contendo a identificação do contribuinte "Thiago Ribeiro Baptistelli" e endereçadas à "R. Monsenhor Januário Sangirardi, 153, Vila Cavaton, CEP 02962-100, São Paulo/SP" (ID 107992283, f. 4, 7/8; ID 107992287, f. 3/5; ID 107992289, f. 1/6).

Segundo consta da decisão agravada e petição da PFN de 05/04/2019, tais notificações postais, com AR, foram recebidas em 21/11/2014, tendo havido inscrição em dívida ativa em 27/05/2016, ajuizamento do feito em 03/10/2016 e despacho citatório em 29/03/2017 (ID 107992283, f. 2; ID 107992291; e ID 107992293).

Neste contexto, verifica-se não ter sido consumado prazo decadencial ou prescricional em relação a quaisquer dos débitos em cobrança, pois os lançamentos de ofício para a constituição da diferença dos créditos tributários ocorreram dentro do prazo legal, e a partir daí, tendo iniciado o prazo prescricional, houve ajuizamento da execução fiscal, após o advento da LC 118/2005, dentro do prazo legal.

Ademais, não convence a alegação de falta de notificação no processo administrativo, pois as intimações fiscais e notificações de lançamento foram enviadas ao mesmo domicílio fiscal informado como endereço do agravante em demonstrativos de pagamento mensal e declarações de IRPF. Ademais, ainda que o recebimento tenha sido realizado por terceiro, não se invalida o ato apenas por tal motivo, presumindo-se que o destinatário tomou ciência da comunicação enviada ao seu endereço (ID 107992287, f. 1/2; ID 107992288, f. 1, 3; ID 107992289, f. 7; ID 107992290, f. 1, 8, 10).

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no REsp 1.828.207, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 19/12/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO SUPLEMENTAR. NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA. AVISO DE RECEBIMENTO - AR. ENDEREÇO CORRETO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - Na origem, trata-se de ação anulatória de débito fiscal, visando ao reconhecimento da ausência de notificação válida do contribuinte e, assim, reconhecer a decadência, anulando-se o crédito tributário. Na sentença, julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos, apenas para reconhecer a ineficácia da notificação realizada no âmbito do processo administrativo. No Tribunal de origem, a sentença foi reformada para reconhecer a ausência de nulidade quanto à notificação do contribuinte, que foi realizada em correto endereço do domicílio tributário. Nesta Corte, o recurso especial foi parcialmente conhecido e improvido. II - O recorrente aduziu, em suma, que o Tribunal de origem não apreciou: (i) que os laudos periciais particulares e da Polícia Federal comprovaram a não autenticidade da assinatura aposta no aviso de recebimento da notificação de lançamento; (ii) a contradição acerca da suposta inconclusividade da prova pericial; bem como (iii) que não é fato incontroverso que a notificação postal teria sido enviada ao domicílio tributário. III - No presente caso, o Tribunal a quo dirimiu a controvérsia mediante fundamento suficiente, em suma, que houve a expedição e destinação da notificação postal ao domicílio do contribuinte, bem como que as provas dos autos não indicaram que não teria sido o recorrente quem a recebeu. Consoante a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, tem-se que o julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação suficiente para dirimir a controvérsia. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.757.501/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 3/5/2019; AgInt no REsp n. 1.609.851/RR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 14/8/2018; REsp n. 1.486.330/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 24/2/2015. Assim, não há que se falar em afronta aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, no caso. IV - Quanto à ofensa aos arts. 150, § 4º, e 173, I e II, todos do CTN; bem como 130 do CPC/1973, verifica-se que o Tribunal a quo, em nenhum momento, abordou-os, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Incide o Enunciado Sumular n. 211/STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."). V - Ainda que fosse superado esse óbice, ad argumentandum tantum, verifica-se que a pretensão recursal implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório e vai de encontro ao acórdão recorrido, que se assentou sobre as seguintes premissas fáticas: i) constituiu dado incontroverso nos autos a expedição e destinação da notificação via postal para o domicílio tributário do contribuinte; ii) que "não há dúvidas de que existiu a notificação administrativa (Id 4058400.1240938), no qual pode ser verificado o nome do autor, seu número de identidade (o mesmo, inclusive, informado na inicial - 1.621.272/SSP-RN) e a data de recebimento (25/07/2011)"; iii) que "ao discorrer sobre a o resultado indicação negativa, o perito esclareceu tratar a conclusão dos casos em que se constatam algumas divergências, porém insuficientes para determinar categoricamente que os lançamentos não foram produzidos por uma mesma pessoa, tratando-se de conclusão não categórica". Assim, conforme aferido pelo Tribunal de origem, não há nos autos elementos conclusivos de que a assinatura do receptor não é autêntica, sendo incontroversas, por outro lado, a expedição e destinação da notificação via postal para o domicílio tributário do contribuinte. VI - Dessa forma, para interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame dos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ. VII - Ainda que fossem superados esses óbices, ad argumentandum tantum, verifica-se que o recurso em seu mérito não comportaria acolhimento, considerando que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a notificação regular do sujeito passivo, nos termos do Decreto n. 70.235/1972, pode se dar tanto pessoalmente quanto pela via postal, sendo que, para os fins de aperfeiçoamento desta última, basta a prova de que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio fiscal eleito pelo próprio contribuinte, não sendo imprescindível que o aviso de recebimento seja assinado por ele. Confira-se: AgRg no AREsp n. 57.707/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 7/5/2012 e REsp n. 923.400/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008. VIII - Agravo interno improvido."

No tocante ao excesso de execução, trata-se de alegação que não prescinde de análise fática e documental, inclusive do teor das declarações retificadoras entregues em abril/2017, para a apuração do valor exequendo, não configurando matéria reconhecível de ofício ou que dispense dilação probatória, o que torna inviável, portanto, sua apreciação na via estreita de exceção de pré-executividade, nos termos da Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. NOTIFICAÇÃO ADMINISTRATIVA POR VIA POSTAL COM AR. RECEBIMENTO POR TERCEIRO. VALIDADE. DOMICÍLIO FISCAL. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 393/STJ.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário se perfaz com a entrega ao Fisco, pelo contribuinte, de declaração reconhecendo o débito fiscal e antecipando seu pagamento, dispensada, nesta hipótese, qualquer outra providência por parte da Administração Pública, nos termos da Súmula 436/STJ.
 2. Na ausência de entrega de declaração pelo contribuinte no prazo legal, ou nas hipóteses de declaração em desacordo com a legislação tributária, a constituição do crédito tributário deve ocorrer mediante lançamento de ofício pela autoridade fazendária, no prazo decadencial de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos dos artigos 149, e 173, I, ambos do CTN.
 3. No caso, os fatos geradores de IRPF de 2010 a 2011, vencidos em 29/04/2011 e 30/04/2012, foram declarados em DIRPF's entregues em 25/04/2011 e 29/03/2012, não decorrendo prazo decadencial ou prescricional, pois os lançamentos de ofício para constituição da diferença dos créditos tributários ocorreram em 10/11/2014, com notificação em 21/11/2014, e ajuntamento da execução fiscal em 03/10/2016 e despacho citatório em 29/03/2017.
 4. Ademais, não convence a alegação de falta de notificação no processo administrativo, pois as intimações fiscais e notificações de lançamento foram enviadas ao mesmo domicílio fiscal informado como endereço do agravante em demonstrativos de pagamento mensal e declarações de IRPF. Ademais, ainda que o recebimento tenha sido realizado por terceiro, não se invalida o ato apenas por tal motivo, presumindo-se que o destinatário tomou ciência da comunicação enviada ao seu endereço.
 5. No tocante ao excesso de execução, trata-se de alegação que não prescinde de análise fática e documental, inclusive do teor das declarações retificadoras entregues em abril/2017, para a apuração do valor exequendo, não configurando matéria reconhecível de ofício ou que dispense dilação probatória, o que torna inviável, portanto, sua apreciação na via estreita de exceção de pré-executividade, nos termos da Súmula 393/STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*".
6. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005642-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ISOTERM INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005642-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ISOTERM INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal, não conheceu da exceção de pré-executividade, por exigir dilação probatória, e indeferiu o pedido de exclusão do encargo legal previsto no Decreto-lei 1.025/1969.

Alegou-se: (1) inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, pois o imposto não é receita, mas mero ingresso na contabilidade das pessoas jurídicas, tanto é assim, que tal entendimento foi reconhecido pela Suprema Corte no julgamento do RE 574.706, pela sistemática da repercussão geral, aplicando-se o mesmo raciocínio em relação à exclusão do ICMS-ST, pois trata-se do mesmo imposto, somente recolhido de forma antecipada; (2) "*assim como o ICMS não pode incidir sobre a base do PIS e da Cofins, o PIS e a Cofins não podem incidir sobre a sua própria base pois não se consubstanciam em receita do contribuinte*"; (3) o valor a ser excluído é o destacado nas notas fiscais, independentemente do valor recolhido; e (4) a inconstitucionalidade do encargo do Decreto-lei 1.025/1969 em face dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual requereu o recálculo do crédito tributário, com exclusão do encargo legal.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005642-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ISO TERM INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: AUGUSTO FAUVEL DE MORAES - SP202052-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente não se conhece do agravo de instrumento em relação às alegações de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS e de sua própria base de cálculo, pois não houve pedido de tal ordem na exceção de pré-executividade (ID 126636765), e nem julgamento pela decisão agravada (ID 126636767), razão pela qual não pode ser apreciada diretamente no Tribunal.

Igualmente, não se conhece do tema atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, pois a agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a descrever a inconstitucionalidade do imposto estadual, sem analisar a questão atinente ao não conhecimento da exceção de pré-executividade, ao fundamento de que o exame da matéria exige dilação probatória, violando, assim, a regra do artigo 1.016, III, do Código de Processo Civil.

Neste sentido, precedente da Turma:

AI 5014034-06.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e - DJF3 23/06/2020: "EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. RAZÕES DISSOCIADAS. INOVAÇÃO DA LIDE. CONTROVÉRSIA FÁTICA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. Não se conhece do recurso, pois dissociadas as razões recursais, dado que na origem não se tratou da prescrição intercorrente, cujo exame demanda a análise de fatos e provas sem que esteja a causa suficientemente esclarecida para o exame da questão com supressão de instância. 2. Agravo de instrumento não conhecido. "

Quanto ao encargo do Decreto-lei 1.025/1969, consolidada a jurisprudência no sentido da validade da cobrança, sem incorrer em qualquer violação ao artigo 85 do CPC/2015, dada a especificidade do propósito a que se destina, segundo a legislação, sem ofender aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste sentido, a jurisprudência:

AgRg no REsp 1.574.610, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 14/03/2016: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔBICE DA SÚMULA 284 DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. TRIBUTÁRIO. REQUISITOS DE VALIDADE DA CDA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DA MULTA FISCAL. NATUREZA CONFISCATÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. DECRETO-LEI 1.025/69. INCIDÊNCIA NAS EXECUÇÕES FISCAIS. OBSERVÂNCIA DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.143.320/RS. 1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." (Súmula 284/STF) 2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" (Súmula 211/STJ). 3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 4. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, analisar eventual contrariedade a preceito contido na CF/88, nem tampouco uniformizar a interpretação de matéria constitucional. 5. É legal a incidência da Taxa SELIC para a cobrança de tributos federais, a partir de 1º de janeiro de 1995, a teor do disposto na Lei 9.065/95. 6. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da legalidade da incidência do encargo legal de 20% previsto no Decreto-Lei nº 1.025/69, que substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios (REsp 1.143.320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010, julgado pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ). 7. Agravo interno não provido."

Ademais, dispõe a Súmula 168/TFR, ainda aplicada pela jurisprudência: "O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios."

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento, e, nesta extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO. PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. RAZÕES DISSOCIADAS. INOVAÇÃO DA LIDE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO.

1. Inicialmente não se conhece do agravo de instrumento em relação às alegações de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS/COFINS e de sua própria base de cálculo, pois não houve pedido de tal ordem na exceção de pré-executividade (ID 126636765), e nem julgamento pela decisão agravada (ID 126636767), razão pela qual não pode ser apreciada diretamente no Tribunal.
2. Igualmente, não se conhece do tema atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, pois a agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a descrever a inconstitucionalidade do imposto estadual, sem analisar a questão atinente ao não conhecimento da exceção de pré-executividade, ao fundamento de que o exame da matéria exige dilação probatória, violando, assim, a regra do artigo 1.016, III, do Código de Processo Civil.
3. O encargo do Decreto-lei 1.025/1969, segundo sedimentado, é válido, não incorrendo em violação ao artigo 85 do CPC/2015 (artigo 20, CPC/1973), dada a especificidade do propósito a que se destina, segundo a legislação, sem ofender, portanto, os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Ademais, dispõe a Súmula 168/TFR, ainda aplicada pela jurisprudência: "O encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-lei nº 1.025, de 1969, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios."
4. Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento, e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023412-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULO YOUSSEF ZAHR
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIANA GONCALVES DE SOUZA - SP334643
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023412-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULO YOUSSEF ZAHR
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIANA GONCALVES DE SOUZA - SP334643
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade quanto à alegação de ilegitimidade passiva e, "no que se refere à alegação de impenhorabilidade do imóvel", concluiu que "a questão será decidida após a verificação do local pelo oficial de justiça", determinando a expedição de mandado de penhora e avaliação do imóvel, "que deverá ser levada a termo desde que não se constitua na residência do devedor".

Alegou-se que: (1) não se encontram presentes os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada (artigos 50 do CC e 134 do CPC); (2) a certidão de f. 22 dos autos originários comprova que a empresa se mantém ativa, assim como o extrato da Junta Comercial comprova a ausência de encerramento da empresa (f. 49); (3) a empresa executada possui bens para garantir a execução; (4) juntou foto do local onde se encontra estabelecida a empresa (Rua Antonio de Godoy, 3129, Centro, São José do Rio Preto/SP); e (5) o imóvel indicado à penhora constitui bem de família.

Houve resposta pelo INMETRO, em que arguiu preliminares de: (i) ausência de documentos suficientes a comprovar a tempestividade do recurso; (ii) preclusão das matérias suscitadas, pois quando do ingresso da agravante na lide originária, em 2017, já havia decisão de redirecionamento da execução fiscal e penhora do imóvel em questão; e (iii) intempestividade do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023412-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULO YOUSSEF ZAHR
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIANA GONCALVES DE SOUZA - SP334643
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, rejeita-se a preliminar de insuficiência documental, uma vez que devidamente instruído o recurso com as peças obrigatórias exigidas por lei (CPC, artigo 1.017, I), não se justificando a dúvida levantada pelo agravado, sem qualquer respaldo fático-probatório.

Também não há falar-se em preclusão para a impugnação apresentada, pois a decisão que deferiu o pleito da exequente, determinando o redirecionamento da execução fiscal, não havia considerado, por óbvio, os argumentos de defesa do agravante, sequer integrado à lide à época, daí porque legítima a interposição recursal frente ao indeferimento da exceção de pré-executividade oposta, e não da decisão de redirecionamento, como pretende o agravado.

Tampouco se cogita de intempestividade do recurso, pois publicada a decisão agravada no Diário Eletrônico da Justiça em 20/08/2019, considerada a data da publicação o primeiro dia útil seguinte (21/08/2019), o termo inicial do prazo recursal foi 22/08/2019, findando, após quinze dias úteis, em 11/09/2019, data da interposição do presente agravo de instrumento.

No mérito, encontra-se consolidada a jurisprudência, inclusive sumulada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (enunciado 435), no sentido de que se presume irregularmente dissolvida a empresa que deixar de funcionar no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, assim legitimando o redirecionamento da execução fiscal aos respectivos sócios, seja em decorrência de débito tributário ou não tributário.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

AIRESP 1.808.288, Rel. Min. OG FERNANDES, DJE de 09/10/2019: "TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA. POSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Esta Corte de Justiça, por ocasião da apreciação do REsp 1.371.128/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que é possível o redirecionamento da execução fiscal contra o diretor da empresa executada, por dívida de natureza não tributária, em virtude de indícios de dissolução irregular de acordo com a legislação civil. 2. Nesse passo, a instância ordinária deferiu o redirecionamento da execução à pessoa dos sócios por dívida não tributária pela ocorrência da dissolução irregular da empresa. 3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento."

RESP 1.795.248, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/05/2019: "TRIBUNÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. TEMA 630/STJ. 1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento contra decisão que indeferiu o pedido da União para redirecionamento da execução fiscal contra sócio de empresa que encerrou suas atividades sem a quitação dos tributos federais. 2. Constatado que não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a reabater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.6.2007. 3. Não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa aos 1.033, 1.036, 1.102 e 1.109 do Código Civil, pois os referidos dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". 4. Nos termos de precedentes deste STJ, o redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente da empresa é cabível quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo como hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica o simples inadimplemento de obrigações tributárias ou não tributárias. 5. Nessa esteira, a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indicio de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, de acordo com a Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 6. O STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.371.128/RS fixou a seguinte tese jurídica (Tema 630/STJ): "Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente". 7. O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários. Nesse sentido: REsp 1.777.861/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJE 14/2/2019; REsp 1.766.931/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE 21/11/2018; AgInt no AREsp 697.578/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJE 4/12/2018. 8. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."

Na espécie, consta que a execução fiscal originária foi ajuizada em 28/07/2011, para a cobrança de multa administrativa imposta em auto de infração lavrado pelo INMETRO, referente ao período de 21/11/2005, com vencimento em 06/05/2006 (ID 90337924).

No mais, o agravo de instrumento não foi instruído com cópia integral da execução fiscal originária - apenas estritamente com os documentos obrigatórios exigidos pelo artigo 1.017, I, do CPC, além de fotos recortadas de outros documentos dos autos e inseridos diretamente no próprio texto da inicial do recurso, sem se permitir aferir a integralidade do documento ou a que folha dos autos originários se referem - pelo que se adota o contexto fático-probatório descrito pelo Juízo de origem na decisão agravada, *verbis*:

"Nos presentes autos, os fatos indiciários do encerramento irregular da sociedade executada estão demonstrados na certidão do Oficial de Justiça de fl. 09, onde sequer foi encontrado o prédio em que estava estabelecida (nº 3119 da Rua Prudente de Moraes). Tampouco foi indicado pelo Excipiente ao oficial, quando da citação da sociedade feita em seu endereço profissional, o local onde a sociedade devedora estava enfim estabelecida (fl.27), assim como também não indicou na peça de exceção, limitando-se a alegar que ela está ativa.

Veja-se, ademais, pelo teor da certidão lavrada em 13/03/2012 contida na peça de exceção (fl.105), que o prédio onde a devedora estava estabelecida havia sido demolido, tendo o próprio Excipiente informado ao oficial a inatividade da empresa." (ID 90337929)

A alegada retomada da atividade da empresa executada no endereço citado (Rua Antonio de Godoy, 3129, Centro, São José do Rio Preto/SP), não se sustenta, pois absolutamente desprovida de comprovação, já que a foto inserida a f. 7 da inicial do recurso (ID 90337920) apenas retrata uma minúscula placa com o nome da pessoa jurídica e o telefone de contato, afixada em um muro qualquer, sem permitir verificar a real instalação da empresa no local, bem como a própria localização, como informado na petição de 11/09/2019, sobretudo porque diverso do endereço ainda constante nos registros da Junta Comercial, conforme ficha cadastral extraída em 05/11/2019 (Rua Antonio de Godoy, 3159, Centro, São José do Rio Preto/SP - ID 104552647).

Neste contexto, suficientemente atestada a dissolução irregular, deve ser considerada legítima a inclusão do sócio PAULO YOUSSEF ZAHR, nos termos da jurisprudência, haja vista que, conforme pode ser observado no documento acostado pelo agravado (ID 104552647), fazia parte do quadro societário à época da ocorrência do fato gerador sem prova de desligamento societário, sequer alegado pelo agravante.

No tocante à impenhorabilidade do imóvel de matrícula 80.420 do 1º CRI/SJRP, sob a alegação de constituir bem de família, cumpre observar que a decisão agravada determinou o cumprimento do respectivo mandado de penhora e avaliação, *desde que* constatado pelo oficial de justiça não constituir residência do devedor. Em consulta processual ao sistema informatizado, percebe-se, porém, que em 05/07/2019 o mandado foi juntado sem cumprimento, fazendo concluir que a penhora não restou efetivada, diante da condicionante estabelecida, não havendo, pois, o que reformar.

Ante o exposto, rejeito as preliminares arguidas em contraminuta e nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CERTIDÃO DO OFICIAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 435/STJ. POSSIBILIDADE. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL BEM DE FAMÍLIA.

1. Rejeitadas as preliminares insuficiência documental, preclusão e intempestividade do recurso, arguidas em contraminuta.
2. Consolidada a jurisprudência, inclusive simulada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (enunciado 435), no sentido de que se presume irregularmente dissolvida a empresa que deixar de funcionar no domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, assim legitimando o redirecionamento da execução fiscal aos respectivos sócios, seja em decorrência de débito tributário ou não tributário.
3. É legítimo o redirecionamento da execução fiscal ao sócio que compunha o quadro social à época do fato gerador e da dissolução irregular.
4. No tocante à impenhorabilidade do imóvel, sob alegação de constituir bem de família, a decisão agravada determinou o cumprimento do respectivo mandado de penhora e avaliação, desde que constatado pelo oficial de justiça não constituir residência do devedor. Em consulta processual ao sistema informatizado, percebe-se, porém, que o mandado foi juntado sem cumprimento, donde se concluiu que a penhora não restou efetivada, não havendo, pois, o que reformar.
5. Preliminares arguidas em contraminuta rejeitadas e agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares arguidas em contraminuta e negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024974-24.2004.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PARTE RE: OVERALL COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LIMITADA, DECIO ANTONIO SANCHES

Advogado do(a) PARTE RE: GUILHERME VON MULLER LESSA VERGUEIRO - SP151852-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024974-24.2004.4.03.6182

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PARTE RE: OVERALL COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LIMITADA, DECIO ANTONIO SANCHES

Advogado do(a) PARTE RE: GUILHERME VON MULLER LESSA VERGUEIRO - SP151852-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Overall Comercial Importadora e Exportadora Ltda.**, em relação ao acórdão de ID de nº 92557667, páginas 60-72, assimementado:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA UNIÃO, PROVIDOS. APELAÇÃO DA EXECUTADA PREJUDICADA. 1. Em se tratando de execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o termo final da prescrição deve ser a data do ajuizamento da execução (aplicação da Súmula de nº 106 do STJ), conforme o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil 2. In casu, a execução fiscal foi ajuizada em 17/06/2004 (f. 02). O despacho determinando a citação da executada foi proferido em 16/07/2004 (f. 21). A tentativa de citação da executada restou infrutífera, conforme cópia da Certidão de 07/10/2004 (f. 26). No dia 02/02/2005, a União requereu a citação da empresa executada, na pessoa do seu responsável tributário (processo de nº 2003.61.82.071799-1, f. 98). As f. 113-115 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a exequente requereu que a execução fiscal fosse redirecionada em face dos sócios da empresa. Em 23/02/2006, O Mlv. Juiz de Direito indeferiu o pedido (f. 123-124 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Da referida decisão, a União opôs embargos de declaração. Os embargos foram rejeitados, conforme decisão às f. 138 (processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, a exequente interpôs agravo de instrumento (f. 141-152 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), sendo o recurso desprovido (cópia do acórdão às f. 158-163 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União interpôs ainda recurso especial e, após, agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial. No dia 13/08/2009, sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, confirmando a decisão que negou seguimento ao recurso especial (f. 175-188 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Os autos retornaram a primeira instância, sendo dada vista a exequente para se manifestar (f. 193 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Na sua manifestação às f. 194 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a União requereu que fosse efetuada nova tentativa de citação da executada, no endereço constante da JUCESP, e, em caso de negativa, requereu que a empresa fosse citada no endereço de seu representante legal. No dia 24/06/11, a empresa executada, foi devidamente citada, na pessoa de seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Em 19/07/2011, a executada apresentou exceção de pré-executividade alegando, em síntese, a ocorrência da prescrição (f. 209-213 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União se manifestou em relação à exceção de pré-executividade (f. 230-239 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, em 06/05/2013, foi proferida sentença acolhendo a exceção de pré-executividade, para reconhecer a prescrição do crédito tributário (cópia às f. 57-63). 3. Na questão sub judice, restou comprovado que a União, em nenhum momento, permaneceu inerte na busca pelo crédito tributário. Ao revés, foi efetuada a tentativa de citação da executada através de oficial de justiça (cópia da Certidão às f. 26), houve o pedido de citação da empresa, em nome do seu responsável tributário (f. 98 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), houve o requerimento de redirecionamento da execução em face dos sócios (f. 113-115 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), até que foi efetuada a citação da executada, na pessoa do seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Desse modo deve ser afastada a prescrição, pois entre a data do vencimento dos créditos tributários (20/03/2000 a 10/01/2001) e a data do ajuizamento da execução fiscal (17/06/2004), não decorreu o prazo prescricional quinquenal. 4. Reexame necessário e recurso de apelação interposto pela União, providos. Recurso de apelação interposto pela parte executada, prejudicado."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que não se manifestou sobre a alegação de que a retroação do marco prescricional a data da distribuição da execução fiscal, acarreta violação a alínea "b" do Inciso III do artigo 146 da Constituição Federal, a qual firma que cabe apenas a Lei Complementar estabelecer qualquer tipo de norma sobre a prescrição. Assim, o conteúdo contido no Resp nº 1.120.295 não pode ser empregado para enfrentar a argumentação da inconstitucionalidade da aplicação do parágrafo primeiro do artigo 219 do CPC/1973 a matéria tributária, eis que a retroação acarretaria na criação de um novo prazo prescricional, sendo que tal marco apenas poderia ser alterado por lei complementar, permanecendo aplicável apenas o inciso I do artigo 174 do CTN.

No ID de nº 107493163, foi determinada a intimação do embargado para os fins do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil.

A embargada apresentou manifestação (ID de nº 127342065, páginas 1-3).

Na data de 10/06/2020, a embargante tendo conhecimento da inclusão do processo em pauta para julgamento, apresentou petição intercorrente, alegando que, quando do julgamento dos embargos de declaração, deveria ser analisada a questão relacionada a prescrição intercorrente (ID de nº 134202871).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0024974-24.2004.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

PARTE RE: OVERALL COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LIMITADA, DECIO ANTONIO SANCHES
Advogado do(a) PARTE RE: GUILHERME VON MULLER LESSA VERGUEIRO - SP151852-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De início, em relação a alegação da análise da ocorrência da prescrição intercorrente, esclareça-se que, embora não tenha sido apresentada em sede de embargos de declaração, a matéria deve ser analisada por se tratar de questão de ordem pública.

No acórdão proferido, especificamente no ID de nº 92557667, páginas 66-67, ficou claro que: "a execução fiscal foi ajuizada em 17/06/2004 (f. 02). O despacho determinando a citação da executada foi proferido em 16/07/2004 (f. 21). A tentativa de citação da executada restou infrutífera, conforme cópia da Certidão de 07/10/2004 (f. 26). No dia 02/02/2005, a União requereu a citação da empresa executada, na pessoa do seu responsável tributário (processo de nº 2003.61.82.071799-1, f. 98). As f. 113-115 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a exequente requereu que a execução fiscal fosse redirecionada em face dos sócios da empresa. Em 23/02/2006, O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido (f. 123-124 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Da referida decisão, a União opôs embargos de declaração. Os embargos foram rejeitados, conforme decisão às f. 138 (processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, a exequente interpôs agravo de instrumento (f. 141-152 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), sendo o recurso desprovido (cópia do acórdão às f. 158-163 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União interpôs ainda recurso especial e, após, agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial. No dia 13/08/2009, sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, confirmando a decisão que negou seguimento ao recurso especial (f. 175-188 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Os autos retornaram a primeira instância, sendo dada vista a exequente para se manifestar (f. 193 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Na sua manifestação às f. 194 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a União requereu que fosse efetuada nova tentativa de citação da executada, no endereço constante da JUCESP, e, em caso de negativa, requereu que a empresa fosse citada no endereço de seu representante legal. No dia 24/06/11, a empresa executada, foi devidamente citada, na pessoa de seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Em 19/07/2011, a executada apresentou exceção de pré-executividade alegando, em síntese, a ocorrência da prescrição (f. 209-213 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União se manifestou em relação à exceção de pré-executividade (f. 230-239 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, em 06/05/2013, foi proferida sentença acolhendo a exceção de pré-executividade, para reconhecer a prescrição do crédito tributário (cópia às f. 57-63)".

Desse modo, verifica-se não ter ocorrido a prescrição intercorrente, pois a execução fiscal não ficou paralisada pelo período necessário para a sua decretação, conforme determina o art. 40 da Lei nº 6.830/80. Ao revés, restou comprovado que a União, em nenhum momento, permaneceu inerte na busca pelo crédito tributário.

Assim, improcede a alegação da parte executada.

Com relação à prescrição prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional, que foi objeto dos embargos de declaração, verifica-se que não existe qualquer vício no aresto, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta e. Turma.

In casu, o acórdão deixou claro que: em se tratando de execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o termo final da prescrição deve ser a data do ajuizamento da execução (aplicação da Súmula de nº 106 do STJ), conforme o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.2951SP, pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil; na questão *sub judice*, restou comprovado que a União, em nenhum momento, permaneceu inerte na busca pelo crédito tributário. Ao revés, foi efetuada a citação da executada através de oficial de justiça (cópia da Certidão às f. 26), houve o pedido de citação da empresa, em nome do seu responsável tributário (f. 98 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), houve o requerimento de redirecionamento da execução em face dos sócios (f. 113-115 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), até que foi efetivada a citação da executada, na pessoa do seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1); entre a data do vencimento dos créditos tributários (20/03/2000 a 10/01/2001) e a data do ajuizamento da execução fiscal (17/06/2004), não decorreu o prazo prescricional quinquenal.

Assim, restou claro que não ocorreu a prescrição prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Com relação ao questionamento formulado pela embargante de que a retroação do prazo prescricional acarretaria na criação de um novo prazo prescricional, sendo que tal marco apenas poderia ser alterado por lei complementar, aplica-se o art. 1.025 do Código de Processo Civil em vigor.

Da simples leitura da petição dos presentes embargos, resta claro que a pretensão da embargante é de que seja proferida nova decisão sobre a matéria apreciada no acórdão proferido, por se mostrar inconformada com julgamento contrário ao seu interesse.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos advertindo a embargante sobre a aplicação de multa na hipótese de novos embargos de declaração que porventura venham a ser, indevidamente, opostos, nos termos do artigo 1.026, §2º, do CPC.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DO DIREITO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

2. De início, em relação a alegação da análise da ocorrência da prescrição intercorrente, esclareça-se que, embora não tenha sido apresentada em sede de embargos de declaração, a matéria deve ser analisada por se tratar de questão de ordem pública. No acórdão proferido, especificamente no ID de nº 92557667, páginas 66-67, ficou claro que: *"a execução fiscal foi ajuizada em 17/06/2004 (f. 02). O despacho determinando a citação da executada foi proferido em 16/07/2004 (f. 21). A tentativa de citação da executada restou infrutífera, conforme cópia da Certidão de 07/10/2004 (f. 26). No dia 02/02/2005, a União requereu a citação da empresa executada, na pessoa do seu responsável tributário (processo de nº 2003.61.82.071799-1, f. 98). As f. 113-115 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a exequente requereu que a execução fiscal fosse redirecionada em face dos sócios da empresa. Em 23/02/2006, O MM. Juiz de Direito indeferiu o pedido (f. 123-124 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Da referida decisão, a União opôs embargos de declaração. Os embargos foram rejeitados, conforme decisão às f. 138 (processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, a exequente interpôs agravo de instrumento (f. 141-152 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), sendo o recurso desprovido (cópia do acórdão às f. 158-163 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União interpôs ainda recurso especial e, após, agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial. No dia 13/08/2009, sobreveio decisão do Superior Tribunal de Justiça - STJ, confirmando a decisão que negou seguimento ao recurso especial (f. 175-188 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Os autos retornaram a primeira instância, sendo dada vista exequente para se manifestar (f. 193 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Na sua manifestação às f. 194 (processo de nº 2003.61.82.071799-1), a União requereu que fosse efetuada nova tentativa de citação da executada, no endereço constante da JUCESP, e, em caso de negativa, requereu que a empresa fosse citada no endereço de seu representante legal. No dia 24/06/11, a empresa executada, foi devidamente citada, na pessoa de seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Em 19/07/2011, a executada apresentou exceção de pré-executividade alegando, em síntese, a ocorrência da prescrição (f. 209-213 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). A União se manifestou em relação à exceção de pré-executividade (f. 230-239 do processo de nº 2003.61.82.071799-1). Após, em 06/05/2013, foi proferida sentença acolhendo a exceção de pré-executividade, para reconhecer a prescrição do crédito tributário (cópia às f. 57-63)". Desse modo, verifica-se que não ocorreu a prescrição intercorrente, pois a execução fiscal não ficou paralisada pelo período necessário para a decretação da prescrição intercorrente, previsto no art. 40 da Lei nº 6.830/80. Ao revés, restou comprovado que a União, em nenhum momento, permaneceu inerte na busca pelo crédito tributário. Assim, é improcedente a alegação da parte executada.*

3. Com relação à prescrição prevista no art. 174 do Código Tributário Nacional, que foi objeto dos embargos de declaração, o acórdão deixou claro que: em se tratando de execução ajuizada anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o termo final da prescrição deve ser a data do ajuizamento da execução (aplicação da Súmula de nº 106 do STJ), conforme o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.2951SP, pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil; na questão *sub judice*, restou comprovado que a União, em nenhum momento, permaneceu inerte na busca pelo crédito tributário. Ao revés, foi efetuada a tentativa de citação da executada através de oficial de justiça (cópia da Certidão às f. 26), houve o pedido de citação da empresa, em nome do seu responsável tributário (f. 98 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), houve o requerimento de redirecionamento da execução em face dos sócios (f. 113-115 do processo de nº 2003.61.82.071799-1), até que foi efetivada a citação da executada, na pessoa do seu representante legal (Certidão de f. 207 do processo de nº 2003.61.82.071799-1); entre a data do vencimento dos créditos tributários (20/03/2000 a 10/01/2001) e a data do ajuizamento da execução fiscal (17/06/2004), não decorreu o prazo prescricional quinquenal. Desse modo, não se verifica qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos advertindo a embargante sobre a aplicação de multa na hipótese de novos embargos de declaração que porventura venham a ser, indevidamente, opostos, nos termos do artigo 1.026, §2º, do CPC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003852-32.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003852-32.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação e remessa oficial em face de sentença que concedeu mandado de segurança apenas para determinar “análise e resolução definitiva dos pedidos administrativos de ressarcimento ns.º 18143.06368.080316.1.1.18-4088, 17407.33904.080316.1.1.19-4483, 42682.22196.200916.1.1.18-3637 e 39629.43503.200916.1.1.19-2589”.

Apelou a impetrante, alegando que: (1) na DRF/Sorocaba, em cumprimento à liminar, houve despachos decisórios nos pedidos de ressarcimento 18143.06368.080316.1.1.18-4088 e 17407.33904.080316.1.1.19-4483, reconhecendo 98,79% dos créditos; (2) após alteração do domicílio fiscal do contribuinte e incompetência da DRF/Sorocaba, tais despachos administrativos foram anulados, atribuindo-se o exame à DERAT/SP, declinando-se da competência para o Juízo da Capital, sendo distribuído à 17ª Vara Federal, que ratificou a liminar; (3) reexaminando os pleitos, a DERAT/SP indeferiu-os, sem apreciar o mérito, aplicando a vedação do artigo 59 da IN/RFB 1.717/2017, pois a existência de ação judicial ativa para exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS poderia influenciar nos valores pretendidos; (4) ao examinar a alegação de que “os créditos objeto do presente mandamus e a demanda supracitada não possuem qualquer vinculação ou dependência”, o Juízo entendeu que não caberia apreciar tal questão, por desbordar do pleito inicial; (5) foi obrigada, então, a impetrar novo writ para impugnar o óbice levantando pela DERAT/SP ao exame de mérito dos pedidos de ressarcimento (MS 5019183-50.2018.4.03.6100, da 4ª Vara Federal), tendo sido deferida liminar, em cujo cumprimento o fisco deferiu quase que integralmente os valores pretendidos; (6) os pedidos da presente impetração - incidência de correção monetária pela SELIC desde a data dos protocolos administrativos e de abstenção pela autoridade impetrada de retenção/compensação de ofício com débitos cuja exigibilidade esteja suspensa (artigos 151 do CTN e 89 da IN/RFB 1.717/2017) - não foram concedidos pelo Juízo *a quo*, merecendo parcial reforma a sentença; e (7) deve incidir SELIC desde a data dos protocolos administrativos sob pena de ofensa à isonomia, em relação a “outros contribuintes que possuem créditos e que conseguem utilizá-los nas suas operações, sem qualquer acúmulo, na medida em que esses últimos não precisam aguardar o decurso do tempo para o aproveitamento”, bem como violação ao princípio do não confisco, mitigação do princípio da não cumulatividade das contribuições sociais, e enriquecimento sem causa do Fisco.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

Foi determinado o sobrestamento do feito até julgamento final do representativo da controvérsia relacionado ao tema 1.003/STJ, reativando-se o processo para inclusão em pauta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003852-32.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: TECSIS TECNOLOGIA E SISTEMAS AVANÇADOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.

Neste sentido os seguintes precedentes:

AIRESP 1.598.796, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJE 03/10/2018: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PEDIDO ADMINISTRATIVO FISCAL DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. EXAURIMENTO DO PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. 360 DIAS. PRECEDENTE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTIGO 543-C DO CPC/1973. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável para conclusão do processo administrativo de restituição é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos, nos termos do art. 24 da Lei 11.457/07 (REsp. n. 1.138.206/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 9.8.2010). 2. Agravo interno não provido.”

RemNecCiv 5028392-43.2018.4.03.6100, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, intimação via sistema 06/03/2020: “ADMINISTRATIVO. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. 1. O Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário. 2. O artigo 24, da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias. 3. Cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 4. Remessa oficial desprovida.”

No caso, os pedidos de ressarcimento do contribuinte foram protocolados em 08/03/2016 e 20/09/2016 (ID 80762495), sem que até a data da impetração (24/11/2017) tivessem sido proferidas decisões administrativas ou ofertadas quaisquer justificativas, em evidente ofensa, pois, ao prazo estipulado no artigo 24 da Lei 11.457/2007.

Logo, correta a sentença no que concedeu a ordem para determinar a apreciação, no caso, dos pedidos de ressarcimento de crédito escritural de PIS/COFINS no regime de não cumulatividade, conforme relação transcrita na inicial, não merecendo, portanto, acolhimento a remessa oficial.

Conforme relatado, em razão da liminar ratificada, pelo Juízo da 17ª Vara Federal, o DERAT/SP reapreciou os pedidos do impetrante, mas indeferindo os créditos em razão de alegada vedação do artigo 59 da IN/RFB 1.717/2017, pois a existência de ação judicial ativa para exclusão de ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS poderia influenciar nos valores pretendidos.

O Juízo da 17ª Federal considerou que tal objeção não caberia ser discutida no presente feito e, então, foi distribuído à 4ª Vara Federal do MS 5019183-50.2018.4.03.6100 da 4ª Vara Federal de São Paulo, que afastou tais despachos, determinando "que a r. Autoridade Coatora proceda à emissão de novo despacho decisório contendo a análise fundamentada do mérito dos Pedidos Administrativos de Ressarcimento em tela, no prazo de 30 (trinta) dias", tendo havido, em cumprimento da liminar, o deferimento em parte dos pedidos administrativos pela impetrada (ID 80767326), sendo a liminar confirmada em sentença (ID 21364905 daqueles autos, 1ª instância) e manifestando a Fazenda Nacional expresso desinteresse em recorrer (IDs 21910873 e 33324099 daqueles autos, 1ª instância).

Perceba-se, portanto, que o óbice que gerou o indeferimento dos créditos pleiteados foi questionado em outra impetração, em que houve decisão favorável ao contribuinte, determinando o exame do mérito pela autoridade fiscal. Sobreveio, então, nova apreciação com deferimento em parte dos créditos. Não se cuida de discutir, nestes autos, tais despachos decisórios de apreciação do mérito, mas apenas o direito, postulado na inicial deste feito, quanto ao acréscimo devido e à compensação de ofício para os créditos aprovados administrativamente.

Neste sentido, reconhecidos os créditos escriturais para efeito de ressarcimento, nos limites da decisão administrativa, é certo que sobre os respectivos valores deve incidir a taxa SELIC desde o dia seguinte ao exaurimento do prazo fixado no artigo 24 da Lei 11.457/2007, conforme tese firmada no Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.003): "O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)" (RESP 1.767.945, RESP 1.768.060 e RESP 1.768.415), aplicável ao presente, nos termos do artigo 1.039 do CPC.

A propósito, o julgamento de um dos recursos representativos restou assim ementado:

RESP 1.767.945, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 06/05/2020: "TRIBUTÁRIO. REPETITIVO. TEMA 1.003/STJ. CRÉDITO PRESUMIDO DE PIS/COFINS. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. APROVEITAMENTO ALEGADAMENTE OBSTACULIZADO PELO FISCO. SÚMULA 411/STJ. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO EXAURIMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS A QUE ALUDE O ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. RECURSO JULGADO PELO RITO DOS ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, a respeito de créditos escriturais, derivados do princípio da não cumulatividade, firmou as seguintes diretrizes: (a) "A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal" (REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/08/2009 - Tema 164/STJ); (b) "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco" (Súmula 411/STJ); e (c) "Tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)" (REsp 1.138.206/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/09/2010 - Temas 269 e 270/STJ). 2. Consoante decisão de afetação ao rito dos repetitivos, a presente controvérsia cinge-se à "Definição do termo inicial da incidência de correção monetária no ressarcimento de créditos tributários escriturais: a data do protocolo do requerimento administrativo do contribuinte ou o dia seguinte ao escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei n. 11.457/2007". 3. A atualização monetária, nos pedidos de ressarcimento, não poderá ter por termo inicial data anterior ao término do prazo de 360 dias, lapso legalmente concedido ao Fisco para a apreciação e análise da postulação administrativa do contribuinte. Efetivamente, não se configuraria adequado admitir que a Fazenda, já no dia seguinte à apresentação do pleito, ou seja, sem o mais mínimo traço de mora, devesse arcar com a incidência da correção monetária, sob o argumento de estar opondo "resistência ilegítima" (a que alude a Súmula 411/STJ). Ora, nenhuma oposição ilegítima se poderá identificar na conduta do Fisco em servir-se, na integralidade, do interregno de 360 dias para apreciar a pretensão ressarcitória do contribuinte. 4. Assim, o termo inicial da correção monetária do pleito de ressarcimento de crédito escritural excedente tem lugar somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco. 5. Precedentes: REsp 1.461.607/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 1º/10/2018; AgInt no REsp 1.239.682/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/12/2018; AgInt no REsp 1.737.910/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 28/11/2018; AgRg no REsp 1.282.563/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 16/11/2018; AgInt no REsp 1.724.876/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 07/11/2018; AgInt nos EREsp 1.465.367/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 06/11/2018; AgInt no REsp 1.665.950/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/10/2018; AgInt no AREsp 1.249.510/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/09/2018; REsp 1.722.500/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018; AgInt no REsp 1.697.395/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/08/2018; e AgInt no REsp 1.229.108/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2018. 6. TESE FIRMADA: "O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)". 7. Resolução do caso concreto: recurso especial da Fazenda Nacional provido." (g.n..)

Frente a outro ponto discutido nos autos, considerada a atribuição da autoridade fiscal de atestar a existência de valores a serem compensados, reconhece-se como indevida a imposição de compensação, de ofício, de créditos do contribuinte com débitos fiscais com exigibilidade suspensa.

Em destaque a jurisprudência firmada neste sentido:

RESP 1.586.947, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 07/10/2016: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSO EM DECORRÊNCIA DE PARCELAMENTO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. [...] 5. No julgamento do Recurso Especial 1.213.082/PR, sob o rito dos Recursos Repetitivos, a Primeira Seção, Relatoria do eminente Ministro Mauro Campbell Marques, entendeu que a imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo, que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151 do CTN, extrapola os ditames legais. 6. O STJ, seguindo o entendimento do REsp 1.213.082/PR, não autoriza o procedimento compensatório de ofício, visto que imprescindível, para tanto, a exigibilidade dos créditos tributários a serem compensados, o que não se observa quando os débitos pretensamente compensáveis encontram-se suspensos, por adesão em programa de parcelamento. Portanto, inexistente previsão para a compensação defendida pela autoridade coatora. 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

Em suma, confirma-se a sentença no que concedeu a ordem para reconhecer a demora administrativa no exame dos pedidos de crédito escritural, ficando negado provimento à remessa oficial, reformando-a, porém, em acolhimento parcial da apelação, para que os créditos, conforme reconhecidos administrativamente, sejam acrescidos de Taxa SELIC e não sujeitos à compensação de ofício, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ARTIGO 24 DA LEI 11.457/2007. DEMORA. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RESSARCIMENTO DE CRÉDITO ESCRITURAL. TAXA SELIC DESDE O EXAURIMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS. COMPENSAÇÃO, DE OFÍCIO. CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA. VEDAÇÃO.

1. O processo administrativo deve observar os princípios do devido processo legal, da razoável duração do processo e da eficiência, sendo consolidado na jurisprudência o entendimento de que a demora injustificada no exame de pleitos administrativos fiscais, extrapolando o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/2007, vulnera direito líquido e certo do contribuinte.
2. Reconhecido administrativamente o crédito escritural de PIS/COFINS, é direito líquido e certo do contribuinte que sobre o montante respectivo incida taxa SELIC desde o dia seguinte ao exaurimento do prazo fixado no artigo 24 da Lei 11.457/2007, conforme tese firmada no Superior Tribunal de Justiça (Tema 1.003): "O termo inicial da correção monetária de ressarcimento de crédito escritural excedente de tributo sujeito ao regime não cumulativo ocorre somente após escoado o prazo de 360 dias para a análise do pedido administrativo pelo Fisco (art. 24 da Lei n. 11.457/2007)" (RESP 1.767.945, RESP 1.768.060 e RESP 1.768.415).
3. Em relação ao mesmo valor deferido administrativamente, cabe reconhecer como igualmente líquido e certo o direito do contribuinte de não sofrer compensação de ofício com débitos fiscais com exigibilidade suspensa.
4. Apelação parcialmente provida e remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, confirmou a sentença no que concedeu a ordem para reconhecer a demora administrativa no exame dos pedidos de crédito escritural, ficando negado provimento à remessa oficial, reformando-a, porém, em acolhimento parcial da apelação, para que os créditos, conforme reconhecidos administrativamente, sejam acrescidos de Taxa SELIC e não sujeitos à compensação de ofício, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001307-36.2015.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001307-36.2015.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União**, em relação ao acórdão de ID de n.º 108949933, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO. INTIMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A autora foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do Sistema Simples em função de um débito em aberto, referente ao mês de 03/2014. 2. A intimação por meio de publicação no órgão de imprensa local é subsidiária e somente deve ser realizada se tiver resultado inócua a intimação pela via postal ou por meio eletrônico com prova de recebimento. Art. 23 do Decreto 70.235/72. 3. A intimação da exclusão do Simples Nacional não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser desconsiderada, pois referidos princípios devem ser observados na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também na sua dimensão substancial. Precedentes. 4. Apelação provida."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que:

a) o acórdão desconsiderou a efetiva intimação da parte, pois não há como negar que a recorrida acessou via certificado digital sua caixa postal eletrônica, o que demonstra que ela foi, de fato, cientificada pela Receita Federal do Brasil;

b) na análise da questão, não foi levado em conta as disposições legais previstas nos artigos 16, 28 e 39 da Lei Complementar 123/2006 (com todos os seus incisos e parágrafos), bem como o artigo 23, § 3º, do Decreto nº 70.235/1972.

Requer a manifestação sobre a legislação apontada, para fins de prequestionamento.

Conquanto intimada, a embargada não apresentou manifestação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001307-36.2015.4.03.6113
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANA LUISA BARCELLOS DE MORAES JARDIM - ME
Advogado do(a) APELANTE: MATEUS SOARES DE OLIVEIRA - SP326728-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De fato, inexistente qualquer vício no aresto, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta e. Tuma.

In casu, o acórdão deixou claro que: a autora foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do Sistema Simples em função de um débito em aberto, referente ao mês de 03/2014; a ré não demonstrou que a autora teria sido devidamente notificada de sua exclusão do Simples Nacional; a intimação por meio de publicação no órgão de imprensa local é subsidiária e somente deve ser realizada se tiver resultado inócua a intimação pela via postal ou por meio eletrônico com prova de recebimento; a intimação da exclusão do Simples Nacional não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser desconsiderada, pois referidos princípios devem ser observados na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também na sua dimensão substancial.

Assim, não há a omissão apontada pela embargante.

Com relação ao prequestionamento formulado pela embargante, aplica-se o art. 1.025 do Código de Processo Civil em vigor.

Por fim, divergindo a embargante do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. EXCLUSÃO. INTIMAÇÃO. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.
2. *In casu*, o acórdão deixou claro que: a autora foi indevidamente intimada por edital para se manifestar acerca da exclusão do Sistema Simples em função de um débito em aberto, referente ao mês de 03/2014; a ré não demonstrou que a autora teria sido devidamente notificada de sua exclusão do Simples Nacional; a intimação por meio de publicação no órgão de imprensa local é subsidiária e somente deve ser realizada se tiver resultado inócuo a intimação pela via postal ou por meio eletrônico com prova de recebimento; a intimação da exclusão do Simples Nacional não observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, devendo ser desconsiderada, pois referidos princípios devem ser observados na esfera administrativa não só na sua dimensão formal, como também na sua dimensão substancial.
3. Com relação aos questionamentos formulados pela embargante, aplica-se o art. 1.025 do Código de Processo Civil em vigor.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016190-68.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: ELIZA APPARECIDA CANIATTI HUNGRIA, IRAI CANIATTI PERRONI, HELIO ACHILES CANNIATTI

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016190-68.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. DEF. CARLOS MUTA

APELANTE: ELIZA APPARECIDA CANIATTI HUNGRIA, IRAI CANIATTI PERRONI, HELIO ACHILES CANNIATTI

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARAL AMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença que extinguiu sem resolução do mérito execução provisória individual de sentença proferida em ação coletiva, por ausência de interesse de agir (artigo 485, I e VI, do Código de Processo Civil).

Apelou a parte autora arguindo, em síntese, que: (1) o título que se pretende executar é o acórdão proferido nos autos da ação civil pública 0007733-75.1993.4.03.6100, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em desfavor da Caixa Econômica Federal (objetivando o reconhecimento de direito ao recebimento de diferenças de correção monetária em contas-poupança com aniversário em janeiro de 1989), ainda não transitado em julgado; (2) sendo certo que a decisão proferida pela relatoria no RE 626.307 para sobrestamento de processos afetos à mesma matéria do recurso (como é o caso) expressamente assegura a possibilidade de propositura e instrução processual de novas ações, o presente feito comporta, apenas, suspensão; e (3) o interesse de agir resta evidenciado porque há interesse na constituição do devedor em mora, já que pendente decisão do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.370.899) quanto ao termo *a quo* dos juros respectivos (se a partir da citação na ação coletiva ou nas liquidações e execuções de sentença).

Houve contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016190-68.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA.

APELANTE: ELIZA APPARECIDA CANIATTI HUNGRIA, IRAI CANIATTI PERRONI, HELIO ACHILES CANNIATTI

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARALAMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARALAMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

Advogados do(a) APELANTE: CARLOS ADROALDO RAMOS COVIZZI - SP40869-A, PAULO AMARALAMORIM - SP216241-A, WELLINGTON MOREIRA DA SILVA - SP128855-A

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a jurisprudência da Corte consolidou-se, em casos como o presente, no sentido da inadequação de ajuizamento de execução provisória autônoma e dissociada dos autos da ação civil pública 0007733-75.1993.4.03.6100. É que, desde a Lei 11.232/2005, em modificação incorporada, em seguida, ao atual Código de Processo Civil, a execução do julgado é mera fase processual, a partir da concepção sincrética do processo. Nesta linha de entendimento, por exemplo, a ApCiv 5013954-46.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CECÍLIA MARCONDES, Intimação via sistema 06/03/2020.

Em que pese o acerto da concepção, que por si só seria suficiente para reconhecer a ausência de interesse de agir, na espécie, por inadequação da via eleita, é pertinente realçar que em 2018 foi homologado acordo, perante o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial que sucedeu o acórdão deste Tribunal nos autos da ação civil pública 0007733-75.1993.4.03.6100 (REsp 1.397.104), com que o processo foi extinto (pendente ainda certidão de trânsito em julgado, considerado o julgamento de agravo interno naqueles autos, conforme DJe de 15/05/2020) e o aresto em grau de apelação substituído pelos termos do acordo.

Logo, o título que se pretende executar sequer existe, atualmente.

Além disto, os critérios de adesão e cálculo de consectários legais incidentes sobre o valor a ser pago são aqueles definidos na transação. Assim, conquanto não caiba mais discutir o interesse de agir conforme o domicílio do apelante (sendo este um dos pontos originalmente controversos no referido recurso especial), ou associação à entidade que originalmente propôs a ação coletiva (o critério de adesão do acordo, no tocante a feitos coletivos, é baseado na data de ajuizamento destas e das respectivas execuções, fixado o limite temporal de 31/12/2016) é certo que não mais subsiste, sob enfoque nenhum, relevância na pretensão de resguardar interesse em constituir a instituição bancária em mora.

Neste sentido o seguinte julgado da Corte:

ApCiv 5000178-62.2017.4.03.6137, Rel. Des. Fed. JOHONSON DI SALVO, e - DJF3 29/01/2020: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: RECORRENTE DOMICILIADO FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. SOBRESTAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR FORÇA DE DECISÃO DO STF. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO NO RESP Nº 1.397.104. EXTINÇÃO DA AÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. APELO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. (...) 7. Ademais, o C. Superior Tribunal de Justiça homologou acordo no Recurso Especial nº 1.397.104, em que o IDEC e a Caixa Econômica Federal informaram a realização de acordo coletivo já homologado no Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de por fim às demandas coletivas referentes aos expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Em consequência foi julgada extinta a ação coletiva que serviu como alicerce para esta ação. 8. Tendo em vista que o recurso foi interposto já na vigência do Novo CPC, condeno o apelante ao pagamento de honorários recursais em favor da parte apelada, que fixo em 3% sobre o valor atribuído à causa, sob condição suspensiva de sua exigibilidade, conforme artigo 98, § 3º, todos do CPC/15. 9. Apelo improvido com imposição de honorários recursais."

Deixa-se de fixar verba honorária recursal em razão de ausência, não impugnada mesmo em contrarrazões, de condenação na origem (cf. AgInt nos EREsp 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 19/10/2017).

Ante ao exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA 0007733-75.1993.4.03.6100. PLANOS ECONÔMICOS. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. CRITÉRIOS DE ADEÇÃO E CORREÇÃO DE VALORES DEFINIDOS NA TRANSAÇÃO.

1. A jurisprudência da Corte consolidou-se, em casos como o presente, no sentido da inadequação de ajuizamento de execução provisória autônoma e dissociada dos autos da ação civil pública 0007733-75.1993.4.03.6100. É que, desde a Lei 11.232/2005, em modificação incorporada, em seguida, ao atual Código de Processo Civil, a execução do julgado é mera fase processual, a partir da concepção sincrética do processo.

2. Em que pese o acerto da concepção, que por si só seria suficiente para reconhecer a ausência de interesse de agir, na espécie, por inadequação da via eleita, é pertinente destacar que em 2018 foi homologado acordo, perante o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial que sucedeu o acórdão deste Tribunal nos autos da ação civil pública 0007733-75.1993.4.03.6100 (REsp 1.397.104), com que o processo foi extinto (pendente ainda certidão de trânsito em julgado, considerado o julgamento de agravo interno naqueles autos, conforme DJe de 15/05/2020) e o aresto em grau de apelação substituído pelos termos do acordo.

3. Logo, o título que se pretende executar sequer existe, atualmente. Além disto, os critérios de adesão e cálculo de consectários legais incidentes sobre o valor a ser pago são aqueles definidos na transação. Assim, conquanto não caiba mais discutir o interesse de agir conforme o domicílio do apelante (sendo este um dos pontos originalmente controversos no referido recurso especial), ou associação à entidade que originalmente propôs a ação coletiva (o critério de adesão do acordo, no tocante a feitos coletivos, é baseado na data de ajuizamento destas e das respectivas execuções, fixado o limite temporal de 31/12/2016) é certo que não mais subsiste, sob enfoque nenhum, relevância na pretensão de resguardar interesse em constituir a instituição bancária em mora.

4. Incabível fixação de verba honorária recursal em razão de ausência, não impugnada mesmo em contrarrazões, de condenação na origem.

5. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATÓRIO

Trata-se de duplos embargos de declaração contra o acórdão assimmentado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO.

1. Preliminarmente quanto à alegação de que o indébito fiscal depende da prova da existência de ICMS a ser efetivamente pago no sistema não cumulativo, trata-se de questão afeta ao mérito do julgado e, como tal, deve ser apreciada oportunamente.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

4. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

5. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma é, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétreia da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

6. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

7. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecidamente válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexistência de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

8. O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a violação do artigo 492, CPC, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte - assim como do próprio Juízo após embargos de declaração -, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do ICMS a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

9. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores devidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

10. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida. "

Alegou a PFN omissão do julgado, inclusive para efeitos de pré-questionamento, pois: (1) decisões monocráticas de relatores têm sobrestado recursos sobre o Tema 69 até o julgamento em definitivo da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, alterando a exegese da Corte sobre a imediata aplicação do precedente em repercussão geral quando pendentes embargos de declaração; (2) existem importantes questões pendentes de exame nos embargos de declaração no RE 574.706, inclusive a modulação dos efeitos caso mantida a inconstitucionalidade, pelo que não deveria ter sido julgado o presente feito; (3) a exclusão do ICMS destacado em notas fiscais, sem pleito da parte, configura inovação recursal, com violação dos princípios do dispositivo e da congruência, gerando julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), e contrariedade à jurisprudência da Corte Superior; (4) a exclusão do ICMS, pelo valor faturado, para a apuração do PIS/COFINS, ao ser deferida sem fundamentação plausível ofende os artigos 5º, LIV, LV e 93, XI, da Constituição Federal; (5) a referência do acórdão embargado ao ICMS destacado, a partir do que julgado no RE 574.706, não é suficiente para fundamentar a exclusão, pois ainda pendentes várias questões essenciais apontadas em embargos de declaração, colidindo o aresto recorrido com os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e com o artigo 27 da Lei 9.868/1999; e (6) o mérito como decidido, no tocante à tal questão, não é compatível com as disposições dos artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998.

O contribuinte, por sua vez, alegou omissão no julgado no que diz respeito ao alcance do provimento parcial da remessa oficial, uma vez que restou inalterado o dispositivo da sentença recorrida.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002253-88.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EMPRESA DE ONIBUS PASSARO MARRON S/A
Advogado do(a) APELADO: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, conistou do acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão nos seguintes termos:

"Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior."

A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

Na discussão do mérito em si, divide-se a argumentação fazendária de omissões em duas linhas ou vertentes expositivas. Inicialmente, apontou-se ser nulo o julgamento, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita* (artigos 141, 490 e 429, CPC), além de não ter sido motivada a decisão (artigos 5º, LIV e LV e 93, XI, da Constituição Federal), inclusive porque ainda pendentes embargos de declaração sobre temas cruciais à controvérsia constitucional suscitada (artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, CPC, e 27 da Lei 9.868/1999), e, ainda, por contrariar a própria jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019).

Derradeiramente, preconizou-se, a título de omissão, ter sido inconstitucional (artigo 195, I, 'b', CF) e ilegal (artigos 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

Quanto à abordagem impugnativa inicial, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema íntegro, logicamente, o pedido formulado no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS na medida em que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada.

Eis o que conistou do acórdão embargado:

"O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia íntegra ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição."

Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto."

Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706:

"O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS."

Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção:

ApelRemNec 5000633-81.2017.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 18/04/2020: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado. 2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a exposta no v. aresto embargado. 3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil. 4. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade." 5. Embargos de declaração rejeitados."

ApReeNec 5001772-28.2017.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 02/04/2020: "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CPC. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. JULGADO INTEGRADO. 1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos acatatórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório. 2. Na espécie, o julgado restou omissivo quanto à parcela do ICMS a ser destacada da base de cálculo do PIS e da COFINS. E, nesse tocante, cumpre esclarecer que o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo. 3. Assim sendo, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014. 4. Embargos de declaração acolhidos."

ApelRemNec 5003932-95.2019.4.03.6119, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e - DJF3 15/04/2020: "AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLAROU INCONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO ICMS (FATURADO) NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS, FAZENDO-O POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE Nº 574.706. AGRADO INTERNO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedimentos da aplicação imediata do decisor. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/12/2019). Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarra no art. 1.035, § 5º do NCPC. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal - ao acolher o voto da ministra Relatora - no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a integral do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019). Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007."

O voto condutor do acórdão embargado, no trecho acima reproduzido, já expõe, por de vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a discrepância entre o que pedido pela Fazenda Nacional (ICMS efetivamente pago), e o que defendido pelo contribuinte (ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias).

A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irresignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de erro *in judicando*, por não ter sido acolhida, pelo acórdão embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

Leia-se, a propósito, as razões expostas pela embargante, que veiculam fundamentação de inconstitucionalidade (artigo 195, I, "b", CF) e ilegalidades (artigos 13, § 1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998), e não, propriamente, de omissão sanável em embargos de declaração:

"Ora, diante da existência de decisões já transitadas em julgado, bem como da necessidade de prosseguir com a cobrança de débitos inscritos em Dívida Ativa da União a título de PIS e de COFINS, tornou-se premente à Administração Tributária definir um critério para os cálculos da parcela a excluir dessas contribuições a título de ICMS.

A partir de uma interpretação dos termos do acórdão do STF no RE nº 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Para bem se compreender o alcance desse entendimento, antes de mais nada, vale examinar os precisos termos da ementa do acórdão do RE nº 574.706:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS." (grifos nossos)

Embora em diversas passagens o acórdão da Suprema Corte não seja totalmente claro e, por vezes, pareça até contraditório (dá os embargos de declaração que a ele foram opostos pela União), o que se pode depreender é que o ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições corresponde à parcela do ICMS a ser pago, isto é, à parcela do ICMS a recolher para a Fazenda Pública dos Estados ou do Distrito Federal, também chamado ICMS escritural.

Como bem pontuado até na ementa acima transcrita, não se pode olvidar que o ICMS sempre há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

(..)

E, para uma perfeita compreensão do significado desse princípio, vale atentar ainda para o que preceituam alguns dispositivos da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

"Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação; ...

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; ...

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação." (grifos nossos)

Na verdade, como bem assinalado na parte final do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar n. 87/96, o destaque de ICMS nas notas fiscais não passa de “mera indicação para fins de controle”.

A não ser, talvez, na primeira etapa de uma cadeia produtiva, o valor da nota não corresponde ao que o contribuinte irá recolher aos cofres do Estado ou do Distrito Federal. Ao revés, o valor a recolher a título de ICMS sempre é o resultado da subtração entre o somatório do ICMS constante das notas de saída do somatório do ICMS constante das notas de entrada.

Nesse diapasão, resta configurado que é até possível a pessoa jurídica contribuinte de ICMS faturar e destacar valores desse imposto, correspondentes ao preço de cada mercadoria ou serviço discriminados nos diversos documentos fiscais representativos de vendas no período e, ao término do mês, não ter valor algum de ICMS a recolher, em razão de apurar saldo credor do imposto, a transportar para período futuro. Se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições, vez que, no entendimento firmado pela Suprema Corte, tais valores não devem ser considerados como receita da pessoa jurídica, por não se integrarem ao seu patrimônio.

A Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins na legislação vigente, tanto na sua configuração cumulativa como na não cumulativa, têm sua apuração mensal, o fato gerador tem natureza periódica, mensal, compondo a base de cálculo o somatório das correspondentes operações geradoras de receita ou de crédito, ocorridas em cada mês.

A base de cálculo das referidas contribuições, na legislação vigente, corresponde ao total das receitas auferidas no mês (sistema base contra base) e não, no momento de concretude de cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal (sistema tributo contra tributo). Tem-se assim para as contribuições sociais a definição e formação de uma base de cálculo única, periódica, mensal, conforme disposto na legislação de regência:

“Lei nº 10.833, de 2003 – Institui a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins na incidência não cumulativa. Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

“Lei nº 10.637, de 2002 – Institui a Contribuição para o PIS/Pasep na incidência não cumulativa. Art. 1º A Contribuição para o PIS/Pasep, com a incidência não cumulativa, incide sobre o total das receitas auferidas no mês pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

(...)

“Lei nº 9.718, de 1998 – Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins - Incidência Cumulativa.

Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o art. 2º compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977. ”

(...)

“Lei nº 9.715, de 1998 – Dispõe sobre a Contribuição para o PIS/Pasep na incidência cumulativa.

Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:

I - pelas pessoas jurídicas de direito privado e as que lhes são equiparadas pela legislação do imposto de renda, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com base no faturamento do mês;

(...)

“Lei Complementar nº 70, de 1991 - Institui a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins na incidência cumulativa:

(....)

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza. (...)” (grifos nossos)

Sendo a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins determinada com base na receita mensal (na incidência não cumulativa), ou no faturamento mensal (na incidência cumulativa), não faria sentido buscar valores dedutíveis de operações concretas, a cada operação de venda quando da emissão de nota fiscal. Assim, o que se há de excluir da base de cálculo mensal das referidas contribuições é também a parcela do ICMS a recolher, correspondente a cada período de apuração mensal.

Necessariamente e conforme a legislação do referido imposto, ao término de cada período de apuração mensal, os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de vendas (débitos) terão de ser confrontados com os valores de ICMS destacados nos documentos fiscais representativos das operações de compras (créditos), para daí então se ter a definição do valor do imposto efetivamente apurado e devido no período, valor este que, conforme se pode depreender da manifestação do Supremo Tribunal Federal, não sendo receita da pessoa jurídica, não deve compor a base de cálculo das contribuições.

Por fim, de se registrar que, se fosse o caso de reconhecer a exclusão do ICMS a partir do exame de cada nota fiscal emitida por cada um dos contribuintes brasileiros, tornar-se-ia ainda mais complexa toda a apuração decorrente do RE n. 574.706. Isso porque, ao invés de se examinar simplesmente a apuração mensal do ICMS a recolher, lançada na própria escrita fiscal de cada contribuinte, de forma resumida, ter-se-ia que aferir tanto a autenticidade de cada nota emitida, ao longo de vários anos, quanto examinar a situação fiscal dos produtos nela constantes, visto que, numa mesma nota fiscal, podem constar diversas mercadorias em situações distintas – brindes, mercadorias devolvidas, mercadorias isentas ou imunes, etc.

Por conseguinte, o critério do ICMS a recolher revela-se não só o mais acertado juridicamente à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como também o que melhor atende ao outro princípio tributário hodiernamente tão debatido, que é o da praticabilidade.”

Enfim, a alegação da embargante de que o aresto censurado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contrária o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, em conformidade com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tomou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de “trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério “ICMS a pagar ou líquido” e outros sinalizando a adoção do critério do “ICMS da nota fiscal” -, disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo dito pela embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, “b”, CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, §1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

Quanto aos embargos declaratórios do contribuinte, tampouco existe omissão a ser sanada, pois evidenciada mera existência de dívida subjetiva do embargante, que se resolve pela leitura do acórdão embargado, no que concerne aos aspectos tratados na fundamentação do voto e, em específico, no atinente aos critérios de compensação.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito ambos os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. NULIDADES, ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado. As alegações deduzidas não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

2. Constatou o acórdão embargado, quanto ao sobrestamento do feito diante da pendência dos embargos de declaração no RE 574.706, a rejeição expressa da pretensão, pois: "*Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.*". A argumentação de que alguns membros da Corte Superior atribuem efeito suspensivo corrobora o efeito limitado da decisão ao caso específico apreciado, desde que inexistente, como se percebe, precedente colegiado no tratamento da matéria.

3. Quanto ao questionamento dirigido ao objeto efetivamente decidido no acórdão embargado, a argumentação fazendária divide-se em duas linhas ou vertentes expositivas. A inicial coloca que o julgamento é nulo, pois violou os princípios dispositivo, da congruência e acarretou julgamento *extra petita*, além de padecer de nulidade por falta de fundamentação. A derradeira preconiza, a título de omissão, ter sido inconstitucional e ilegal a solução definida no mérito pelo acórdão embargado, ao estipular que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o faturado, e não o efetivamente pago pelo contribuinte.

4. Na discussão do mérito em si, verifica-se que não houve omissão, já que o acórdão embargado expressamente registrou que o tema íntegro, logicamente, o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, considerando que, existindo formas ou critérios diferentes de identificação ou apuração de tal valor, a definição respectiva condiz com o mérito da causa, e não com questão incidental passível de solução no cumprimento da coisa julgada. Neste sentido, constatou o acórdão embargado que: "*O aspecto relevante da controvérsia, excepcionalmente levantado no caso pela própria PFN, ao apontar a falta de interesse de agir do contribuinte, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia íntegra ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da abstração. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Neste sentido o seguinte excerto do julgado no RE 574.706: "O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a ser compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS". Também este o entendimento adotado no âmbito das Turmas desta Seção (...)*".

5. O acórdão embargado, neste tópico, expôs, por sua vez, a fundamentação necessária em torno do critério adotado para identificar o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, considerada a pretensão fazendária (ICMS efetivamente pago), e a do contribuinte (ICMS expresso nas notas fiscais de saída das mercadorias). A longa narrativa da embargante, buscando demonstrar que a fundamentação adotada no acórdão embargado, incorreu em omissão oculta, na verdade, irrisignação por suposto vício de ilegalidade e inconstitucionalidade, à luz dos preceitos apontados, em típica imputação de *error in iudicando*, por não ter sido acolhida, pelo aresto embargado, a interpretação constitucional e legal que, segundo a embargante, faria concluir que o ICMS a ser excluído, se alguma exclusão for possível, deveria ser o relativo ao valor efetivamente pago e não o destacado nas notas fiscais.

6. A alegação da embargante de que o acórdão embargado não restou fundamentado, padecendo de nulidade, inconstitucionalidade e ilegalidade, contraria o próprio reconhecimento da recorrente de que o julgado estabeleceu que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, de acordo com o decidido no RE 574.706. Se o paradigma da Suprema Corte, ainda não se tomou julgamento definitivo de mérito - por existirem pendências e controvérsias ainda a serem resolvidas em tal julgado, a exemplo de "*trechos contraditórios, uns sinalizando a adoção do critério "ICMS a pagar ou líquido" e outros sinalizando a adoção do critério do "ICMS da nota fiscal"*" -, disto não decorre que o pronunciamento desta Corte não esteja fundamentado, seja nulo, ilegal ou inconstitucional, por ter adotado uma dentre as linhas de interpretação que, segundo a embargante, estariam em conflito no precedente assinalado.

7. Não houve, como se observa, qualquer omissão e, quanto à suposta ofensa, negativa de vigência, nulidade ou contrariedade à Constituição e legislação (artigos 5º, LIV e LV, 93, XI, e 195, I, "b", CF; 141, 490, 429, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3º, do CPC; e 27 da Lei 9.868/1999; 13, § 1º, I, 19 e 20, *caput*, da LC 87/1996; 1º da Lei 10.637/2002; 1º da Lei 10.833/2003; 2º da Lei 9.715/1998; 2º da LC 70/1991; e 2º e 3º da Lei 9.718/1998) ou à jurisprudência (EDcl no REsp 1.191.640, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 14/05/2019), ainda que houvesse, não seriam vícios passíveis de exame em embargos de declaração como via substitutiva dos recursos específicos, próprios para cada situação, de competência das instâncias superiores.

8. Quanto aos embargos declaratórios do contribuinte, tampouco existe omissão a ser sanada, pois evidenciada mera existência de dívida subjetiva do embargante, que se resolve pela leitura do acórdão embargado, no que concerne aos aspectos tratados na fundamentação do voto e, em específico, no atinente aos critérios de compensação.

9. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

10. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou ambos os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003453-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: HUMA LOCAÇÃO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO ITIO NISHIURA TURUTA - SP416427-A, ANTONIO EMANUEL PICCOLI DA SILVA - SP299554-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003453-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: HUMA LOCAÇÃO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO ITIO NISHIURA TURUTA - SP416427-A, ANTONIO EMANUEL PICCOLI DA SILVA - SP299554-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade oposta contra a execução fiscal, alegando o direito de ser mantida no parcelamento SIMPLES NACIONAL, do qual excluída antes do prazo final para regularização, trinta dias após o vencimento.

Alegou-se que: (1) a execução fiscal foi proposta em 16/04/2018, tendo ingressado no parcelamento do SIMPLES NACIONAL em 2018, consolidado em 03/05/2018; (2) passou por dificuldades financeiras, atrasando as parcelas de junho a setembro/2019; (3) após o vencimento de cada parcela, possuía o prazo de trinta dias para efetuar o pagamento antes de ser considerada inadimplente, conforme entendimento jurisprudencial, porém as notificações para regularização das parcelas atrasadas ocorreu em prazo inferior a trinta dias (vencimento em 28/06/2019, notificação em 24/07/2019; vencimento em 31/07/2019, notificação em 10/08/2019), sem estar disponível a impressão da guia com atraso; (4) foi excluída do parcelamento em 12/09/2019, quando o vencimento da terceira parcela ocorreu somente em 30/08/2019, possuindo prazo para pagamento até 30/09/2019; (5) não obteve êxito na impressão das guias de pagamento com atraso pelo sistema REGULARIZE (SISPAR), no qual constava a situação "encerrado por rescisão", sem ter sido oportunizada regularização das três parcelas, evidenciando a ocorrência de erro sistêmico; (6) a exclusão do parcelamento por atraso não é prevista em lei vigente à época da adesão (LC 162/2018), mas apenas em instrução normativa (artigo 12 da IN 1.808/2018), existindo julgados da Corte no sentido de que disposições infralegais não podem criar ou restringir direitos; e (7) é desproporcional excluir empresa do parcelamento, que pretende adimplir, por erro da própria agravada.

A agravada apresentou resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003453-92.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: HUMA LOCAÇÃO DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO ITTO NISHIURA TURUTA - SP416427-A, ANTONIO EMANUEL PICCOLI DA SILVA - SP299554-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a exceção de pré-executividade foi rejeitada porque prevista em disposições normativas a exclusão do parcelamento do SIMPLES NACIONAL em razão da cumulação de parcelas vencidas e porque não comprovada a alegação de impossibilidade de impressão das guias para pagamento em atraso.

Com efeito, a concessão de parcelamento é atividade vinculada, adstrita à Administração ao princípio da legalidade. Assim, a interpretação *a contrario sensu* do artigo 155-A, caput, do CTN ("**O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica**") evidencia a óbvia conclusão de que impossível a concessão/manutenção de parcelamento sem a estrita observância dos requisitos legais. Mesmo porque a interpretação da legislação tributária referente a causas de suspensão de exigibilidade de tributos - caso do parcelamento - deve ser feita de maneira restritiva, conforme o artigo 111, I, do CTN.

É assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

No caso específico, o artigo 1º, § 7º da LC 162/2018 conferiu poder ao CGSN para dispor sobre o que for necessário à regulamentação do parcelamento Pert-SN - Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional, instituído no *caput* do dispositivo.

A Resolução CGSN 138/2018, por sua vez, atribuiu à SRF, PFN, Estados e Municípios dispor sobre o que for necessário à execução do parcelamento, *verbis*:

"Art. 1º O Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Optantes pelo Simples Nacional (Pert-SN), nos termos da Lei Complementar nº 162, de 6 de abril de 2018, será implementado de acordo com o disposto nesta Resolução.

Art. 2º Os débitos apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional) poderão ser parcelados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e, nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 46 da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, respeitadas as disposições constantes desta Resolução, observadas as seguintes condições:

[...]

Art. 5º A RFB, a PGFN, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar normas complementares relativas ao parcelamento, observando-se as disposições desta Resolução. (Lei Complementar nº 162, de 2018, art. 1º, § 7º)

[...]” (g.n.)

No exercício de tal atribuição, a Portaria PGFN 38/2018 dispôs que:

"Art. 14. Implicará a automática exclusão do devedor do Pert-SN, a exigibilidade imediata da totalidade do débito confessado e ainda não pago e a execução automática da garantia anteriormente existente:

I - a falta de pagamento de 3 (três) parcelas, consecutivas ou não; ou

II - a falta de pagamento de 1 (uma) parcela, se todas as demais estiverem pagas;

§ 1º É considerada inadimplida a parcela parcialmente paga.

§ 2º Rescindido o parcelamento, apurar-se-á o saldo devedor, com o cancelamento dos benefícios concedidos, e dar-se-á prosseguimento imediato a sua cobrança.”

Na medida em que assim definido o âmbito de exercício do poder regulamentar de tais órgãos, não há como negar que estes podem estabelecer obrigações e condições necessárias à consecução do benefício fiscal. Trata-se de disposições que, efetivamente, viabilizam o próprio procedimento de parcelamento, ao estabelecer qual o rito a ser seguido em âmbito infralegal.

De certo, a lei não pode abranger, em sua minúcia, todo regramento necessário a um procedimento administrativo desta complexidade. Contudo, isto não implica a impossibilidade de cominação de sanções ao descumprimento dos deveres atribuídos aos contribuintes pelo poder regulamentar, se normatizadas dentro dos limites estabelecidos legalmente e adequadas aos princípios que regem a matéria.

Assim, não é descabido que, em observância aos limites de poderes regulamentares, a PFN comine medida ao descumprimento de obrigações necessárias ao benefício fiscal, tanto mais quando se constata que foi imposta ao agravante a exclusão do parcelamento pelo fato de que este deixou de quitar as próprias parcelas do benefício. É impensável cogitar de parcelamento, que gera suspensão da exigibilidade fiscal, em que não possa o contribuinte ser excluído do acordo fiscal em razão de inadimplência, tratando-se de regulamentação indissociável à própria regularidade do procedimento.

Não existe, portanto, qualquer desproporcionalidade, irrazoabilidade, ilegalidade ou desrespeito à hierarquia normativa neste procedimento.

A propósito, além da expressa delegação de competência por força da Lei 11.941/2009 acima transcrita, cite-se a letra do artigo 96 do CTN:

"Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes."

Assim sendo, patente a inexistência de ilegalidade nas disposições da portaria em comento.

Inclusive, na medida em que, pelo princípio da impessoalidade e isonomia, a Administração não pode estabelecer prazos diferenciados para cada contribuinte, quando bem entenda, sequer há alternativa senão a exclusão daqueles que deixam de cumprir os requisitos legais.

Não se trata de discutir boa ou má-fé, pois a boa-fé não dispensa o cumprimento de prazos, formalidades e procedimentos legais do parcelamento, que se fossem dispensados para uns, e exigidos de outros, evidenciaria prática em detrimento não apenas da legalidade, como da isonomia. Não cabe admitir que regras de parcelamento possam ser inadvertidamente violadas ou descumpridas, em desconformidade ao devido processo legal em âmbito administrativo.

Inexiste, pois, prova inequívoca da ilegalidade da conduta fiscal.

Quanto à discussão sobre a regularidade do funcionamento do sistema para emissão de guias para pagamento em atraso, cabe registrar que os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"*.

Na espécie, não há prova da alegação de que o sistema não disponibilizou guias para pagamento em atraso. Ademais, como bem ressaltou a decisão agravada, é importante considerar que *"prazo para regularização é diferente de vencimento. A parte pode ter até o dia 30/09/2019 para regularizar a parcela vencida no mês de agosto, mas o fato é que a parcela já se encontra vencida"* (ID 124215837, E 16/7).

Cabe considerar, outrossim, que o prazo de trinta dias para regularização de parcelas vencidas refere-se a outra modalidade de parcelamento (artigo 9º, § 2º, da Lei 13.496/2017), não tendo havido, pois, qualquer irregularidade na exclusão do contribuinte do acordo fiscal, que ocorreu, no caso, em 08/09/2019 após o vencimento de três parcelas inadimplidas, conforme expressamente previsto na disposição normativa aplicável (28/06/2019, 31/07/2019 e 30/08/2019 - ID 124215429).

É, pois, inquestionável que o contribuinte, embora tenha aderido ao parcelamento, não o adimpliu em termos, o que gerou a exclusão e, mesmo depois da rescisão, reputada nula, não houve qualquer pagamento até a propositura da execução fiscal, na qual, somente então, pleiteou depósito judicial, tendo sido justificado o descumprimento da obrigação em suposto impedimento técnico do sistema, cuja comprovação não consta dos autos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PARCELAMENTO. SIMPLES NACIONAL. PERT-SN. EXCLUSÃO. TRÊS PARCELAS NÃO PAGAS. LC 162/2018. RESOLUÇÃO CGSN 138/2018. PORTARIA PGFN 38/2018.

1. O parcelamento não configura direito que possa ser invocado independentemente de lei ou sem observância dos requisitos previstos em legislação específica.

2. É assente que o contribuinte não pode auferir o benefício do parcelamento sem as respectivas contrapartidas legais que garantem o caráter recíproco das concessões e renúncias. O parcelamento não é dever nem direito, mas faculdade do contribuinte, exercida por adesão voluntária, pela qual se manifesta a concordância irrestrita com a forma e as condições legais estipuladas, sem espaço para ressalva ou exclusão de cláusulas, ainda que pela via judicial, dada a natureza mesma do acordo, tal como contemplado no regime tributário vigente, em que se destina a resolver, de forma célere e exclusivamente na via administrativa e extrajudicial, pendências fiscais.

3. O artigo 1º, § 7º da LC 162/2018 conferiu poder ao CGSN para dispor sobre o que for necessário à regulamentação do parcelamento Pert-SN - Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional, e a Resolução CGSN 138/2018, por sua vez, atribuiu à SRF, PFN, Estados e Municípios dispor sobre o que for necessário à execução do parcelamento (artigo 5º), tendo a Portaria PGFN 38/2018 disposto que *"Art. 14. Implicará a automática exclusão do devedor do Pert-SN, [...] I - a falta de pagamento de 3 (três) parcelas, consecutivas ou não; [...]"*.

4. Não é descabido que, em observância aos limites de poderes regulamentares, a PFN comine medida ao descumprimento de obrigações necessárias ao benefício fiscal, tanto mais quando se constata que foi imposta ao agravante a exclusão do parcelamento pelo fato de que este deixou de quitar as próprias parcelas do benefício. É impensável cogitar de parcelamento, que gera suspensão da exigibilidade fiscal, em que não possa o contribuinte ser excluído do acordo fiscal em razão de inadimplência, tratando-se de regulamentação indissociável à própria regularidade do procedimento.

5. Quanto à discussão sobre a regularidade do funcionamento do sistema para emissão de guias para pagamento em atraso, cabe registrar que os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"*. Neste sentido, não há prova da alegação de que o sistema não disponibilizou guias para pagamento em atraso. Ademais, como bem ressaltou a decisão agravada, é importante considerar que *"prazo para regularização é diferente de vencimento. A parte pode ter até o dia 30/09/2019 para regularizar a parcela vencida no mês de agosto, mas o fato é que a parcela já se encontra vencida"*. É, pois, inquestionável que o contribuinte, embora tenha aderido ao parcelamento, não o adimpliu em termos, o que gerou a exclusão e, mesmo depois da rescisão, reputada nula, não houve qualquer pagamento até a propositura da execução fiscal, na qual, somente então, pleiteou depósito judicial, tendo sido justificado o descumprimento da obrigação em suposto impedimento técnico do sistema, cuja comprovação não consta dos autos.

6. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030851-48.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030851-48.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em embargos à execução fiscal, concedeu efeito suspensivo parcial, ante a falta de garantia integral do débito.

Alegou que: (1) ofertou apólice de seguro garantia abrangendo os créditos executados, salvo os do PA25452/2015 (CDA 112), 52613.003004/2017-91 (CDA 109), 1796/2017 (CDA 91) e 3033/2017 (CDA 104), em discussão em ações anulatórias igualmente garantidas por seguro-garantia, conforme comprovado nos autos da execução fiscal; (2) requereu sobrestamento da execução fiscal das CDAs 112, 109, 91 e 104 até decisão final nas ações anulatórias para evitar decisões conflitantes, o que foi indeferido, determinando-se a transferência para a execução fiscal das garantias para viabilizar a discussão em embargos à execução, contra o que interpôs o agravo de instrumento 5027761-32.2019.4.03.0000, pendente de julgamento; (3) embargou a execução fiscal, com suspensão da execução fiscal apenas quanto aos débitos reputados garantidos, tendo prosseguimento a cobrança quanto às CDAs 112, 109, 91 e 104; (4) obteve nas anulatórias tutela de urgência para impedir protesto e inscrição no CADIN; e (5) o prosseguimento da execução fiscal depende da decisão nas anulatórias, havendo prejudicialidade entre as ações.

Houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030851-48.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIAMONTEIRO - SPI38436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o agravo de instrumento impugnou o deferimento parcial da concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, sobrevindo sentença, conforme andamento processual (<https://pje1g.trf3.jus.br>).

A sobrevinda de sentença prejudica o conhecimento de recurso interposto à decisão liminar, independente do sentido em que tenha sido proferida, tendo em vista que a decisão que encerra a prestação jurisdicional em primeiro grau tem conteúdo cognitivo mais amplo que a medida antecipatória, substituindo-a na íntegra, conforme revela o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no AREsp 311.214, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 24/02/2016: "TRIBUNÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERVENIENTE PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO. 1. A Corte Especial, em decisão recente, ao julgar o EAREsp 488.188/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, publicada no DJe de 19/11/2015, passou a adotar o entendimento de que a prolação de sentença de mérito tem como consequência lógico-jurídica a perda de objeto do recurso especial interposto contra decisão em antecipação de tutela, tenha sido ela deferida ou indeferida. 2. No caso dos autos, houve prolação de sentença de mérito em mandado de segurança, o que, por si só, torna prejudicado o recurso especial interposto contra decisão que deferiu a liminar no mandamus. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."

Assim, nítida a superveniente perda de interesse em processar e julgar o agravo de instrumento, tendo em vista não mais subsistir a utilidade do recurso para a reforma da decisão de indeferimento da atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, substituída pela sentença posterior.

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. DEFERIMENTO PARCIAL. PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO.

1. Proferida sentença, perde objeto o agravo de instrumento contra o indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.

2. Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002401-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002401-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu a suspensão da execução ante a falta de garantia integral do débito.

Alegou que: (1) o Juízo decidiu que a CDA 2 não estava garantida, pois a apólice na ação anulatória 5016057-55.2019.403.6100 apenas serviria para garantir os respectivos autos; (2) porém, a garantia é válida para ambas as ações, não se justificando dupla garantia para a mesma CDA; e (3) apresentou cópia da garantia nos autos da execução fiscal, requerendo o sobrestamento do feito, nos termos do artigo 313, V, "a", CPC, até decisão final da ação anulatória, em razão da prejudicialidade e para evitar decisões conflitantes.

Houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002401-61.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, foi precedentemente ajuizada a ação anulatória 5016057-55.2019.403.6100, em que ofertado seguro garantia, com deferimento de tutela de urgência apenas para sustação de protestos e exclusão da executada do CADIN.

Não houve, porém, suspensão da exigibilidade, o que não obstou a propositura da ação de execução fiscal, na qual pleiteou a agravante a suspensão do processo até o julgamento de tal demanda anulatória, alegando que foram os débitos garantidos pela apólice de seguro, ao que decidiu o Juízo agravado que apenas tal ação estava assegurada, e não a própria execução fiscal.

Embora, na ocasião, não tenha sido suspensa a exigibilidade da multa metrológica, do que resultou a propositura da execução fiscal, evidencia-se que os débitos são idênticos ou, ao menos, o objeto da execução fiscal é tratado na ação anulatória, que abrange, como visto, outros débitos além dos executados no feito originário.

Logo, a exigência de garantia na execução fiscal replicaria a garantia já existente na respectiva ação anulatória. A improcedência da anulatória com a consequente procedência da execução fiscal não permitiria, de qualquer sorte, caso houvesse garantia em ambas as ações, a liquidação ou conversão em renda da União do valor assegurado por mais de uma apólice, frente ao mesmo débito, fato que por si revela a inviabilidade de manter a exigência de nova garantia, se suficiente a ofertada na anulatória.

Considerando, porém, que a apólice é específica para a anulatória, é preciso apenas observar que, em tais feitos, após ofertado o seguro, o contribuinte apenas pode levantar a garantia com o trânsito em julgado de sentença de procedência e, neste caso, a execução fiscal não poderia subsistir se anulados os autos de infração ou os procedimentos levados a efeito pela fiscalização. Se extinta a anulatória sem julgamento do mérito ou com mérito a favor da Fazenda Nacional, o seguro deve ser liquidado para posterior conversão em renda da União para, somente então, ser extinta a execução fiscal se suficiente o valor da garantia com os encargos que lhe são próprios.

Percebe-se que, no caso, a ação anulatória foi ajuizada no Juízo Cível em razão de não haver, até então, execução fiscal promovida. Ademais, a anulatória tramita na Capital, ao passo que a execução fiscal foi distribuída na 2ª Vara Federal de Marília. A precedência da ação anulatória no Juízo Cível, sem atribuição de efeito suspensivo do crédito, não impediu a cobrança judicial no domicílio do executado. A tramitação em separado dos feitos não impede que se veja prejudicialidade entre as demandas, pois o pressuposto da execução fiscal é a validade dos autos de infração, sendo esta questão objeto da ação anulatória.

O fato de não ser possível reunir os feitos não impede que se constate que existe entre anulatória precedente e execução fiscal subsequente uma relação processual equivalente à da execução fiscal frente aos embargos do devedor, ainda que nesta última ação outros aspectos de impugnação possam existir atinentes ao próprio feito executivo em si. A dificuldade de tramitar em Juízos distintos a anulatória e a execução fiscal não autoriza que se exija nova garantia, desde que se observe na destinação da apólice de seguro na anulatória a existência de execução fiscal, aspecto de controle e acompanhamento que as partes devem exercer, sobretudo, a exequente.

Neste sentido, o que se reconhece na jurisprudência é que cabe ao Juízo da execução fiscal verificar se a garantia prestada no Juízo Cível é suficiente e adequada para garantir o feito executivo e, caso não o seja, indeferir a suspensão do processo, nos termos da jurisprudência da Corte Superior:

CC 105.358, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 22/10/2010: "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE. CONEXÃO. NORMA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. EXISTÊNCIA DE VARA ESPECIALIZADA PARA JULGAR EXECUÇÕES FISCAIS. REUNIÃO DOS PROCESSOS. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. NECESSIDADE. 1. Esta Seção, ao julgar o CC 106.041/SP (Rel. Min. Castro Meira, DJe de 9.11.2009), enfrentou situação semelhante à dos presentes autos, ocasião em que decidiu pela impossibilidade de serem reunidas execução fiscal e ação anulatória de débito precedentemente ajuizada, quando o juízo em que tramita esta última não é Vara Especializada em execução fiscal, nos termos consignados nas normas de organização judiciária. No referido julgamento, ficou consignado que, em tese, é possível a conexão entre a ação anulatória e a execução fiscal, em virtude da relação de prejudicialidade existente entre tais demandas, recomendando-se o simultâneo processus. Entretanto, nem sempre o reconhecimento da conexão resultará na reunião dos feitos. A modificação da competência pela conexão apenas será possível nos casos em que a competência for relativa e desde que observados os requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 292 do CPC. A existência de vara especializada em razão da matéria contempla hipótese de competência absoluta, sendo, portanto, improrrogável, nos termos do art. 91 c/c 102 do CPC. Dessarte, seja porque a conexão não possibilita a modificação da competência absoluta, seja porque é vedada a cumulação em juízo incompetente para apreciar uma das demandas, não é possível a reunião dos feitos no caso em análise, devendo ambas as ações tramitarem separadamente. Embora não seja permitida a reunião dos processos, havendo prejudicialidade entre a execução fiscal e a ação anulatória, cumpre ao juízo em que tramita o processo executivo decidir pela suspensão da execução, caso verifique que o débito está devidamente garantido, nos termos do art. 9º da Lei 6.830/80. 2. Pelas mesmas razões de decidir, o presente conflito deve ser conhecido e declarada a competência do Juízo suscitado para processar e julgar a ação anulatória de débito fiscal."

Em precedente, a Turma reconheceu que, inexistindo garantia suficiente na anulatória, a execução fiscal respectiva não pode ser suspensa, revelando que não se exige dupla segurança, mas apenas que seja suficiente a ofertada na primeira ação para assegurar a eficácia da segunda:

AI 5025305-12.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, Intimação via sistema 23/04/2020: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. AJUIZAMENTO DE DEMANDA ANULATÓRIA QUE POR SI SÓ NÃO GERA SUSPENSÃO DO FEITO EXECUTIVO. AUSÊNCIA DE GARANTIA DA EXECUÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Pacífica a jurisprudência no sentido de ser inviável a suspensão do executivo fiscal apenas por força do ajuizamento de ação anulatória, sem que estejam presentes os pressupostos para o deferimento de tutela antecipada ou esteja garantido o juízo ou, ainda, ausente o depósito do montante integral do débito como preconizado pelo art. 151 do CTN. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Regional. 2. Consta que a agravante não garantiu integralmente o crédito tributário em cobrança na execução fiscal. Assim sendo, não se opera a suspensão da exigibilidade do crédito, que permitirá, dessa forma, a suspensão do trâmite da demanda fiscal. 3. Recurso desprovido."

É, portanto, devida não a oferta de nova garantia na execução fiscal, mas apenas aferir se a prestada na anulatória é suficiente para assegurar a execução fiscal pelo respectivo valor, de acordo com a legislação, e na conformidade do precedente acima citado.

No caso, consta dos autos que na execução fiscal o débito consolidado é da ordem de R\$ 106.433,40 (ID 123623909, f. 08), enquanto a apólice juntada, referindo-se a outros débitos, tem valor global de R\$ 91.799,98 (ID 123623910, f. 139). Embora se tenha dado como suficiente para obstar inscrição no CADIN e garantir emissão de certidão fiscal de regularidade, para fins de execução fiscal o valor da garantia deve corresponder ao débito integral acrescido de trinta por cento, nos termos do artigo 835, § 2º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA. JUÍZOS DISTINTOS. SEGURO GARANTIA. SUSPENSÃO. PREJUDICIALIDADE.

1. Embora proposta precedentemente anulatória de débitos, com oferecimento de seguro garantia, não tendo sido suspensa a exigibilidade de multas metrológicas aplicadas, houve propositura de execução fiscal em Juízo distinto, no qual se requereu suspensão do processo, em face da garantia na ação anulatória e a relação de prejudicialidade entre as demandas.
2. A relação de prejudicialidade processual existente entre anulatória precedente e execução fiscal subsequente não difere, substancialmente, da que se verifica entre execução fiscal e embargos do devedor, se na ação anulatória tiver sido discutida nulidade ou ilegalidade que possa inviabilizar a constituição do crédito e a inscrição em dívida ativa.
3. No caso, não é possível verificar se o valor da apólice do seguro é suficiente para assegurar a execução fiscal, pois, embora deferida suspensão da inscrição no CADIN e emissão de certidão de regularidade fiscal, para fins de execução fiscal o valor da garantia deve corresponder ao débito integral acrescido de trinta por cento, nos termos do artigo 835, § 2º, do Código de Processo Civil.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010880-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: AFONSO FRANCA CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA KWIATKOSKI - SP129779
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo “a quo” proferiu sentença nos autos de origem (ID 33521071).

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007439-54.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SEC2 - SERVICOS E COMERCIO DA CONSTRUCAO LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: BITTENCOURT LEON DENIS DE OLIVEIRA JUNIOR - SP314073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A certidão Id 130894249 informa haver o MM. Juízo “a quo” proferido sentença nos autos de origem.

Considerando-se que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009335-35.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: PETROPOL INDUSTRIA E COMERCIO DE POLIMEROS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANTONIO DE MORAIS - SP137659-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A certidão Id 133453973 informa haver o MM. Juízo “a quo” proferido sentença nos autos de origem.

Considerando-se que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007716-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: NETZA - PROMOCOES E EVENTOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALIRIO CARVALHO DE ARAUJO JUNIOR - SP305232
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo “a quo” proferiu sentença nos autos de origem (ID 32733772).

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007938-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: EXPRESSO ITAMARATI S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO BARBOSA MATHEUS - SP146234
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A certidão Id 136115217 informa haver o MM. Juízo "a quo" proferido sentença nos autos de origem.

Considerando-se que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025964-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PALLEBRAS INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS DE MADEIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ADLER SCISCI DE CAMARGO - SP292949-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025964-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PALLEBRAS INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS DE MADEIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ADLER SCISCI DE CAMARGO - SP292949-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução fiscal, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade para que a exequente proceda à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, com a retificação, adequação e substituição das certidões de dívida ativa (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980), sobrestando-se o feito até o exame do Tema 1.008 pelo Superior Tribunal de Justiça, fixados honorários advocatícios de 10% sobre o valor excluído da execução.

Alegou-se: (1) inadequação da exceção de pré-executividade (Súmula 393/STJ), tendo em vista que exige dilação probatória com comprovação dos valores a serem excluídos da base de cálculo das exações, exigindo liquidação e conferência contábil de documentos, além de possível pericia judicial, devendo tal arguição ser objeto de embargos do devedor, nos termos do artigo 16, § 1º, da LEF; (2) não ser aplicável o RE 574.706, pois pendente de embargos de declaração na Suprema Corte, por isso, "somente após o trânsito em julgado daquela decisão com a definição da aplicação dos seus efeitos, se prospectiva ou retroativa, poderá ser aplicada uniformemente a tese fixada pelo STF"; (3) o Supremo Tribunal Federal no RE 212.209 não decidiu ser inconstitucional o valor de um determinado tributo fazer parte da base de cálculo do mesmo tributo ou de outro; (4) aplicável, na espécie, o entendimento firmado no RESP 1.144.469, pela sistemática dos recursos repetitivos; e (5) não serem cabíveis honorários advocatícios.

Houve contraminuta, pelo não conhecimento do agravo de instrumento, tendo em vista a ausência de previsão no artigo 1.015 do CPC, e, no mérito, pelo desprovimento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025964-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: PALLEBRAS INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS DE MADEIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ADLER SCISCI DE CAMARGO - SP292949-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o recurso tem cabimento previsto no parágrafo único do artigo 1.015 do CPC, pelo que infundada a preliminar suscitada.

Passa-se ao exame, da possibilidade ou não de discutir, na via estreita da exceção de pré-executividade, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS,

Primeiramente, encontra-se consolidado o entendimento no sentido da viabilidade do exame de inconstitucionalidade ou ilegalidade da execução fiscal, quando não envolvida dilação probatória, podendo ser discutidas questões de ordem pública, relacionadas aos pressupostos processuais, condições da ação, vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

ARESP 1.269.065, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 25/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. SÚMULA 7/STJ DO STJ. 1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.110.925/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, proclamou o entendimento de que é cabível a Exceção de Pré-Executividade para discutir questões de ordem pública, na Execução Fiscal, ou seja, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJE de 4/5/2009). 2. Tal entendimento, por sua vez, foi posteriormente consolidado com a edição da Súmula 393 do STJ, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". 3. O acórdão recorrido, ao entender que "o argumento de que existe diferença entre o valor do débito descrito na Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária e o valor principal descrito na certidão de dívida ativa não é matéria cognoscível pela via da exceção de pré-executividade ante à necessária análise de matéria probatória", considerou os pressupostos fáticos e probatórios que emergem do caso concreto, razão pela qual se aplica o óbice da Súmula 7/STJ para a solução do recurso. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 358.750/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 12/4/2018; AgRg no REsp 1.340.985/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 22/11/2013. 4. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial."

A discussão da inconstitucionalidade, em si, da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é, de fato, matéria de direito, que não exige dilação probatória.

Sucedo, porém, que, em se tratando de impugnar título executivo, em que o valor do ICMS teria sido incluído por lançamento do contribuinte na base de cálculo do PIS/COFINS, é inerente à resolução do conflito a determinação do excesso correspondente a tal apuração. Tal questão não é estritamente de direito, mas envolve aspecto fático-probatório, sujeito à dilação por meio de comprovação documental ou até mesmo pericial, conforme o caso, não se adequando, pois, à via estreita da exceção de pré-executividade, em face da própria liquidez e certeza do título executivo que, embora possa ser, em princípio, afetada pela discussão da tese jurídica, somente pode ser efetivamente desconstituída, em detrimento da presunção legal, se liquidada, no plano fático-probatória, a apuração do excesso de execução.

Neste sentido:

AIRESP 1.704.550, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 14/08/2018: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DE INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS NÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE DE ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA PARA FINS DE DECOTE NA CDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. Esta Corte já se manifestou acerca do cabimento de exceção de pré-executividade para discutir constitucionalidade de tributo. Contudo, não foi por contrariar essa assertiva que o acórdão recorrido não conheceu do pleito. O que ocorreu no caso dos autos foi o reconhecimento da impossibilidade de conhecimento da exceção de pré-executividade em razão da necessidade de dilação probatória a fim de corroborar o acolhimento do excesso de execução, eis que não demonstrado o recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS nas competências exigidas com a inclusão do ICMS sobre as contribuições referidas, ou seja, não foi trazido aos autos os documentos necessários a evidenciar o acréscimo desarrazado para análise de eventual nulidade do título que goza de presunção de liquidez e certeza. 2. É cediço nesta Corte que eventual reconhecimento de parcela inconstitucional de tributo incluída na CDA não invalida todo o título executivo (REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC), permanecendo parcialmente exigível a parcela não evitada de vício, não havendo sequer necessidade de emenda ou substituição da CDA. Em casos que tais, esta Corte tem autorizado o chamado "decote" na CDA, sobretudo em casos que demandam meros cálculos aritméticos. 3. Se até mesmo nos casos de embargos à execução fiscal tem sido exigida a memória de cálculos e demonstrativo do excesso de execução para fins de recebimento dos embargos (AgRg no REsp 1.453.745/MG, Primeira Turma, DJe 17/04/2015), quanto mais a exceção de pré-executividade deve ser instruída com prova pré-constituída do pagamento da parcela inconstitucional do tributo para fins de possibilitar o decote na CDA, o que não ocorreu na hipótese, conforme declinado pelo acórdão recorrido, não possível abrir prazo para juntada de tais documentos posteriormente, haja vista o descabimento de dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade consoante orientação adotada no REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973. 4. Agravo interno não provido."

AI 5031660-38.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, publicação 09/04/2020: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. DISCUSSÃO EM AUTOS DIVERSOS. EXTENSÃO. PREMATURIDADE. BACENJUD. CONVERSÃO EM RENDA. SUSPENSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cumpre esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. 2. Não sem embargo, a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça veicula que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". 3. A questão controvertida, para ser considerada eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, exige que constem nos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento imediato do pedido pelo Juízo de modo a infirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da CDA. 4. A matéria vertida nos autos refere-se à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706/PR, firmando-se a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições. 5. Contudo, a veiculação da matéria em exceção de pré-executividade não é adequada quando considerada a necessidade de que se abra necessária dilação probatória de modo a quantificar a parcela inexigível, a qual, inclusive, no mais das vezes é controvertida entre as partes. 6. Aplicada a tese firmada pelo STF no RE 574.706, a União Federal deverá proceder ao recálculo da dívida, oportunidade em que deverá ter à sua disposição a comprovação do recolhimento indevido e o montante de ICMS que compôs a base de cálculo. 7. Ou seja, serão necessários documentos aptos a demonstrar quais receitas compuseram a dívida/base de cálculo das exceções para, só então, realizar-se a devida adequação/recálculo, procedimento vedado na via estreita da exceção de pré-executividade. 8. No entanto, sustenta a agravante ter sido contemplada com o reconhecimento de imunidade tributária, conforme se extrai da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 5012136-26.2017.4.03.0000, de relatoria da Desembargadora Federal Mônica Nobre. Observo, de início, que tal decisão transitou em julgado. Ocorre que, o processo do qual se originou o referido recurso (Ação ordinária nº 0002158-46.2017.4.03.6100, em trâmite perante a 9ª Vara Federal Cível de São Paulo), encontra-se ainda em fase instrutória, com pedido de perícia para apuração de eventual delimitação temporal da imunidade, estando pendente de julgamento. 9. Nestes autos, não estão presentes elementos suficientes para a extensão imediata da coisa julgada havida no feito que tramitou perante a Des. Fed. Monica Nobre, quais sejam, a prova pré-constituída para a adequação à hipótese de ocorrência de imunidade tributária, motivo pelo qual é de ser afastado, por ora, o reconhecimento da nulidade das CDAs que instruem a execução fiscal subjacente, dotadas de presunção de liquidez e certeza. 10. De outro lado, deve ser suspensa a conversão em renda do montante tornado indisponível via Bacenjud, posto traduzir risco de lesão grave ou dano de difícil reparação enquanto pendente discussão judicial acerca da exigibilidade das contribuições sociais vertidas, em razão do reconhecimento da imunidade tributária. 11. Ressalte-se, outrossim, que deve ser mantida a conversão dos valores em penhora, determinada pela decisão a quo agravada. 12. Agravo de instrumento parcialmente provido."

No caso, cabe rejeitar a exceção de pré-executividade, tendo em vista que a matéria exige dilação probatória, ficando prejudicadas as demais alegações arguidas no recurso acerca da questão de mérito, excluindo-se, por consequência, a condenação em verba honorária.

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida em contramínuta, e dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos supracitados.

É o voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO. PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Rejeitada a preliminar suscitada, pois o recurso tem cabimento previsto no parágrafo único do artigo 1.015 do CPC.
2. Consolidado o entendimento no sentido da viabilidade do exame de inconstitucionalidade ou ilegalidade da execução fiscal, quando não envolvida dilação probatória, podendo ser discutidas questões de ordem pública, relacionadas aos pressupostos processuais, condições da ação, vícios objetivos do título executivo atinentes a certeza, liquidez e exigibilidade: Súmula 393/STJ.
3. A discussão da inconstitucionalidade, em si, da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é, de fato, matéria de direito, que não exige dilação probatória.
4. Sucedo, porém, que, em se tratando de impugnar título executivo, em que o valor do ICMS teria sido incluído por lançamento do contribuinte na base de cálculo do PIS/COFINS, é inerente à resolução do conflito a determinação do excesso correspondente a tal apuração. Tal questão não é estritamente de direito, mas envolve aspecto fático-probatório, sujeito à dilação por meio de comprovação documental ou até mesmo pericial, conforme o caso, não se adequando, pois, à via estreita da exceção de pré-executividade, em face da própria liquidez e certeza do título executivo que, embora possa ser, em princípio, afetada pela discussão da tese jurídica, somente pode ser efetivamente desconstituída, em detrimento da presunção legal, se liquidada, no plano fático-probatória, a apuração do excesso de execução.
5. Preliminar arguida em contramínuta rejeitada e agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida em contramínuta, e deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008760-27.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: TEADIT JUNTAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL HENRIQUE FIUZA DE BRAGANCA - RJ121320-A, RODRIGO FRAGOAS DA SILVA - RJ1217402

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A certidão Id 133735086 informa haver o MM. Juízo "a quo" proferido sentença nos autos de origem.

Considerando-se que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010555-68.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: GALVAO, CAMARGO E SANTOS - SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO GALVAO DE MOURA - SP155740-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A certidão Id 132356993 informa haver o MM. Juízo "a quo" proferido sentença nos autos de origem.

Considerando-se que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007889-94.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: HIDROPIG INDUSTRIA COMERCIO E PRESTACAO SERVICOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL CAMARGO DOS SANTOS LEITE - SP305884-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Informação colhida no Processo Judicial Eletrônico de 1ª instância dá conta de que o MM. Juízo "a quo" proferiu sentença nos autos de origem (ID 32221531).

Considerando que o agravo de instrumento foi interposto contra decisão relativa à liminar, julgo-o prejudicado, com fundamento no artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intímem-se.

Oportunamente, certifique-se o transcurso do prazo sem a interposição de recurso, comunicando-se à Vara de origem, e dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031616-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031616-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

R E L A T Ó R I O

Trata-se de agravo regimental à decisão monocrática que indeferiu efeito suspensivo (artigo 1.012, § 4º, CPC) à apelação de sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal, opostos pela executada para desconstituir multa administrativa imposta pelo INMETRO.

Houve contrarrazões da agravada.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031616-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente agravo encontra-se prejudicado, tendo em vista o julgamento, nesta mesma sessão, da apelação 5005739-92.2018.403.6182, a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

Neste sentido:

SusApel 0012416-19.2016.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. DENISE AVELAR, e-DJF3 11/04/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.012, § 3º, I, DO CPC. JULGAMENTO DO APELO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVO PREJUDICADO. 1. O julgamento do recurso de apelação, ao qual se pretendia a atribuição de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, I, do CPC, tem por consequência a perda de interesse no prosseguimento do incidente. 2. Pedido de efeito suspensivo e agravo interno prejudicados."

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. JULGAMENTO. PREJUDICIALIDADE.

1. O presente pedido encontra-se prejudicado diante do julgamento, nesta mesma sessão, da apelação a que se pretendia conceder efeito suspensivo.
2. Agravo regimental e pedido de efeito suspensivo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031535-70.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031535-70.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SPI38436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental à decisão monocrática que indeferiu efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 4º, do CPC, à apelação de sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal, opostos pela executada para desconstituir multa administrativa imposta pelo INMETRO.

Houve contrarrazões da agravada.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031535-70.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SPI38436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente agravo encontra-se prejudicado, tendo em vista o julgamento, nesta mesma sessão, da apelação 5006127-92.2018.4.03.6182, a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

Neste sentido:

SusApel 0012416-19.2016.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. DENISE AVELAR, e-DJF3 11/04/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.012, § 3º, I, DO CPC. JULGAMENTO DO APELO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVO PREJUDICADO. 1. O julgamento do recurso de apelação, ao qual se pretendia a atribuição de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, I, do CPC, tem por consequência a perda de interesse no prosseguimento do incidente. 2. Pedido de efeito suspensivo e agravo interno prejudicados."

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. JULGAMENTO. PREJUDICIALIDADE.

1. O presente pedido encontra-se prejudicado diante do julgamento, nesta mesma sessão, da apelação a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

2. Agravo regimental e pedido de efeito suspensivo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018908-34.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULISTA RP LOGISTICA INTEGRADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CICERO CESAR ARAUJO NANO JUNIOR - SP344937
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018908-34.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULISTA RP LOGISTICA INTEGRADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CICERO CESAR ARAUJO NANO JUNIOR - SP344937
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito, proferida em embargos à execução, que julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade do PAF 16004.000021/2011-96 e respectivos autos de inflação, por entender constitucional e legal o artigo 42 da Lei 9.430/1996.

Alegou que: (1) o feito deve ser sobrestado diante do reconhecimento de repercussão geral ao tema pelo RE 855.649; (2) é inconstitucional o artigo 42 da Lei 9.430/1996, ao veicular novo fato gerador e/ou dimensionar nova base de cálculo para o imposto de renda, representado pelos depósitos bancários, o que exigiria a edição de lei complementar, conforme previsto no artigo 153, III, da Constituição Federal; (3) o lançamento viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade por inferir, por meio de depósitos bancários, que empresa à beira da falência teria auferido renda ou lucro de centenas de milhões de reais; (4) não houve omissão de rendimentos, pois o artigo 42 da Lei 9.430/1996 não autoriza sejam glosados como renda ou lucro qualquer depósito apurado em conta corrente, nem impõe ao fiscalizado a individualização dos lançamentos apurados, de forma que a omissão de receita exigiria minuciosa análise da escrituração do fiscalizado, o que não teria ocorrido; (5) os livros contábeis comprovam que os valores dos depósitos foram contabilizados, e indicam também que vários créditos possuem outra natureza, não devendo ser considerados como depósitos; e (6) o auto de inflação possui erros na contabilização dos depósitos e da receita líquida, a justificar anulação.

Houve contrarrazões.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018908-34.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: PAULISTA RP LOGISTICA INTEGRADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CICERO CESAR ARAUJO NANO JUNIOR - SP344937
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão agravada julgou em parte o mérito do processo apenas para afastar a inconstitucionalidade e ilegalidade do artigo 42 da Lei 9.430/1996, sendo tão somente esta a matéria a ser analisada por esta Corte.

Cabe ressaltar que a mesma decisão determinou, ainda, realização de perícia contábil para apuração do quanto alegado pela agravante a respeito da inexistência de omissão de receita e de erro na autuação pelo auditor fiscal. Tais alegações, portanto, não merecem consideração desta instância no presente recurso, dado que relegada, na origem, a apreciação do respectivo mérito à apuração contábil pertinente, conforme prova cuja produção foi deferida.

Superada esta questão, cabe analisar a preliminar de necessidade de suspensão do feito de origem em razão de repercussão geral reconhecida pela Corte Suprema.

O pedido não comporta acolhimento, pois o RE 855.649, mencionado pela agravante, teve repercussão geral reconhecida em 28/08/2015, antes da vigência do novo Código de Processo Civil e, assim, de seu artigo 1.035, § 5º, que, portanto, não lhe aproveita.

Em segundo lugar, porque, em verdade, o dispositivo sequer possui o alcance alegado pela agravante. Com efeito, a norma em questão não gera automaticamente o efeito preconizado, mas atribui ao relator a ordenação respectiva, se admitida a repercussão geral, o que, por ora, não ocorreu em qualquer dos temas suscitados.

Esta Corte já decidiu o ponto sob ambos os fundamentos acima:

AI 5015642-39.2019.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. LEILA PAIVA, Intimação via sistema 05/02/2020: "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - SUSPENSÃO PROCESSO EM DECORRÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL: DESCABIMENTO. CONTRIBUIÇÃO AO SENAR POR EMPRESA AGROINDUSTRIAL: REGULARIDADE. 1- A União concordou com a suspensão temporária de atos constritivos. Quanto a este ponto, a agravante não tem interesse recursal. 2- A suspensão do andamento dos processos em decorrência do reconhecimento de repercussão geral não é automática: depende de expressa determinação do Relator, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do Código de Processo Civil. 3- Não houve determinação de sobrestamento, pelo Relator, no Supremo Tribunal Federal. O processamento é regular. 4- A contribuição ao SENAR é devida pelas empresas agroindustriais. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 5- A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável. Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça. 6- Com relação regularidade da exigência da contribuição ao SENAR, a questão é jurídica. É viável a análise do tema em exceção. 7- A contribuição ao SENAR é devida pelas empresas agroindustriais. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 8- Agravo de instrumento conhecido em parte e improvido.

Afastada a suspensão do feito de origem, não há argumentação relevante capaz de afastar a presunção de constitucionalidade da lei em referência. Perceba-se que o fato de ter sido reconhecida a repercussão geral não antecipa qualquer juízo de mérito contrário a tal presunção, mas apenas evidencia que o tema extrapola os limites do interesse subjetivo das partes para efeito de controle de constitucionalidade.

O artigo 42 da Lei 9.430/1996 assim dispõe, no que releva:

"Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações."

Ao contrário do alegado, não se evidencia instituição pela norma de novo fato gerador ou base de cálculo do imposto de renda, em contrariedade ao artigo 153, III, CF, a ensejar edição de lei complementar (artigo 146, III, CF), pois preservada a materialidade dos artigos 43 e seguintes do CTN.

Não se autorizou, de fato, a tributação de valores que não constituam fato gerador do IRPJ, pois somente os depósitos bancários de origem não comprovada são considerados omissão de receita. Aqueles que tiveram origem e natureza jurídica demonstrada, de modo a não se inserem na materialidade e hipótese de incidência do imposto de renda não são tributáveis a tal título.

O lançamento sem demonstração da origem dos depósitos bancários condiz com o que prevê a legislação, não resultando desproporcionalidade e razoabilidade do ato fiscal que, nos termos da lei, apura o crédito tributário omitido, facultando ao contribuinte demonstrar que os depósitos bancários não configuram omissão de receita para efeito de imposto de renda.

De fato, revela-se respaldado pela jurisprudência o lançamento tributário a partir de presunção de omissão de receitas, na forma do artigo 42 da Lei 9.430/1996, lembrando ser objeto do presente recurso apenas o exame da constitucionalidade e legalidade de tal preceito.

A exemplo (grifos nossos):

ApCiv 5000207-41.2019.4.03.6138, Rel. Des. Fed. MARLI FERREIRA, Intimação via sistema 26/05/2020: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. IRPF. OMISSÃO DE RECEITA. LEI Nº 9.430, ARTIGO 42. LEGITIMIDADE PASSIVA. DEPÓSITOS NÃO JUSTIFICADOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. A constatação da omissão de receita decorre de uma presunção legal no sentido de que eventuais valores creditados em conta de depósito mantidos junto à instituição financeira são considerados pertencentes ao seu titular. No entanto, nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 9.430/96, tal presunção não é absoluta e pode ser afastada por documentação hábil e idônea apresentada pelo contribuinte. 2. No caso concreto, em que pese o recorrente tenha alegado que figurou como espécie de "interposta pessoa", sob a alegação de que todos os dados bancários utilizados pela autoridade fiscal referem à conta corrente de terceiro, defendendo a nulidade do lançamento por erro do sujeito passivo, não se desincumbiu de provar que a origem dos recursos creditados na sua conta sejam provenientes de movimentação desse último. 3. A par do apelante, no bojo do processo administrativo, ter amplo conhecimento do procedimento fiscal, no qual lhe fora concedida a oportunidade de apresentar, na fase de instrução do processo, os documentos no sentido de demonstrar a inexistência de infrações à legislação tributária, não o fizera, assim como em âmbito judicial. 4. Milita em favor do fisco a presunção juris tantum de que houve omissão de receita, cabendo ao apelante a prova inequívoca em contrário. 5. A jurisprudência do STJ reconhece a legalidade do lançamento do imposto de renda com base no art. 42 da Lei 9.430/1996, tendo assentado que cabe ao contribuinte o ônus de comprovar a origem dos recursos a fim de ilidir a presunção de que se trata de renda omitida. 6. Apelação não provida."

AI 5006293-46.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 08/01/2019: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. ORIGEM DOS RECURSOS. ART. 42, DA LEI Nº 9.430/96. PRESUNÇÃO RELATIVA DE OMISSÃO DE RENDIMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Dos documentos juntados no âmbito do processo administrativo, depreende-se que o auto de infração foi lavrado pela autoridade administrativa, vez que o autor, ora agravante, em que pese a realização de depósitos bancários em contas correntes de sua titularidade, omitiu rendimentos tributáveis na declaração de imposto de renda do ano-calendário de 2007. 2. Tendo em vista que o contribuinte, devidamente intimado, não comprovou, com documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados em conta corrente, ficou configurada a omissão de receita e a autoridade administrativa procedeu ao arbitramento do tributo, nos termos do artigo 42, da Lei nº 9.430/96. 3. Referida norma estabelece uma presunção legal de omissão de rendimentos que autoriza o lançamento do imposto correspondente, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento. É a própria lei definindo que os depósitos bancários de origem não comprovada caracterizam omissão de receita ou de rendimentos. A presunção em favor do Fisco transfere ao contribuinte o ônus de elidir a imputação, mediante a comprovação, no caso, da origem dos recursos. Trata-se de presunção relativa (jures tantum), reputando-se verdadeiro o fato presunido até que a parte interessada prove o contrário, chamada "inversão do ônus da prova". 4. A jurisprudência pátria consolidou entendimento acerca da legalidade do lançamento do imposto de renda com base na presunção relativa prevista no artigo 42, da Lei nº 9.430/96, cabendo ao contribuinte o ônus da prova da origem dos recursos depositados em conta bancária. 5. No caso presente, o autor, ora agravante, não logrou demonstrar de plano que os valores movimentados nas contas bancárias pertencem a terceiros. Ademais, o depósito de valores na conta bancária do sócio pessoa física supostamente pertencentes à pessoa jurídica da qual é sócio administrador configura indevida confusão patrimonial. 6. Importante mencionar que, conforme Termo de Verificação Fiscal, o auditor fiscal, em diligência, constatou que a pessoa jurídica "Duaril Participações e Empreendimentos Ltda" registrou como domicílio fiscal a sede de um escritório de contabilidade e que, nos Livros Diário e Razão, não constam lançamentos de operações mercantis nem de prestação de serviços, concluindo-se que a empresa não possui instalações próprias e nunca exerceu atividades. Há, ainda, notícia de suposto empréstimo da pessoa jurídica para o sócio no valor de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) logo após a sua constituição (período inferior a 1 mês). No entanto, foi constatado pelo auditor fiscal que houve uma alteração no Balanço Patrimonial (lançamentos em folhas soltas que não constam nos livros contábeis entregues pelo contribuinte) como tentativa de demonstrar a origem do empréstimo por parte da pessoa jurídica. 7. Assim, verifica-se que o contribuinte, não obstante tivesse ampla oportunidade de fazê-lo, não logrou comprovar, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos valores creditados. 8. Frise-se que a prova da origem dos valores não se restringe à identificação do depositante, mas à ausência de receita ou de rendimentos tributáveis. 9. Ausente violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, vez que o contribuinte foi devidamente intimado a apresentar a documentação comprobatória no âmbito administrativo. 10. Não há, portanto, plausibilidade do direito. Desta forma, deve ser mantida a decisão agravada que indeferiu a liminar, vez que os fatos serão melhor analisados após a produção de provas. 11. Agravo desprovido."

Ausente, como demonstrado, a relevância jurídica das alegações recursais, não subsiste razão à reforma da decisão agravada.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPJ. OMISSÃO DE RECEITAS. ARTIGOS 42 DA LEI 9.430/1996. DEPÓSITOS SEM ORIGEM COMPROVADA. REPERCUSSÃO GERAL SEM SOBRESTAMENTO. FATO GERADOR PRESERVADO. VALIDADE.

1. A repercussão geral do tema constitucional não presume inconstitucionalidade nem suspende o curso dos feitos nas instâncias ordinárias sem decisão específica da Suprema Corte.
2. O artigo 42 da Lei 9.430/1996 não institui novo fato gerador, em inovação artigo 153, III, CF, e artigos 43 e seguintes do Código Tributário Nacional para efeito de ser reputada inconstitucional, em cognição sumária da controvérsia.
3. A norma não autorizou tributação de valores que não constituam fato gerador do IRPJ, pois apenas depósitos bancários sem comprovação de origem são presumidos como omissão de receita. Os que tiveram origem e natureza jurídica demonstrada, de modo a não se inserirem na materialidade e hipótese de incidência do imposto de renda não são tributáveis a tal título.
4. O lançamento sem demonstração da origem de depósitos bancários condiz com o que prevê a legislação, não resultando despesa de razoabilidade e proporcionalidade o ato fiscal que, nos termos da lei, apura o crédito tributário omitido, facultando ao contribuinte demonstrar que os depósitos bancários não configuram omissão de receita para efeito de imposto de renda.
5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017154-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: IMAGEM IMOVEIS E ADMINISTRACAO GENTIL MOREIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO DA SILVA GUIMARAES - SP264912-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017154-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: IMAGEM IMOVEIS E ADMINISTRACAO GENTIL MOREIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO DA SILVA GUIMARAES - SP264912-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão, em embargos à execução fiscal, que determinou nova intimação da agravada para manifestar-se sobre fatos relevantes alegados para efeito de ilegitimidade passiva da agravante.

Alegou que a agravada, em impugnação, abordou o tópico da ilegitimidade passiva da agravante, mas tratou apenas superficialmente da matéria e deixou de considerar pontos relevantes tratados na inicial sem expor argumentações específicas e fazer prova contrária aos fatos. Houve, então, preclusão, devendo ser decretada a revelia da Fazenda Pública e considerada a confissão ficta sobre os fatos alegados, a fim de acolher a ilegitimidade passiva. Argumentou que não se trata de direitos indisponíveis, pois não se discute a cobrança ou constituição do crédito tributário, mas a ilegitimidade de parte.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017154-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: IMAGEM IMOVEIS E ADMINISTRACAO GENTIL MOREIRA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO DA SILVA GUIMARAES - SP264912-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente recurso não merece ser conhecido, pois o artigo 1.015 do Código de Processo Civil/2015 elenca as hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

Ainda que se aluda à flexibilização relativa do cabimento recursal, a jurisprudência tem exigido que se demonstre dano irreparável na postergação do exame em etapa posterior do processamento recursal, o que não se verifica, em absoluto, no caso dos autos.

Ademais, a rigor, a agravante impugnou mero despacho de intimação para manifestar-se a agravada sobre a questão da ilegitimidade passiva da agravante. A mera intimação para a parte falar nos autos sequer configura ato gravoso à parte, passível de recurso. Contra a decisão, que se proferir após tal manifestação, acolhendo ou não o requerido, é que pode eventualmente caber recurso por iniciativa de quem tiver sua pretensão contrariada.

Desde logo, contudo, apenas em face da intimação para manifestar-se nos autos, não cabe cogitar sequer do cabimento do recurso que, se admitido fosse, caso vencido, não lograria êxito, pois inexistente preclusão sobre questão de ordem pública para justificar decretação de revelia e confissão sobre matéria fática, impertinentes, de toda a sorte, em face da Fazenda Pública, particularmente em face da presunção de liquidez e certeza do título executivo, cuja desconstituição cabe à executada ou embargante, sendo indisponível, pois, o direito deduzido pela exequente.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 1.015, CPC. TAXATIVIDADE. NOVA INTIMAÇÃO PARA MANIFESTAR-SE SOBRE ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O artigo 1.015 do Código de Processo Civil prevê as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. Ainda que se aluda à flexibilização relativa do cabimento recursal, a jurisprudência tem exigido que se demonstre dano irreparável na postergação do exame em etapa posterior do processamento recursal, o que não se verifica, em absoluto, no caso dos autos.
2. Ademais, a rigor, a agravante impugnou mero despacho de intimação para manifestar-se a agravada sobre a questão da ilegitimidade passiva da agravante. A mera intimação para a parte falar nos autos sequer configura ato gravoso à parte, passível de recurso. Contra a decisão, que se proferir após tal manifestação, acolhendo ou não o requerido, é que pode eventualmente caber recurso por iniciativa de quem tiver sua pretensão contrariada.
3. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031478-52.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031478-52.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental à decisão monocrática que indeferiu efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 4º, do CPC, à apelação de sentença de improcedência dos embargos à execução fiscal, opostos pela executada para desconstituir multa administrativa imposta pelo INMETRO.

Houve contrarrazões da agravada.

É o relatório.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5031478-52.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

RECORRENTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) RECORRENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SPI38436-A

RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o presente agravo encontra-se prejudicado, tendo em vista o julgamento, nesta mesma sessão, da apelação 5013076-69.2017.4.03.6182, a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

Neste sentido:

SusApel 0012416-19.2016.4.03.0000, Rel. Juíza Conv. DENISE AVELAR, e-DJF3 11/04/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. ARTIGO 1.012, § 3º, I, DO CPC. JULGAMENTO DO APELO. PERDA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL. AGRAVO PREJUDICADO. 1. O julgamento do recurso de apelação, ao qual se pretendia a atribuição de efeito suspensivo, nos termos do artigo 1.012, § 3º, I, do CPC, tem por consequência a perda de interesse no prosseguimento do incidente. 2. Pedido de efeito suspensivo e agravo interno prejudicados."

Ante o exposto, julgo prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. JULGAMENTO. PREJUDICIALIDADE.

1. O presente pedido encontra-se prejudicado diante do julgamento, nesta mesma sessão, da apelação a que se pretendia conceder efeito suspensivo.

2. Agravo regimental e pedido de efeito suspensivo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, bem como o pedido de efeito suspensivo à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021124-65.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MANIKRAFT GUAIANAZES INDUSTRIA DE CELULOSE E PAPEL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO DE MORAES CASEIRO - SP273951-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021124-65.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MANIKRAFT GUAIANAZES INDUSTRIA DE CELULOSE E PAPEL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO DE MORAES CASEIRO - SP273951-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, determinou a abertura de vista à exequente para requerer o que de direito quanto ao prosseguimento do feito, diante da transferência notificada nos autos.

Alegou-se que: **(1)** apesar de notificada a adesão ao parcelamento denominado PERT, foi posteriormente solicitada a penhora em créditos no feito 0086538-76.1992.4.03.610; **(2)** a adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) foi realizada em 27/10/2017, incluindo tantos débitos administrativos como judiciais federais; **(3)** os débitos da CDA tiveram exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, VI, do CTN; **(4)** não cabe nova penhora quando o débito se encontra parcelado; e **(5)** aderiu a parcelamentos sucessivos, pagando parcelas que deveriam ter sido deduzidas do montante total, sendo necessário o recálculo dos débitos exigidos na ação executiva.

Os autos vieram redistribuídos à 2ª Seção.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021124-65.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MANIKRAFT GUAIANAZES INDUSTRIA DE CELULOSE E PAPEL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: LEONARDO DE MORAES CASEIRO - SP273951-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, cinge-se a controvérsia a discutir a possibilidade de manutenção da penhora efetivada e de prosseguimento da execução fiscal em razão da adesão a sucessivos parcelamentos.

Na espécie, consta que após ajuizado o feito em novembro/2013, a PFN requereu em 21/07/2004 a suspensão do processo em razão da executada ter aderido ao parcelamento instituído pela Lei 10.684/2003 (ID 89839649; ID 89839650, f. 1).

Em seguida, após manifestação da PFN, foi indeferido o pedido de prosseguimento do feito em novembro/2005, sob o fundamento de que os documentos acostados demonstravam que a executada ainda se encontrava incluída no parcelamento especial (PAES) (ID 89839652, f. 1, 9).

Depois a executada informou adesão ao REFIS III (MP 303/2006), em petição datada de 17/11/2006, opondo exceção de pré-executividade, que foi indeferida, sobrevindo novo informe de adesão ao parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009, em 13/10/2009.

Sobre a adesão ao parcelamento da Lei 11.941/2009, consta ainda a informação da PFN, em 15/03/2011, de que, publicada a Portaria Conjunta PGFN/RFB 3/2010, a executada pleitou a inclusão da totalidade dos débitos administrados pela PGFN, abrangendo os cobrados na EF 0066988-57.2003.403.6182 (ID 89839652, f. 11/53).

Em 21/03/2017, aferida a existência de valores a serem levantados na ação ordinária 0086538-76.1992.403.6100, junto à 6ª Vara Federal de São Paulo, a exequente requereu a penhora no rosto dos autos para garantir a execução fiscal, tendo sido lavrado o termo de penhora em 16/05/2018 (ID 89839652, f. 54; ID 89839655, f. 1).

Postulada a transferência dos valores penhorados em 06/11/2018, o Juízo da 6ª Vara Federal de São Paulo, observando o depósito do valor de R\$ 4.955.505,41, referente ao precatório 20170055741, cancelado e estornado em favor da União, determinou o depósito do valor de R\$ 677.718,99 em conta à disposição do Juízo da 12ª Vara Federal de Execução Fiscal, vinculando-a ao feito 0066988-57.2003.403.6182 em 26/06/2019 (ID 89839655, f. 2 e 12; ID 89839654, f. 9/10).

A seguir, em 04/07/2019, diante da transferência notificada, a decisão agravada deu vista à exequente (ID 89839658).

Como se observa, além de não haver qualquer juízo de mérito na decisão agravada, o deferimento da penhora no rosto dos autos 0086538-76.1992.403.6100 e a lavratura do termo de penhora ocorreram quase um ano antes da interposição do presente agravo de instrumento, em 19/08/2019 e, portanto, foram atingidos pela preclusão, em razão da ausência de recurso no momento oportuno.

Ademais, a reforçar a ocorrência da preclusão temporal, verifica-se em consulta ao sítio da Justiça Federal que na execução fiscal 0066988-57.2003.403.6182 foi proferida a seguinte decisão:

"(...) 1. Uma vez que os documentos juntados à fls. 165 e 172 revelam que o parcelamento fora rescindido, defiro o pedido formulado. Comunique-se, via correio eletrônico, à 6ª Vara Federal Cível desta Subseção Judiciária a penhora no rosto dos autos do processo n.0086538-76.1992.403.6100, relativamente aos valores ali depositados, solicitando sua anotação nos respectivos autos, e, se disponível para levantamento, sua transferência, nos moldes de depósito judicial, para a agência 2527-5 da Caixa Econômica Federal localizada neste Fórum de Execuções Fiscais até o montante do débito.

2. Após a confirmação do recebimento e da providência pela referida Vara, no caso do item 1, lavre-se termo de penhora em Secretaria.

3. No caso de transferência, dê-se vista ao exequente para requerer o que de direito quanto ao prosseguimento do feito, inclusive para intimação do executado quanto ao depósito realizado, no prazo de 30 (trinta) dias.

Ato Ordinatório (Registro Terminal) em : 10/10/2018"

Em relação à suspensão do feito por adesão ao PERT, em 27/10/2017, cabe ressaltar que a Lei 13.496/2007 distingue os débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (artigo 2º), daqueles inscritos em dívida ativa e administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (artigo 3º).

Ademais, a Portaria PGFN 690/2017, que regulamenta o PERT instituído pela Lei 13.496/2017, para os débitos administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dispõe o seguinte acerca do procedimento de adesão:

"Art. 4º A adesão ao Pert ocorrerá mediante requerimento a ser realizado exclusivamente por meio do sítio da PGFN na Internet, no endereço <http://www.pgfn.gov.br>, no Portal e-CAC PGFN, opção "Programa Especial de Regularização Tributária", disponível no menu "Benefício Fiscal", no período de 1º de agosto a 14 de novembro de 2017."

Ressalte-se ainda a informação prestada pela PFN de que nos sistemas informatizados "os créditos tributários estão exigíveis, sem notícia de adesão ao PERT", aduzindo que a agravante "é GRANDE DEVEDORA da União, possuindo débitos exigíveis, desconsiderando os de responsabilidade da Receita Federal do Brasil, assim como os previdenciários, na ordem de R\$ 157.836.805,10 (cento e cinquenta e sete milhões, oitocentos e trinta e seis mil, oitocentos e cinco reais e dez centavos)" (ID 106459645 e ID 106459646).

Assim, considerando que os recibos de adesão nas modalidades "demais débitos" e "débitos previdenciários" apresentados pela agravante foram emitidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e sequer trazem discriminação detalhada dos débitos incluídos, não se verifica a hipótese de suspensão da exigibilidade dos créditos inscritos em dívida ativa a obstar o regular prosseguimento da execução fiscal (ID 89839663; ID 89839664).

Na mesma linha de raciocínio, o seguinte precedente da Turma:

AI 5011809-13.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e-DJF3 27/11/2019: "TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. REQUISITOS LEGAIS. NÃO OBSERVÂNCIA. EQUÍVOCO DO PRÓPRIO INTERESSADO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO. AUSÊNCIA. 1. O parcelamento é uma opção conferida por lei ao contribuinte (estabelecidas as suas condições na lei), o qual tem a faculdade de a ele aderir ou não, sendo certo que, optando pela adesão, deve sujeitar-se às regras que o regem. Precedentes. 2. A fase de consolidação dos débitos, nos termos estipulados pela respectiva legislação de regência, constitui etapa obrigatória do programa de parcelamento, cuja inobservância tem o condão de ocasionar a exclusão do contribuinte, sem que daí advinha, necessariamente, qualquer ilegalidade por parte da Administração Fiscal. Precedentes. 3. Consoante reconhece a própria agravante, a presente irregularidade se deu em razão de a empresa por ela contratada para a realização de todos os procedimentos visando à regularização de seus débitos no PERT não ter prestado as informações necessárias à consolidação do parcelamento no prazo estabelecido. 4. O contribuinte, de fato, não pode ser prejudicado por falhas técnicas e erros sistêmicos imputáveis à Administração Fiscal, o que, entretanto, não restou devidamente delineado na hipótese, o que impede a aferição do caráter abusivo ou ilegal do ato de exclusão ora combatido. 5. Agravo de Instrumento não provido."

Por fim, em relação à alegação da necessidade de recálculo dos débitos exigidos na ação executiva, tal questão sequer foi abordada na decisão agravada, a obstar, portanto, o conhecimento da matéria.

Ante o exposto, conheço parcialmente do agravo de instrumento, e nesta extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. PRECLUSÃO. SUSPENSÃO. ADESÃO AO PERT. LEI 13.496/2017. PORTARIA PGFN 690/2017. NÃO COMPROVAÇÃO. PROSSEGUIMENTO DO FEITO EXECUTIVO. POSSIBILIDADE.

1. Após ajuizamento do feito e sucessivas adesões da executada a parcelamentos, e da informação da existência de valores a serem levantados na ação ordinária 0086538-76.1992.403.6100, junto à 6ª Vara Federal de São Paulo, a exequente requereu a penhora no rosto dos autos em referência para garantir a execução fiscal, tendo sido lavrado o respectivo termo de penhora.
2. Após transferência do valor para conta à disposição do Juízo da 12ª Vara Federal de Execução Fiscal, vinculando-o ao feito 0066988-57.2003.403.6182, foi proferida a decisão agravada que deu vista à exequente para prosseguimento do feito.
3. Contudo, além de não haver juízo de mérito na decisão agravada, o deferimento da penhora no rosto dos autos 0086538-76.1992.403.6100 e a lavratura do termo de penhora ocorreram quase um ano antes da interposição do presente agravo de instrumento, em 19/08/2019 e, portanto, foram atingidos pela preclusão, em razão da ausência de recurso no momento oportuno.
4. Ademais, a Lei 13.496/2007 distingue os débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (artigo 2º), daqueles inscritos em dívida ativa e administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (artigo 3º), e o artigo 4º da Portaria PGFN 690/2017, que regulamenta o PERT para os débitos administrados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, previa que a adesão deveria ocorrer mediante requerimento a ser realizado exclusivamente por meio do sítio da PGFN.
5. Assim, considerando a informação da exequente de que nos sistemas informatizados os créditos tributários constam como exigíveis, sem notícia de adesão ao PERT, e que os recibos de adesão nas modalidades "demais débitos" e "débitos previdenciários" apresentados pela executada foram emitidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não se verifica hipótese de suspensão da exigibilidade dos créditos inscritos em dívida ativa a obstar o prosseguimento da execução fiscal.
6. Em relação à alegação da necessidade de recálculo dos débitos exigidos na ação executiva, tal questão sequer foi abordada na decisão agravada, a obstar, portanto, o conhecimento da matéria.
7. Agravo de instrumento parcialmente conhecido, e nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo de instrumento, e nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027518-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027518-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu a suspensão do primeiro leilão designado, e determinou manifestação da PFN sobre o bem oferecido à penhora em substituição aos constritos, antes do exame do pedido de suspensão do segundo leilão designado.

Alegou-se que: **(1)** foi requerida substituição do maquinário penhorado por imóvel indicado, para que continuasse realizando suas atividades, devendo aplicar-se o princípio da menor onerosidade, nos termos do artigo 805, do CPC; e **(2)** apesar da Fazenda Pública decidir sobre a substituição de bens, a ordem contida no artigo 11, da Lei 6.830/1980 não é taxativa, ou seja, entende-se que o bem oferecido, se idôneo e de fácil alienação, deve ser considerado a fim de garantir a execução.

O pedido de efeito suspensivo não foi concedido em razão da conclusão ter se dado em data posterior à realização do leilão designado para 23/10/2019 (ID 101976530).

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027518-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ZAP INDUSTRIA E COMERCIO DE PECAS AUTOMOTIVAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIADA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, embora realizados os leilões, remanesce a discussão em torno da substituição dos bens penhorados na execução fiscal, pedido assim tratado na decisão agravada:

"(...) Analisando os autos, observo que os bens constritos foram indicados pela própria exequente, conforme petição de fls. 279/285 e mandado de penhora, auto de penhora e laudo de avaliação de fls. 334/341.

Os atos de formalização do auto de penhora, nomeação de depositário, intimação do representante legal da executada e elaboração do laudo de avaliação foram efetivados em 06/11/2018 (fls. 334/341).

A executada não promoveu a oposição de embargos à execução fiscal, conforme certidão de fl. 352, lavrada em 25 de junho de 2019.

A indicação das datas de leilões foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 22/08/2019, consoante teor da certidão de fl. 356.

Os atos de alienação judicial foram designados para os dias 23/10/2019, 11:00 h, 1º Leilão e 06/11/2019, 11:00 h, 2º leilão.

A executada postulou a substituição dos bens outrora indicados por imóvel em 28/08/2019, conforme petição de fls. 359/360, cujo conteúdo de mérito não foi imediatamente apreciado diante da necessidade de regularização da representação processual, o que se deu após a intimação do despacho de fl. 366.

A regularização da representação processual somente ocorreu em 03/10/2019, conforme petição e substabelecimento de fls. 368/369.

Por fim, no dia 18/10/2019, a advogada da executada postulou audiência e despachou pessoalmente a petição de fl. 371, na qual pleiteia a suspensão do leilão outrora designado.

No que toca ao primeiro leilão, designado para o dia 23/10/2019, a suspensão não se revela viável, haja vista que não há tempo hábil para colher a manifestação da União no que concerne ao pedido de substituição dos bens constritos pelo imóvel agora apresentado.

A par disso, lembro que foi a própria executada quem deu causa à inviabilidade da oitiva da União em prazo razoável, visto que a regularização da representação e a reiteração do pleito de substituição da penhora ocorreram às vésperas do primeiro leilão designado, vale dizer, foi a empresa executada quem criou a urgência, que se revela de natureza artificial.

De outra parte, anoto que a execução deve ser realizada no interesse do exequente, a teor do que dispõe o art. 797 do CPC, sem esquecer que não há prova cabal nos autos de que a execução pode prosseguir por modo menos gravoso para a executada (art. 805 do CPC), visto que a União ainda não teve oportunidade para oferecer manifestação sobre o imóvel agora indicado pela contribuinte.

Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão do primeiro leilão designado para o dia 23/10/2019.

Manifeste-se a União sobre o bem oferecido à penhora em substituição àqueles outrora constritos, no prazo de 72 h. Após a manifestação da exequente e inexistindo licitantes no primeiro leilão, venham os autos conclusos para apreciação do pedido de suspensão do 2º leilão, designado para o dia 06/11/2019" (ID 99775067)

Como se observa, houve indicação dos bens penhorados pela própria agravante em fevereiro/2015, atos de formalização do auto de penhora, nomeação de depositário e intimação da representante legal da executada em novembro/2018, certificação de não oposição de embargos à execução em junho/2019, e ciência das datas designadas aos leilões disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça (ID 99777236, f. 41/47; ID 99777238, f. 29/36, 49, 354/356).

Evidentemente, que se foi ofertado pela própria executada o equipamento, tendo sido toda a estrutura judiciária movimentada para penhorar, avaliação e promover leilão, a alegação de que se trataria de bem essencial à empresa não pode frustrar a celeridade e a eficácia da prestação jurisdicional. Percebe-se, na verdade, que se trata de conduta tumultuária ao regular andamento do feito.

Por tal motivo é que a legislação não confere à executada o direito de livremente substituir o bem penhorado, salvo se consistir em oferta de dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do artigo 15, II, da LEF, não se prestando o princípio da menor onerosidade a impor solução que não seja de interesse da exequente, mesmo no que tange à substituição da garantia.

Neste sentido:

AI 5021358-18.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e-DJF3 24/05/2018: "EXECUÇÃO FISCAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PENDÊNCIA. FIANÇA BANCÁRIA. LEVANTAMENTO. INCABÍVEL. MÁQUINAS. SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA. AUSÊNCIA DE CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 15, I, DA LEF. 1. No que tange ao levantamento da garantia oferecida em sede de embargos à execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de condicioná-la ao trânsito em julgado da decisão que põe termo ao litígio. 2. Estabelece o art. 15, I, da Lei nº 6.830/80, que a penhora poderá ser substituída por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência do exequente. Entretanto, a substituição por outros bens não prescinde da citada concordância. 3. Agravo de Instrumento não provido."

Ademais, a reforçar a improcedência do pleito formulado, verifica-se que na execução fiscal 0013736-56.2014.4.03.6182 foi proferida a seguinte decisão:

" (...) Analisando o documento de fls. 361/365, verifico que o imóvel oferecido em substituição aos bens constritos foi transmitido sob condição resolutiva, conforme cláusula IV da escritura de venda e compra apresentada.

Assim, na hipótese de inadimplemento, verbi gratia, da parcela prevista no item "d" da cláusula III da escritura de venda e compra de fls. 361/365, no valor de R\$ 2.580.000,00 (dois milhões, quinhentos e oitenta mil reais), o negócio será desfeito de pleno direito, consoante dicação da cláusula IV do referido instrumento.

Com palavras outras, pretende a executada a substituição dos bens outrora constritos por outro que ainda não compõe definitivamente seu patrimônio, o que se revela absolutamente inviável.

Ante o exposto, indefiro o pedido formulado e mantenho o leilão designado para amanhã, dia 06/11/2019. Dê-se ciência às partes acerca do conteúdo da presente decisão. Int. "

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO LEILÕES. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA. INVIABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. O bem penhorado, objeto dos leilões, foi oferecido pela própria executada, que somente alegou ser imprescindível à sua atividade industrial diante da iminência da alienação judicial, em conduta que se revela tumultuária ao regular andamento do feito.
2. A legislação não confere à executada o direito de livremente substituir o bem penhorado, salvo se consistir em oferta de dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do artigo 15, II, da LEF, não se prestando o princípio da menor onerosidade a inopor solução que não seja de interesse da exequente, mesmo no que tange à substituição da garantia.
3. Verificado, outrossim, que o imóvel oferecido foi adquirido sob condição resolutiva, não tendo a eficácia e utilidade que se lhe pretendeu atribuir nos autos.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026134-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WAGNER PEDROSO RIBEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: GILBERTO LOPES THEODORO - SP139970-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026134-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WAGNER PEDROSO RIBEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: GILBERTO LOPES THEODORO - SP139970-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, manteve o leilão de bens imóveis penhorados.

Alegou-se que: (1) a manutenção da hasta pública pode ocasionar lapidação patrimonial em razão da possibilidade de os embargos à execução fiscal serem acolhidos; (2) a reparação via precatório pode demorar anos; e (3) aplicável o princípio da menor onerosidade ao devedor, nos termos do artigo 805 do CPC.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso (ID 95665102).

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026134-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WAGNER PEDROSO RIBEIRO
Advogado do(a) AGRAVANTE: GILBERTO LOPES THEODORO - SP139970-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consta que em 26/05/2017 foi deferida penhora, via ARISP, de imóveis (matrículas 112.468 e 8.964, registros junto ao 14º e 17º Cartórios de Registro de Imóveis de São Paulo, respectivamente), com posterior avaliação, intimação e nomeação do agravante como depositário (ID 95043531).

Após formalização da penhora, foram opostos embargos à execução (autos 00840809.2018.403.6182), recebidos sem efeito suspensivo, razão pela qual foi indeferido o pedido de suspensão do leilão do imóvel de matrícula 8.964 do 17º CRI (ID 95049233; e ID 95049235).

Assim sendo, inexistindo causa suspensiva que obste o prosseguimento da execução fiscal e a realização, inclusive, pois, da hasta pública do bem penhorado, não se autoriza a reforma da decisão agravada. O efeito suspensivo é decidido nos embargos do devedor, e não na execução fiscal, subordinando-se a prática de atos processuais nesta, para tal efeito, ao que decidido na ação cognitiva incidental.

Não cabe, tampouco, invocar o princípio da menor onerosidade para violar regra expressa da legislação quanto aos efeitos da prática de atos na execução fiscal em razão do decidido nos embargos do devedor. Se tal princípio tivesse o alcance pretendido nenhuma norma reguladora da execução fiscal, que pudesse ser contrária ao interesse da executada, seria eficaz e, portanto, a execução fiscal seria realizada exclusivamente no interesse do devedor e não do credor, o que não se admite.

Na mesma linha de raciocínio o seguinte precedente da Turma:

AI 5028654-57.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 08/04/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESIGNAÇÃO DE LEILÃO. EMBARGOS DO DEVEDOR RECEBIDO SEM EFEITO SUSPENSIVO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão tratada neste recurso está adstrita à regularidade, ou não, da decisão agravada, que deferiu pedido de realização de hasta pública do bem penhorado. 2. Aos embargos do devedor, opostos pela agravante, não foram atribuídos efeitos suspensivos por falta de preenchimento cumulativo de todos os requisitos do § 1º do art. 919 do CPC, de forma que nada obsta o prosseguimento da ação de execução e a realização desde logo de todos os seus atos, inclusive a realização de leilão dos bens penhorados, não mais se fazendo necessária a prévia prolação de sentença nos embargos do devedor. 3. Não verifico insurgência hábil a afastar a decisão agravada, uma vez que a penhora mostrou-se legítima, recaiu sobre bem imóvel de legítima propriedade da empresa executada, o qual fora, inclusive, ofertado por ela e aceito pela exequente. 4. Nem se cogite em violação ao princípio da menor onerosidade com o prosseguimento dos atos executórios, visto que não fora apresentada outra forma de se promover a execução para que fosse feita ponderação de interesses. É sempre válido lembrar que a execução é pautada no interesse do credor, que está em busca da satisfação de seu crédito e que, no caso em comento, trata-se de dívida de natureza pública e de caráter indisponível. 5. Agravo de instrumento desprovido. "

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL. LEILÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL RECEBIDOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que se determinou o prosseguimento da execução fiscal, com a designação de hasta pública para o imóvel penhorado, em razão da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução opostos.

2. Inexistindo causa suspensiva que obste o prosseguimento da execução fiscal e a realização, inclusive, pois, da hasta pública do bem penhorado, não se autoriza a reforma da decisão agravada. O efeito suspensivo é decidido nos embargos do devedor, e não na execução fiscal, subordinando-se a prática de atos processuais nesta, para tal efeito, ao que decidido na ação cognitiva incidental.

3. Não cabe, tampouco, invocar o princípio da menor onerosidade para violar regra expressa da legislação quanto aos efeitos da prática de atos na execução fiscal em razão do decidido nos embargos do devedor. Se tal princípio tivesse o alcance pretendido nenhuma norma reguladora da execução fiscal, que pudesse ser contrária ao interesse da executada, seria eficaz e, portanto, a execução fiscal seria realizada exclusivamente no interesse do devedor e não do credor, o que não se admite.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030157-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANTONIO JOSE DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO GAIOTTO LUNARDELLI - MS14197
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030157-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANTONIO JOSE DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO GAIOTTO LUNARDELLI - MS14197
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade oposta por sócio corresponsabilizado pela dívida, sob alegação de prescrição material, prescrição intercorrente e ilegitimidade passiva.

Alegou que: (1) possível o conhecimento da exceção de pré-executividade, tendo em vista que as questões veiculadas constituem matéria de ordem pública, cognoscíveis de ofício (Súmula 393/STJ); (2) houve prescrição material do crédito, pois entre a data da entrega da DCTF e notificação do auto de infração, em 21/09/1999 e 30/08/1999, respectivamente, e a citação da empresa executada e de seus sócios, em 01/10/2009, decorreu prazo superior a cinco anos, considerando que a ação executiva foi ajuizada antes da LC 118/2005; (3) descabida a alegação de que a demora na citação não pode ser imputada à exequente, seja porque a ação foi ajuizada a poucos meses do fim do prazo prescricional, seja porque, frustrada a citação da executada em 28/09/2004, e elaborado relatório pela autoridade fiscal, em 24/09/2004, informando suposto grupo econômico de fato, a citação da corresponsabilizada somente foi requerida e ocorreu em 2006; (4) de acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na primeira oportunidade em que constatada a não localização de bens, e intimada a exequente, inicia-se a suspensão prevista no artigo 40 da LEF; (5) a PFN tomou conhecimento do encerramento irregular da empresa em 17/03/2005, e a citação de um dos sócios somente foi efetuada em 10/01/2006, o que implica impossibilidade de retroação da interrupção da prescrição, tendo em vista que a citação ocorreu após o prazo previsto na legislação procedimental; (6) conforme decidido no RESP 1.201.993, sob rito repetitivo, ocorrendo ilegalidades antes da citação do sócio WALDIR, em 10/01/2006, através do relatório da autoridade fiscal de 2004, que apontava formação de grupo econômico, a citação configura marco inicial do prazo para redirecionamento, não sendo aplicável a teoria da "actio nata"; (7) é parte ilegítima para integrar o pólo passivo, pois, além de não integrar a família Maia, jamais foi sócio ou administrador da empresa executada originária, não tendo sido citado em "relatório fiscal" da PFN; (8) foi sócio-gerente/sócio apenas de algumas empresas que, supostamente, integrariam o grupo econômico (Nioaque Alimentos Ltda., Center Cames Ltda. - atual RM Participações e Empreendimentos Ltda.), porém, apenas em breve período anterior à ocorrência dos fatos geradores; (9) diversas decisões em outras ações executivas fiscais excluíram a agravante do pólo passivo, reconhecendo que não mais integrava os quadros sociais no período dos fatos geradores, e muito menos quando da constatação de irregularidades, sendo necessária sua aplicação ao caso, em observância ao efeito translativo dos recursos; e (10) para corresponsabilização, não basta existência de grupo econômico, sendo necessário demonstrar que as pessoas tinham interesse comum na situação que constitui fato gerador, o que inexistiu no caso, tendo em vista que o agravante não integrava os quadros sociais quando da ocorrência dos fatos geradores, sendo insuficiente o mero inadimplemento de tributos.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030157-79.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANTONIO JOSE DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO GAIOTTO LUNARDELLI - MS14197
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a **prescrição para cobrança do crédito tributário** ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Ademais, assentado pelo Superior Tribunal de Justiça que o respectivo cômputo deve observar o artigo 174, CTN, não se aplicando a LEF. A causa interruptiva, considerada a redação originária e a que resultou da LC 118/2005, é apurada pelo critério da lei vigente à época da prática do ato respectivo, seja a citação, seja o despacho de citação, mas em qualquer dos casos com retroação do efeito interruptivo à data da propositura da ação, tal qual previsto no § 1º do artigo 219, CPC/1973, e § 1º do art. 240, CPC/2015, e, se verificada demora, desde que possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo judiciário, sem causalidade por parte da exequente, nos termos da Súmula 106/STJ.

A propósito:

AgRgEdcREsp 1.370.543, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 14/05/2014: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTIVO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. ALTERAÇÃO DO ART. 174, I, DO CTN. ATRIBUIÇÃO, AO DESPACHO QUE ORDENAR A CITAÇÃO, EM EXECUÇÃO FISCAL, O EFEITO INTERRUPTIVO DO PRAZO PRESCRICIONAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO, DESDE QUE O DESPACHO CITATÓRIO SEJA POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005, OCORRIDA EM 09/06/2005. OS EFEITOS DA INTERRUPTIVO DO PRAZO PRESCRICIONAL DEVEM RETROAGIR À DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA, NOS TERMOS DO ART. 219, § 1º, DO CPC, NÃO PODENDO A PARTE SER PREJUDICADA PELA DEMORA ATRIBUÍDA EXCLUSIVAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO. SÚMULA 106/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 13/05/2009, no julgamento do REsp 999.901/RS, representativo da controvérsia, firmou o entendimento no sentido de que a Lei Complementar 118/2005 (vigência a partir de 09/06/2005) - que alterou o art. 174, I, do CTN, para atribuir, ao despacho do juiz que ordenar a citação, em execução fiscal, o efeito interruptivo da prescrição - tem aplicação imediata aos processos em curso, desde que o aludido despacho tenha sido proferido após a sua entrada em vigor. II. De outra parte, no Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção desta Corte que os efeitos da interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do CPC, não podendo a parte ser prejudicada pela demora atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário. III. "A citação válida (ou o despacho que simplesmente a ordena, se proferido na vigência das alterações da Lei Complementar 118/2005) interrompe a prescrição, com efeito retroativo à data da propositura da demanda, à exceção da hipótese de morosidade não imputável ao Poder Judiciário" (STJ, AgRg no REsp 1.370.278/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/05/2013). IV. No caso, a Execução Fiscal foi proposta em 07/04/2005, ou seja, antes do decurso do prazo quinquenal de prescrição, tendo em vista a constituição do crédito tributário em 26/05/2000. Ademais, o despacho que determinou a citação foi proferido em 12/07/2005, na vigência da alteração dada ao art. 174, I, do CTN pela Lei Complementar 118/2005, e, tendo o Tribunal a quo reconhecido que a demora em determinar e efetivar a citação deve ser atribuída ao próprio Poder Judiciário, não pode a Fazenda Nacional ser prejudicada, porquanto ajuizada a demanda em prazo hábil, sendo aplicáveis ao caso o art. 219, § 1º, do CPC e a Súmula 106 do Superior Tribunal de Justiça: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". In casu, os efeitos da interrupção da prescrição retroagem à data da propositura da ação, em 07/04/2005, inoocrendo a prescrição, à luz do art. 219, § 1º, do CPC. V. Agravo Regimental improvido."

No caso, a execução fiscal foi ajuizada, em 22/07/2004, para cobrança de multa tributária, constituída por auto de infração notificado ao contribuinte em 30/08/1999, bem como de débitos de COFINS e PIS com declarações entregues em 21/09/1999 (Id 107317624, f. 07). A tentativa de citação postal restou infrutífera, tendo a exequente requerido, e sendo deferido, o redirecionamento da ação executiva aos sócios Waldir Nunes da Silva e José Oroides Filho. Aquele foi citado em 10/01/2006, o que interrompeu o prazo prescricional, nos termos do artigo 174, I, CTN, retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação, conforme disposto no artigo 240, § 1º, CPC/2015 (REsp 1.120.295, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 21/05/2010).

De fato, embora a propositura da ação possa interromper a prescrição, nos termos da Súmula 106/STJ, é essencial que ocorra a citação para a retroação de seus efeitos e, ainda, que a eventual demora possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo da Justiça.

A decisão agravada descreveu fatos do processo até a citação do corresponsabilizado, nos seguintes termos:

"Compulsando os autos da execução fiscal, tem-se que foi frustrada a tentativa de citação da executada original pela via postal, pois ela não foi encontrada em seu domicílio fiscal (fls. 21). Diante disso, a exequente pediu o redirecionamento da execução aos representantes legais da sociedade executada, WALDIR NUNES DA SILVA e JOSÉ OROIDES FILHOS, o que foi deferido pelo Juízo (fls. 34). Expedidas as cartas precatórias para efetuar a sua citação, foi positiva a diligência de citação de WALDIR NUNES DA SILVA em 10/01/2006 (fls. 66) e negativa a de JOSÉ OROIDES FILHOS em 01/02/2006 (fls. 71v). Por ser solidária a responsabilidade tributária dos corresponsáveis na forma do art. 135, III do CTN, há de ser aplicado o regime do art. 204, Iº do CC/02, de modo que a citação de WALDIR NUNES DA SILVA interrompeu a prescrição também em relação à executada principal. Em 23/10/2008 a exequente pediu a citação por edital da executada principal e de WALDIR NUNES DA SILVA, que foi efetivada em 01/10/2009 (fls. 119). Em que pese a demora na efetivação das citações, não é possível imputá-la à exequente, que, como visto, sempre diligenciou no sentido da localização dos executados e seus bens (Súmula 106 do STJ). Não há dúvida, portanto, quanto à tempestividade da cobrança judicial destes créditos tributários."

Conforme se verifica, a demora na citação não decorreu de omissão da exequente, sendo, neste ponto, decisiva a demora imputável ao mecanismo judiciário, autorizando a aplicação da Súmula 106/STJ.

A propósito:

AGRESP 1.479.745, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 16/12/2014: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. DEMORA NA CITAÇÃO. CULPA DO EXEQUENTE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 106/STJ. 1. A interrupção da prescrição só retroage à data da propositura da ação, quando a demora na citação é imputada exclusivamente ao Poder Judiciário, nos termos da Súmula 106/STJ. 2. Não merece seguimento o presente recurso quanto à alegação de inércia do Poder Judiciário em efetuar a citação do devedor, pois esta análise demanda reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo Regimental não provido."

Neste ponto, não logrou o agravante demonstrar documentalmente que, desde a citação negativa da empresa executada, a demora na citação do corresponsabilizado decorreu de desídia do exequente, não se verificando, pois, elementos para modificação da decisão agravada.

No tocante à alegação de prescrição para redirecionamento da ação executiva ao agravado ANTÔNIO JOSÉ DE OLIVEIRA, em julgamento submetido ao rito repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.

Fixou-se assim tese jurídica no sentido de que, na hipótese de prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento (Tema 444-REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019):

"(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional".

Neste sentido, a ementa de tal julgado:

REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica". DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte". 4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-vista - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária. 6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009. 7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010. 8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing). 10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ai, sim, será possível cogitar a fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrado que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição. 16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal. 17. Tendo em vista a assertiva fazedária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciarem-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados. 18. Recurso Especial provido."

No caso, consta que o agravante ANTÔNIO JOSÉ DE OLIVEIRA foi incluído na qualidade de administrador de algumas empresas que compõem grupo econômico de fato com a executada original, sendo apurados fortes indícios de prática de fraudes com intuito de blindar o acervo patrimonial da empresa controladora de fato ("RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA"), arrendando tais bens às empresas controladas que praticavam os fatos geradores, gerando débitos irrecuperáveis pela autoridade fiscal diante da inexistência de patrimônio em nome destes.

Neste sentido, constou da decisão que deferiu a inclusão de empresas do grupo econômico de fato e administradores respectivos:

"Vistos etc.

Fls. 285/293: trata-se de petição da exequente, na qual pretende a inclusão das pessoas jurídicas que integram o "Grupo Econômico de Fato", denominado "Grupo RM", ao qual a pessoa jurídica executada faz parte, com fulcro no artigo 124, I, do CTN, bem como a inclusão dos administradores, devido à prática de atos que infringiram o art. 135, inciso III, do CTN. Requerer, também, a decretação de sigredo de justiça por conta dos documentos sigilosos acostados aos autos.

Afirma que:

A. Foi verificado pelo INSS, anteriormente a vigência da Lei n. 11.457/2007 (ocasião na qual a autarquia detinha atribuição legal para fiscalizar e arrecadar contribuições previdenciárias), que a empresa executada constitui uma das várias "empresas de fachada", cujos sócios são "laranjas", criadas para o propósito fundamental de fraudar direitos trabalhistas e a arrecadação de tributos Federais e Estaduais.

B. O grupo econômico foi nomeado pela autarquia como "Grupo RM", por conta da principal empresa (RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA).

C. A caracterização do grupo deu-se pela existência de:

- (i) poder de controle único;
- (ii) identidade de objeto mercantil;
- (iii) o desenvolvimento das atividades em um mesmo local físico;
- (iv) constante transferência de patrimônio e alteração de estrutura societária;

D. Conforme o Relatório Geral de Fiscalização, integravam o aludido Grupo Econômico as empresas: FRIGORÍFICO BOI BRANCO LTDA; FRIGORÍFICO NIOAQUE LTDA, NIOAQUE ALIMENTOS LTDA, RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA (denominação atual de CERTER CARNES RMLTDA), FRIGORÍFICO CAMPO GRANDE LTDA e FRIGORÍFICO BOI BRASIL LTDA;

E. As diversas empresas que compõem o grupo econômico foram controladas, direta e indiretamente, pela família MAIA;

F. Conforme apurado pela fiscalização do INSS, os integrantes da família MAIA (primeiro GERALDO REGIS MAIA e seu filho REGINALDO DA SILVA MAIA), transferiram a sede da empresa familiar CENTER CARNES RMLTDA para Nioaque/MS, por volta de 1991, sendo construídas as instalações frigoríficas, com o auxílio de ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA, em 1992/1993;

G. As instalações são de propriedade de CENTER CARNES RMLTDA (cuja denominação foi alterada para RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA);

H. A administração da principal empresa do grupo (RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA) sempre foi exercida pelos integrantes da família MAIA, conforme 3ª a 10ª alteração do contrato social (fls. 298/325);

I. REGINALDO DA SILVA MAIA é filho de GERALDO RÉGIS MAIA, casado com MARCIAL CRISTINA BRESSAN SILVEIRA e pai de DANIELLE DA SILVA MARIA LEZA e RODRIGO DA SILVA MAIA;

J. A empresa RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA foi utilizada com o intuito de blindar o patrimônio do grupo econômico familiar. A fiscalização apurou que a família MAIA constituía empresas "de fachada" (sem lastro patrimonial) para que praticassem formalmente as atividades relativas a fatos geradores de tributos, firmando contratos de arrendamento, com a detentora dos estabelecimentos industriais (RMPARTICIPAÇÕES);

K. As tais empresas "de fachada" eram abertas e posteriormente fechadas, quase sempre com o mesmo endereço, mesmos empregados, e com novo contrato de arrendamento com a empresa RMPARTICIPAÇÕES;

L. O FRIGORÍFICO BOI BRANCO foi a primeira empresa de fachada, criada com o propósito de prejudicar os credores fiscais e trabalhistas, conforme os fatos demonstram. O Relatório Geral da Fiscalização (fls. 294/297) destaca:

(i) o poder de administração de REGINALDO SILVA MAIA, GERALDO RÉGIS MAIA,

(ii) participação e confusão patrimonial do FRIGORÍFICO BOI BRANCO com alguns de seus reais proprietários, GERALDO RÉGIS MARIA, REGINALDO DA SILVA MAIA, MÁRCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA, ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA. Da mesma forma ocorreu com NIOAQUE ALIMENTOS LTDA, conforme destaca o Relatório;

M. O Relatório Geral destaca ainda que as empresas constantes do "grupo de fato" detinham o mesmo objeto mercantil, desenvolviam as atividades no mesmo local físico e mantinham constante transferência de patrimônio e alteração da estrutura societária.

N. Também devem ser responsabilizadas pelos créditos as empresas MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI e FRIGORÍFICO BEEF NOBRE LTDA, porque:

(i) Após diversas pesquisas empreendidas, no tocante a empresa MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI, verificou-se que:

a) MARIA DE LOURDES MAIA era sócia responsável,

b) diversos outros membros da família MAIA exerciam a gestão da empresa,

c) a movimentação financeira sempre foi exercida exclusivamente pelos cônjuges REGINALDO DA SILVA MAIA e MARCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA e se filho RODRIGO DA SILVA MAIA, demonstrando que tal empresa é atualmente utilizada para realização da movimentação do Grupo RM, devendo responder pelo crédito em cobro,

(ii) A empresa FRIGORÍFICO BEEF NOBRE LTDA tem sua movimentação financeira exercida pela filha de REGINALDO DA SILVA MAIA e MARCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA, DANIELLE DA SILVA MARIA, bem como ocupa o mesmo estabelecimento historicamente utilizado por diversas empresas do grupo econômico de fato, em Campo Grande (fls. 464/471);

O. Os administradores (pessoas físicas) das empresas componentes do Grupo Econômico também devem responder com seus patrimônios pessoais pelos créditos em cobro, na medida em que se configurou violação à lei, devendo ser incluídos no polo passivo da ação executiva (com fulcro no artigo 135, III, do CTN): REGINALDO DA SILVA MAIA, MARCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA, GERALDO RÉGIS MAIA e ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA, porque administravam o grupo econômico de fato; RODRIGO DA SILVA MAIA, porque exerceu a administração da sociedade RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, bem como da empresa MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI; RENATA DA SILVA MARIA, porque geriu a sociedade MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI; DANIELLE DA SILVA MARIA, porque administrou RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, bem como da empresa FRIGORÍFICO BEEF NOBRE LTDA;

P. O fato de todas as empresas do grupo econômico RM atuarem na mesma atividade, bem como possuírem interesse comum na situação que constituía o fato gerador dos tributos exigidos, caracteriza a solidariedade passiva tributária, disposta no artigo 124, I, do CTN;

Q. No tocante aos administradores pessoas físicas, devem responder com seus patrimônios pessoais pelos créditos em cobro, tendo em vista a configuração de infração à lei pelas condutas narradas, que constituem além de ilícitos administrativos, também ilícitos penais, o que autoriza a incidência do artigo 135, inciso III, do CTN.

Requeru a responsabilização e inclusão no polo passivo:

I. Das pessoas jurídicas integrantes do grupo econômico de fato denominado "GRUPO RM":

a. RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS;

b. FRIGORÍFICO BOI BRANCO LTDA;

c. FRIGORÍFICO NIOAQUE LTDA;

d. NIOAQUE ALIMENTOS LTDA;

e. FRIGORÍFICO BOI BRASIL LTDA;

f. MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI;

g. FRIGORÍFICO BEEF NOBRE LTDA.

II. Das pessoas físicas:

a. REGINALDO DA SILVA MAIA;

b. MÁRCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA;

c. GERALDO RÉGIS MAIA;

d. ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA;

e. RODRIGO DA SILVA MAIA;

f. RENATA DA SILVA MARIA;

g. DANIELLE DA SILVA MAIA.

É o relatório. Decido.

GRUPO ECONÔMICO

Grupo Econômico não se confunde com o "grupo de empresas" previsto em nossa legislação societária (L n. 6.404/76). Aproxima-se mais do conceito elaborado, há décadas, pela jurisprudência da Justiça do Trabalho e também pela doutrina. Seu núcleo consiste nos seguintes elementos: a) unidade de direção dos estabelecimentos; b) irrelevância da forma jurídica; c) predominância dos vínculos factuais sobre os jurídicos-formais.

Como se vê, a noção de grupo econômico permite aplicar a assim chamada teoria da "disregard of legal entity", apoiando-se (em parte) no art. 50 do Código Civil, dentre outras normas, ora porque é possível identificar o abuso da forma jurídica, ora porque se estabelece confusão patrimonial, na medida em que o(s) dirigente(s) do grupo (aqueles em função dos quais se identifica a unidade de direção supra-citada) têm disposição dos bens e rendas dos entes envolvidos.

A expressão "grupo" sói ser empregada na legislação e na praxe forense de modo vago e polissêmico, de modo que um esclarecimento prévio se faz necessário.

Não se trata aqui daquele referido pela legislação das Sociedades Anônimas, pois ele tem constituição formal e as pessoas jurídicas empresárias dele participantes são designadas coletivamente por aquela dicção "grupo".

Confira-se o art. 265 da Lei n. 6.404:

"Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

§1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

§2º A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244."

A isso se referem os parágrafos do art. 28 do Código do Consumidor, ao estatuírem que as sociedades integrantes de grupos (e as controladas) são subsidiariamente responsáveis, naquele âmbito especializado de relações jurídicas. A legislação consumerista ainda distingue os entes consorciados (solidariamente responsáveis) e os coligados (que respondem por culpa).

Evidentemente que não se cuida dessa realidade aqui, pois faltam as características necessárias à subsunção, dentre as quais a convenção escrita e o controle societário, para não falar da forma de Companhia.

A hipótese dos autos mais se parece com a definida, inicialmente, pela legislação do trabalho, com consequências simétricas às pretendidas pela parte exequente.

O art. 20., par. 2o. da CLT dispõe que: "§2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas."

A semelhança com a hipótese presente é maior, pois há unidade decorrente de os administradores serem os mesmos. A consequência - responsabilidade solidária - coincide com a pretendida pelo interessado. Nada disso, porém, autoriza a transposição pura e simples da norma consolidada, dirigida às relações de trabalho, para a órbita de regência da dívida ativa. O que pode ser retido é o princípio, extensível na medida em que o valor social do crédito o recomende.

É sugestivo e inspirador, no entanto, que a Lei de Defesa da Concorrência tenha adotado idêntica pauta. Confira-se o dispositivo pertinente da Lei n. 8.884/1994:

"Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica."

Este preceito vai além do constante na Consolidação, pois se reporta explicitamente tanto ao grupo "de facto" quanto ao "de jure". Quanto ao efeito, é idêntico: solidariedade entre devedor e responsável. Seu defeito é o de deixar ao sabor do intérprete definir o que seja "grupo de fato".

Talvez por influência dos Diplomas anteriormente colacionados - e significando um progressivo despreguiço da noção de pessoa jurídica como patrimônio separado -, a Lei de Custeio da Previdência Social (Lei n. 8.212/1991) comanda o seguinte, em seu art. 30: "IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;"

Destaque-se a dicção "de qualquer natureza", indicativa de que se trata tanto do grupo de direito quanto do grupo de fato.

E o Código Tributário Nacional (lei complementar de normas gerais) dá-lhe suporte, ao dizer que a lei (ordinária) pode fixar hipóteses de responsabilidade solidária. Confira-se:

"Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem."

Os créditos previdenciários são dotados de importância e significação social similar à dos trabalhistas. Por isso penso que a extensão dos critérios adotados pela legislação consolidada, com as adaptações necessárias, seja uma analogia juridicamente aceitável, visto que há identidade de razão (ubi est eadem ratio, ibi eadem legis dispositio).

E o parâmetro decisivo é a UNIDADE DE DIREÇÃO. Ela pode ser aferida do fato de a instância decisória, no que toca à administração diária, ser a mesma nas pessoas jurídicas envolvidas, conquanto haja, formalmente, patrimônios autônomos.

Há apoio a esta conclusão na lição do ilustre WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, notório especialista em direito previdenciário:

"Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo os proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. O importante na caracterização da reunião dessas empresas é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum." (Curso de direito previdenciário - t. II, São Paulo: Ltr, 2003, p. 273)

Julgo importante destacar dessa lição dois pontos. Em primeiro lugar, não há necessidade de que uma pessoa jurídica participe do capital de outra. Isso pode ocorrer, mas o aspecto decisivo é o controle ou administração unificados. Em segundo, o objetivo comum não é indispensável, mas auxilia no diagnóstico da existência do grupo.

Análise as circunstâncias do caso.

A parte exequente caracterizou de modo exitoso a presença de grupo econômico de fato, ao qual pertence a empresa executada, apoiando-se em elementos de prova suficientes e adequados a esta fase do processo, pois comprovou claramente:

- (i) poder de controle único a cargo de membros da família MAIA;
- (ii) identidade de objeto mercantil;
- (iii) o desenvolvimento das atividades quase sempre nos mesmos locais físicos;
- (iv) constante transferência de patrimônio e alteração de estrutura societária.

A responsabilização tributária dos sujeitos passivos indiretos tem como base dois grupos de fatos e respectivas consequências jurídicas:

- (a) a formação de grupo econômico de fato, com o objetivo de blindar o patrimônio do grupo econômico familiar, com a constituição de empresas "de fachada", sem lastro patrimonial, para fins de fraudar direitos trabalhistas e a arrecadação de tributos; e
- (b) os atos antijurídicos (atos simulados) cometidos pelos gestores das pessoas jurídicas, integrantes da família "MAIA", também dirigentes do grupo econômico, com idênticos objetivos.

DISPOSTIVO

Diante do exposto, defiro o pedido da exequente de inclusão no polo passivo:

I. Das empresas constantes do grupo econômico de fato (com fulcro no artigo 124, I, do CTN):

- RMPARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS;
- FRIGORÍFICO BOI BRANCO LTDA;
- FRIGORÍFICO NIOAQUE LTDA;
- NIOAQUE ALIMENTOS LTDA;
- FRIGORÍFICO BOI BRASIL LTDA;
- MERIDIONAL PARTICIPAÇÕES EIRELI;
- FRIGORÍFICO BEEF NOBRE LTDA.

II. Dos administradores das referidas empresas e do grupo econômico de fato (com fulcro no artigo 135, III, do CTN):

- REGINALDO DA SILVA MAIA;
- MÁRCIA CRISTINA BRESSAN SILVEIRA;
- GERALDO RÉGIS MAIA;

- ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA;
- RODRIGO DA SILVEIRA MAIA;
- RENATA DA SILVA MARIA;
- DANIELLE DA SILVEIRA MAIA.

[...]"

De fato, constam indícios de que a exequente somente constatou a existência de grupo econômico de fato, blindagem patrimonial da controladora, unidade gerencial, fraude em prejuízo do Fisco e criação de débitos tributários irrecuperáveis a partir do momento em que verificada a inexistência de bens em nome da empresa executada (controlada) e dos sócios, o que veio a ocorrer somente pouco tempo antes do requerimento de inclusão de empresas e pessoas físicas no pólo passivo, nos termos do artigo 124, I, CTN. Tais fatos revelam, em princípio, inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício, o que exige, diante da complexidade do tema, sua discussão em sede própria e adequada, qual seja, os embargos do devedor, mesmo porque, a fim de conferir plausibilidade às alegações do recorrente, sequer houve indicação específica do ponto do relatório fiscal em que indicado o conhecimento da existência do grupo econômico e das fraudes pelo Fisco em momento muito anterior.

Neste sentido, cabe destacar o seguinte trecho da decisão agravada:

"Quanto à prescrição intercorrente na forma do art. 40 da Lei 8.630/93 [...]"

[...]

Compulsando-se os autos da execução fiscal, tem-se a seguinte sequência de eventos:

- Em 22/07/2004 foi ajuizada a execução fiscal;
- Em 17/09/2004 foi proferido o despacho citatório data de 17/09/2004 (fls. 20);
- Frustrada a tentativa de citação da executada original pela via postal, pois ela não foi encontrada em seu domicílio fiscal (fls. 21), a exequente pediu o redirecionamento da execução aos representantes legais da sociedade executada, WALDIR NUNES DA SILVA e JOSÉ OROIDES FILHOS, que foi deferido pelo Juízo (fls. 34).
- Em 10/01/2006 foi positiva a diligência de citação de WALDIR NUNES DA SILVA (fls. 66);
- Em 23/10/2008 a exequente pediu a citação por edital da executada principal e de WALDIR NUNES DA SILVA, que foi efetivada em 01/10/2009 (fls. 119).
- Em 08/06/2011 o juízo determinou o arquivamento do feito na forma do art. 40 da Lei 8.630/93 (fls. 141). Em 04/07/2011 a exequente foi intimada desta decisão (fls. 141);
- Em 03/08/2011 a exequente formulou pedido de indisponibilidade de bens e direitos em nome dos coexecutados (fls. 142);
- Em 08/08/2012 o pedido de indisponibilidade foi deferido pelo Juízo (fls. 169);
- Em 12/11/2012 foi cumprida com sucesso a diligência de inclusão dos nomes dos coexecutados na central de indisponibilidade (fls. 179);
- Em 17/06/2013 - foi dada ciência à exequente do cumprimento da indisponibilidade (fls. 252);
- Em 21/06/2013 a exequente requereu a penhora das cotas societárias dos coexecutados nas empresas descritas a fls. 211/226 (fls. 252);
- Em 29/10/2013 foi deferida a penhora requerida (fls. 255);
- Em 25/08/2014 o oficial de justiça pôde proceder à penhora das quotas de WALDIR NUNES DA SILVA (fls. 277/278);
- Em 21/07/2015 a exequente pediu o bloqueio via BACENJUD de ativos financeiros dos coexecutados (fls. 279v). O pedido foi deferido em 11/10/2016, mas o bloqueio não foi frutífero (fls. 282/283);
- Em 11/04/2017 a exequente pediu o redirecionamento da execução fiscal a diversas pessoas físicas e jurídicas, dentre elas os excipientes, com base na formação e operação de empresas em grupo econômico de fato com o fim de blindagem patrimonial Fls. 285/293. O pedido foi deferido em 09/02/2018 (fls. 543/545);
- Em 18/05/2018 foi citado ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA (fls. 560);
- Em 21/06/2018 ANTONIO JOSÉ DE OLIVEIRA interpôs exceção de pré-executividade (fls. 563/597);
- Em 21/06/2018 RENATA APARECIDA MAIA interpôs exceção de pré-executividade (fls. 771/792).

Aplicando as diretrizes firmadas pelo STJ no tocante à aplicação do art. 40 da Lei 6.830/80, tem-se que em nenhum momento houve a paralisação do processo executivo pelo tempo necessário ao reconhecimento da ocorrência de prescrição intercorrente. Como dito acima, o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, 1º e 2º da lei 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não-localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução. No caso dos autos este prazo teve início pela primeira vez em 04/07/2011, data em que a exceção foi intimada da suspensão da execução fiscal em virtude de a executada e seus bens não terem sido encontrados, com base no art. 40, caput da Lei n. 6.830/80, mas, este prazo foi logo interrompido pelo cumprimento efetivo da diligência de indisponibilidade dos bens dos coexecutados em 17/11/2012. Depois disso, o arquivamento dos autos não foi mais decretado pelo juízo, mesmo por que a exequente seguiu ativa nos autos, sempre diligenciando no sentido da satisfação do crédito em execução. Daí não haver que se falar na ocorrência de prescrição intercorrente na forma do art. 40 da Lei 6.830/80

Os excipientes discutem ainda a ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão de redirecionamento da execução à pessoa dos administradores na forma do art. 135, III do CTN. Em sua defesa, afirmam que a exequente teria o prazo de cinco anos, desde a citação da executada principal, para o redirecionamento da execução.

A prescrição de que trata a parte embargante é da modalidade intercorrente, isto é, posterior ao evento citação e diz respeito à possibilidade de redirecionamento da execução fiscal em face dela.

[...]

Analisando-se cuidadosamente os fundamentos mencionados pelo julgado no REsp 1095687/SP (Relator para o acórdão: Min. Herman Benjamin), é possível extrair que: (a) O simples transcurso de cinco anos da citação nem sempre é suficiente para decretar-se a prescrição intercorrente; (b) O crédito tributário não pode estar simultaneamente extinto (para o co-obrigado) e não-extinto (para o obrigado originário); (c) As circunstâncias posteriores à citação são relevantes para se identificar quando nasceu o "direito" ao redirecionamento; (d) Dentre essas circunstâncias, ao lado de outras, deve-se ter em mira quando o redirecionamento tornou-se necessário, porque esgotadas as providências contra o devedor inscrito no termo de dívida ativa; e, não menos importante (e) só se decreta prescrição contra quem foi omissor.

[...]

A execução fiscal foi originalmente ajuizada em face de FRIGORÍFICO CAMPO GRANDE LTDA. em 24/08/1999, mas foi redirecionada aos excipientes em 05/10/2011, pelo deferimento de pedido da exceção baseado na alegação de que eram administradores de sociedades integrantes de um mesmo grupo econômico, e que, em conjunto, haviam praticado atos abusivos com o intuito de livrar a executada original da responsabilidade por suas dívidas tributárias, de modo que poderiam ser responsabilizados patrimonialmente pela contribuição em cobro.

Consoante o que foi estabelecido acima em termos de verificação da inércia da exequente com o fim de estabelecimento do marco inicial da prescrição intercorrente, é evidente que está a se tratar de hipótese de verificação da possibilidade de redirecionamento em momento posterior ao de início da execução, de modo que, há de se perquirir em que instante (a) tornou-se necessário a busca pelo patrimônio dos excipientes, porque esgotadas as providências contra o devedor inscrito no termo de dívida ativa; e (b) quando a exceção teve diante de si informação suficiente da possibilidade de extensão da responsabilidade patrimonial às duas. Para tanto, há de ser verificada nos autos da execução fiscal qual foi a sequência de eventos que culminou com o pedido de redirecionamento, e qual a sua causa de pedir.

Importa ter em conta que o caso presente envolve contribuições sociais previdenciárias, de modo que o redirecionamento da execução poderia fundar-se, em tese e conforme a hipótese, em responsabilidade tributária por atos ilícitos e na responsabilidade por sucessão (art. 135-CTN; art. 132/CTN) ou em extensão dos efeitos da obrigação tributária por desvio de finalidade da pessoa jurídica ou confusão patrimonial (art. 50/CC; Lei n. 8.212/1991, art. 30, inc. IX; art. 124, II, CTN). Na verdade - e isso é reflexo da novidade do assunto no trato jurisprudencial - o pedido da exequente busca suporte no art. 124, I e II do CTN e no art. 30, IX, da Lei de Custeio.

Em que pese o tempo decorrido entre a citação da executada original até a citação das excipientes, tenho como certo que a situação destes autos é muito particular, de modo que não se aplicam os precedentes do E. STJ que autorizariam, em condições diversas, o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Tendo-se em conta que o instituto visa, pelo menos em parte, a penalizar a inércia, não tem cabimento dar-lhe guarida sem maior critério no caso dos autos. Prescrição só pode ser reconhecida em face de quem se omite de modo a vê-la transcorrer; e não é essa situação in casu.

De fato, conforme exaustivamente relatado, a execução jamais se paralisou pelo lapso legal. Ademais, a excepta foi sempre diligente na busca pela satisfação de seu crédito, tendo sempre requerido medidas no sentido do marco do lapso prescricional de que ora se trata, pois a constatação da ineficácia de seus seguidos esforços, porque inexistentes bens da executada original e dos seus administradores WALDIR NUNES DA SILVA e JOSÉ OROIDES FILHOS que fossem penhoráveis, é que ela partiu à investigação da sua atuação concatenada e ilícita com outras empresas para as quais o seu patrimônio foi sendo transferido.

Não se ignora o fato de que o redirecionamento aos administradores da executada original - e não aos ora excipientes - se deu com base em indícios de sua dissolução irregular, mas a sua descoberta também não pode ser o marco do lapso prescricional de que ora se trata, pois a pretensão de redirecionamento da execução fiscal com fulcro no abuso de personalidade no seio de grupo econômico não nasce apenas com a constatação de indícios da dissolução irregular da sociedade executada. Bem por isso, a data da constatação desta situação fática pelo Oficial de Justiça não poderia ser reputada como termo inicial da prescrição, justamente porque, considerada de modo isolado, não faz nascer a pretensão, já que não configura situação suficiente para este fim.

Não há dúvida da maior complexidade do fenômeno em apreço, sendo certo que uma situação isolada no tempo e no espaço como a relatada não basta ao seu reconhecimento.

Pelo contrário, a constatação da ocorrência de um processo blindagem patrimonial por meio da utilização de grupo econômico, demanda a análise da congruência de uma série de elementos estáticos - como a composição do quadro social - e dinâmicos - como negociações que camuflam a alocação de patrimônio -, de modo que é evidente que seu reconhecimento exige investigação acurada e prolongada no tempo que sirva à demonstração de situações que a configurem, tais como:

- Independência meramente formal de pessoas jurídicas (que, na realidade, submetem-se a uma mesma unidade gerencial, laboral e patrimonial)
- Identidade de administradores e contadores
- Formação de quadro societário pelos mesmos indivíduos ou seus parentes
- Estrutura administrativa compartilhada
- Recíprocas transferências de empregados
- Atuação idêntica, similar ou complementar
- Identidade de logomarcas
- Negociações comuns
- Escoamento total da produção para uma pessoa jurídica
- Possibilidade de movimentação das contas bancárias umas das outras
- Reconhecimento da existência de grupo econômico pela Justiça do Trabalho

Apenas da leitura deste rol já se destaca a complexidade da constatação do fenômeno que, por isso, demanda farta colheita de provas, que pode inclusive durar longo tempo, ainda mais considerando a dificuldade de acesso à documentação destes atos, e também a tentativa de ocultação dos fatos por parte dos envolvidos. É certo que os agentes do ilícito pretendem sempre escamotear sua malícia, travestindo de licitude as suas operações. Bem por isso, a constatação da comunhão do núcleo diretivo e do processo de esvaziamento patrimonial pode exigir a investigação do grupo econômico por meses, e até anos. É certo que os grupos mais traiçoeiros buscam evitar movimentos bruscos que chamem a atenção dos entes de controle, de modo que se faz mais do que razoável eventual demora no pedido, pois que, justamente, a verificação que se demanda seja verificada para este fim, é muito mais complexa do que a demanda para o redirecionamento da execução fiscal apenas com base na dissolução irregular da empresa.

Nesse sentido, a responsabilidade tributária entre os membros de um grupo econômico é possível se (i) a existência do grupo for provada (condição de validade para a aplicação normativa); (ii) existir fundamento legal autorizando a solidariedade e (iii) o Fisco apresentar provas de ocorrência do fato não tributizador da solidariedade.

É mesmo a hipótese dos autos. Após ter sido constatada a situação de inatividade da executada e de inexistência de bens dela e de seus administradores WALDIR NUNES DA SILVA e JOSÉ OROIDES FILHOS é que a excepta passou a proceder a pesquisas e descobriu que a executada original na verdade se inseria em um grupo econômico "de fato", no qual as empresas componentes têm poder de controle único, identidade de objeto mercantil, desenvolvimento de atividades em um mesmo local físico e constante transferência de patrimônio e alteração da estrutura societária, todos elementos de confusão patrimonial entre as empresas componentes do grupo.

Em suma: a eventual dissolução irregular de uma empresa não configura a situação necessária e suficiente ao nascimento da pretensão ao redirecionamento com sede em abuso de personalidade jurídica no seio de grupo econômico, sendo certo que a responsabilidade tributária das excipientes só pôde ser aferida muito tempo após o ajuizamento da ação executiva, como demonstra a petição da exequente exaustivamente fundamentada (fls. 285/293).

Dessa forma, não há se falar em prescrição para o redirecionamento do feito em face das excipientes, porque não houve inércia da exequente por prazo superior ao descrito no art. 174 do CTN."

Sobre a **ilegitimidade passiva do agravante**, incluído na qualidade de devedor solidário, diante da qualidade de administrador de empresas que compõe o grupo econômico de fato, cabe destacar o que constou da decisão agravada:

"[...]"

ILEGITIMIDADE PASSIVA

A verificação da ilegitimidade passiva dos administradores em sede de exceção de pré-executividade deve ser dar dentro dos restritos limites cognitivos que são próprios deste meio de defesa.

As alegações e os documentos trazidos pela exequente foram razões suficientes para inclusão dos excipientes no polo passivo da demanda, e o instrumento adequado para defesa contra imputação de corresponsabilidade tributária são os embargos à execução, sede em que é possível a cognição plena e dilação probatória.

Portanto, eventual deferimento da exclusão dos excipientes do polo passivo haveria de ser baseada em prova pré-constituída, robusta, e inequívoca da ausência de participação dos excipientes na situação motivadora do redirecionamento da execução fiscal.

Por outro lado, as provas e os argumentos trazidos pelas exceções não são suficientes para demonstração da alegada injustiça da decisão que determinou o redirecionamento da execução fiscal. Com efeito, os excipientes não foram capazes de demonstrar de modo indene a dívidas que não participaram de qualquer modo dos fatos que culminaram com sua inclusão no polo passivo do processo.

"[...]"

A arguição e as provas juntadas pelo excipiente não são suficientes para demonstrar do modo certo - como o meio de defesa escolhido exige - o alegado engano da decisão que motivou o redirecionamento da execução fiscal. Chama atenção o fato de que o excipiente, embora negue qualquer participação no grupo econômico analisado, tenha integrado o quadro societário de nada menos do que três sociedades participantes. E ainda: ocupou cargo de gerência pelo mais longo período justamente naquela que é considerada a líder do grupo econômico. Há ainda de se considerar que o grupo econômico iniciou sua atuação já em 1991 com a transferência da sede da CENTER CARNES RMLTDA (que depois se tornou RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA) para Nioaque/MS, com auxílio do excipiente. E que sua presença no quadro societário da RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (antes CENTER CARNES RMLTDA) coincide com o período em que iniciada a criação das "pseudo-empresas" integrantes do grupo econômico (a partir de 1994). Também é turva a sua participação na FRIGORÍFICO BOI BRANCO, e ainda a questão da confusão de seu patrimônio com ela. Há indícios de que, ainda que tenha saído do quadro societário das empresas componentes do grupo econômico, tenha seguido como administrador de fato (v. a sua presença como avalista da FRIGORÍFICO BOI BRANCO no contrato de arrendamento mercantil com o banco Sudameris- fls. 817).

Isto para dizer que a prova e os argumentos trazidos não são suficientes para uma pronta conclusão acerca de sua irresponsabilidade pelos tributos em cobro. Há muitas dívidas a serem esclarecidas, e uma indagação mais profunda acerca da matéria há de ser realizada na sede adequada que são os embargos à execução fiscal."

De fato, baseada a imputação da responsabilidade solidária do agravante na formação de grupo econômico de fato, blindagem patrimonial de empresa controladora, atuação em prejuízo do crédito tributário, em atuação dissimulada e fraudulenta, a mera alegação de que, formalmente, retirou-se das empresas que, ao que consta, integram o grupo econômico de fato, anteriormente aos fatos geradores não tem o efeito de afastar as conclusões obtidas pelo juízo de primeiro grau através de dados e provas apresentadas pela exequente, mesmo porque baseadas em ocorrência de fraude e dissimulação, sendo indispensável a utilização da via própria para a discussão diante da dilação probatória inerente à complexidade fático-probatória da defesa articulada, incompatível com a via da exceção de pré-executividade.

Por fim, cabe ressaltar que decisões proferidas em outras demandas executivas fiscais, excluindo o agravante do pólo passivo de tais ações, não vinculam a apuração, em outro feito, da responsabilidade do agravante, inexistindo coisa julgada a respeito do tema, sendo necessário ressaltar que o efeito translativo dos recursos não se aplica à hipótese, pois, embora a questão da legitimidade passiva constitua matéria de ordem pública, não o é a pretensão de aplicação de decisões de outros Juízos ao processo em curso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO MATERIAL. PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. FRAUDES. "ACTIO NATA". COMPLEXIDADE DAS QUESTÕES. NECESSIDADE DE DISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS DO DEVEDOR. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. RESTRITO A MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA.

1. A prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sujeita à interrupção de acordo com as causas enunciadas no parágrafo único do mesmo dispositivo.
2. O respectivo cômputo deve observar o artigo 174, CTN, não se aplicando a LEF. A causa interruptiva, considerada a redação originária e a que resultou da LC 118/2005, é apurada pelo critério da lei vigente à época da prática do ato respectivo, seja a citação, seja o despacho de citação, mas em qualquer dos casos com retroação do efeito interruptivo à data da propositura da ação, tal qual previsto no § 1º do artigo 219, CPC/1973, e § 1º do art. 240, CPC/2015, e, se verificada demora, desde que possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo judiciário, sem causalidade por parte da exequente, nos termos da Súmula 106/STJ.
3. A execução fiscal foi ajuizada, em 22/07/2004, para cobrança de multa tributária, constituída por auto de infração notificado ao contribuinte em 30/08/1999, bem como de débitos de COFINS e PIS com declarações entregues em 21/09/1999. A tentativa de citação postal restou infrutífera, tendo a exequente requerido, e sendo deferido, o redirecionamento da ação executiva aos sócios Waldir Nunes da Silva e José Oroides Filho. Aquele foi citado em 10/01/2006, o que interrompeu o prazo prescricional, nos termos do artigo 174, I, CTN, retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação, conforme disposto no artigo 240, § 1º, CPC/2015.
4. Embora a propositura da ação possa interromper a prescrição, nos termos da Súmula 106/STJ, é essencial que ocorra a citação para a retroação de seus efeitos e, ainda, que a eventual demora possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo da Justiça. No caso, a demora na citação não decorreu de omissão da exequente, sendo, neste ponto, decisiva a demora imputável ao mecanismo judiciário, autorizando a aplicação da Súmula 106/STJ.
5. O termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.
6. Fixou-se assim tese jurídica no sentido de que, na hipótese de prática de ato com excesso de poderes ou infração de lei após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento (Tema 444-REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019):
7. No caso, consta que o agravante ANTÔNIO JOSÉ DE OLIVEIRA foi incluído na qualidade de administrador de algumas empresas que compõem grupo econômico de fato com a executada original, sendo apurados fortes indícios de prática de fraudes com intuito de blindar o acervo patrimonial da empresa controladora de fato ("RM PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA"), arrendando tais bens às empresas controladas que praticavam os fatos geradores, gerando débitos irrecuperáveis pela autoridade fiscal diante da inexistência de patrimônio em nome destes.
8. Constam indícios de que a exequente somente constatou a existência de grupo econômico de fato, blindagem patrimonial da controladora, unidade gerencial, fraude em prejuízo do Fisco e criação de débitos tributário irrecuperáveis a partir do momento em que verificada a inexistência de bens em nome da empresa executada (controlada) e dos sócios, o que veio a ocorrer somente pouco tempo antes do requerimento de inclusão de empresas e pessoas físicas no pólo passivo, nos termos do artigo 124, I, CTN. Tais fatos revelam, em princípio, inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício, o que exige, diante da complexidade do tema, sua discussão em sede própria e adequada, qual seja, os embargos do devedor, mesmo porque, a fim de conferir plausibilidade às alegações do recorrente, sequer houve indicação específica do ponto do relatório fiscal em que indicado o conhecimento da existência do grupo econômico e das fraudes pelo Fisco em momento muito anterior.
9. Baseada a imputação da responsabilidade solidária do agravante na formação de grupo econômico de fato, blindagem patrimonial de empresa controladora, atuação em prejuízo do crédito tributário, em atuação dissimulada e fraudulenta, a mera alegação de que, formalmente, retirou-se das empresas que, ao que consta, integram o grupo econômico de fato, não tem o efeito de afastar conclusões obtidas pelo Juízo de primeiro grau através de dados e provas apresentadas pela exequente, mesmo porque baseadas em ocorrência de fraude e dissimulação, sendo indispensável a utilização da via própria para a discussão diante da dilação probatória inerente à complexidade fático-probatória da defesa articulada, incompatível com a via da exceção de pré-executividade.
10. Eventuais decisões proferidas em outras demandas executivas fiscais, excluindo o agravante do pólo passivo de tais ações, não vinculam a apuração, em outro feito, da responsabilidade do agravante, inexistindo coisa julgada a respeito do tema, sendo necessário ressaltar que o efeito translativo dos recursos não se aplica à hipótese, pois, embora a questão da legitimidade passiva constitua matéria de ordem pública, não o é a pretensão de aplicação de decisões de outros Juízos ao processo em curso.
11. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014847-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM, AGENCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO APARECIDO DE CARVALHO - SP174156-B

AGRAVADO: SAO JUDAS TADEU INDUSTRIA E COMERCIO DE GRANITOS E MARMORES LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ALBERTO DIAS - SP82592

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014847-33.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM, AGENCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO

Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO APARECIDO DE CARVALHO - SP174156-B

AGRAVADO: SAO JUDAS TADEU INDUSTRIA E COMERCIO DE GRANITOS E MARMORES LTDA - ME

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ALBERTO DIAS - SP82592

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, acolheu em parte exceção de pré-executividade para reconhecer a prescrição do crédito exequendo de competências de 01/1991 a 04/1994, 10 a 12/1998, e a decadência das competências de 04 a 07, e 10 a 12/1999, extinguindo parcialmente a execução fiscal, com condenação em honorários advocatícios de 10% do valor total da execução atualizado.

Alegou-se que: (1) havia previsão legal de prazo decadencial para créditos de CFEM com fato gerador ocorrido até 29/12/1998, que estavam sujeitos ao prazo prescricional de vinte anos; (2) não se aplica aos créditos de CFEM o prazo prescricional do Decreto 20.910/1932, mesmo com a publicação da Lei 9.636/1998, pois as receitas patrimoniais constituem ativos e não passivos; (3) a partir de 30/12/2018, com a edição da MP 1.787, posteriormente convertida na Lei 9.821/1999, os prazos decadencial e de prescrição foram fixados em cinco anos; (4) foi editada a MP 152/2003, posteriormente convertida na Lei 10.852/2004, alterando a redação do artigo 46 da Lei 9.636/1998 e o prazo decadencial para dez anos; e (5) a CFEM não tem natureza tributária e, portanto, não são aplicáveis as disposições do CTN.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014847-33.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM, AGENCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO APARECIDO DE CARVALHO - SP174156-B
AGRAVADO: SAO JUDAS TADEU INDUSTRIA E COMERCIO DE GRANITOS E MARMORES LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ALBERTO DIAS - SP82592
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consolidado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos prazos decadenciais e prescricionais que devem aplicados sobre a cobrança de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, cuja natureza é de receita patrimonial, conforme revela o seguinte julgado:

AgInt no AREsp 453.883, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 22/04/2019: "ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO MINERAL - CFEM. RECEITA PATRIMONIAL. PRAZO DECADENCIAL PARA A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, MEDIANTE LANÇAMENTO, INSTITUÍDO PELO ART. 2º DA LEI N. 9.821/99. SUCESSÃO DE NORMAS. LEI N. 10.852/2004. AMPLIAÇÃO DO INTERREGNO TEMPORAL DECADENCIAL. INCIDÊNCIA IMEDIATA. 1. A jurisprudência firmada neste Tribunal Superior, a partir do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.133.696/PE, fixou as seguintes teses: "(i) a decadência e a prescrição aplicáveis à Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM, por se tratar de receita patrimonial, são regidas pelo Decreto 20.910/32 até a edição da Lei 9.636/98. A partir de então, rege-se por essa norma federal, com as alterações implementadas pela Lei 9.821/1999 e 10.852/2004; (ii) as leis novas, que ampliaram o interregno temporal de constituição e cobrança dos créditos relativos à CFEM, aplicam-se aos prazos em curso à época da sua edição, computando-se o tempo já decorrido sob a égide da legislação anterior; (iii) os valores posteriores a agosto de 1999, quando entrou em vigor a Lei 9.821/1999, legitimam a autarquia a proceder ao lançamento no prazo de cinco anos, posteriormente alterado para 10 anos, de modo que poderiam ser constituídos até agosto de 2009; (iv) a exegese firmada no julgamento do REsp 1.133.696/PE, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), embora trate de taxa de ocupação de terreno de marinha, deixa expressamente consignado sua utilização nas receitas patrimoniais, o que inclui a CFEM". (REsp 1.725.769/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/11/2018). 2. Agravo interno a que se nega provimento."

A execução fiscal abrangue as competências **não sequenciais de 01/1991 a 04/1994**, e de **10/1998 a 09/2000**, tendo sido reconhecida a **prescrição de todos os débitos mais antigos até 04/1994** e, dentre os mais recentes, **de 10 a 12/1998**, além da **decadência dos de competências entre 04 a 07, e de 10 a 12/1999**.

Na espécie, os débitos de competência de **01/1991 a 04/1994**, com vencimento de 29/03/1991 a 30/06/1994, são anteriores ao advento da Lei 9.636, de 15/05/1998, sujeitos, pela natureza de receita patrimonial, ao Decreto 20.910/1932, de modo que, embora inexistente decadência por falta de previsão legal, tem aplicação a prescrição quinquenal, consumada antes do ajuizamento do feito em **24/10/2014** (ID 69815623, f. 4 e 8).

Em relação às cobranças das competências de **10 a 12/1998 e 04/1999**, vencidas entre **31/12/1998 e 25/02/1999**, e em **30/06/1999**, verifica-se que, apesar de constituídas na vigência da Lei 9.636/1998, são anteriores à Lei 9.821, de 23/08/1999, em vigor a partir de **24/08/1999**, não se lhes aplicando, portanto, a decadência. Contudo, é de rigor o reconhecimento da prescrição para tais cobranças, inclusive em relação à competência de 04/1999, pois, apesar da inscrição em dívida ativa em 18/07/2014 (CDA 02.062625.2014) eram exigíveis desde os respectivos vencimentos e também estavam sujeitas à prescrição quinquenal (ID 69815623, f. 6).

No tocante às competências de **07, e 10 a 12/1999**, com vencimento em **30/09/1999** e de **31/12/1999 a 29/02/2000**, por serem posteriores à alteração do artigo 47 da Lei 9.636/1998, pela Lei 9.821/1999, estavam sujeitas ao prazo decadencial e prescricional de cinco anos. Todavia, com o advento da Lei 10.852/2004, com vigência a partir de **30/03/2004**, houve a ampliação do prazo decadencial para dez anos, aplicável às receitas patrimoniais ainda não afetadas pelo prazo decadencial quinquenal.

Assim sendo, considerando a instauração do processo administrativo 932.398/2009 em **27/07/2009**, a NLFDP 4.928/2009 de 05/08/2009, a juntada do AR, a certificação de que não houve defesa do interessado, a decisão de manutenção da cobrança com identificação do interessado, a certificação de inexistência de recurso em **01/08/2011**, e a inscrição em dívida ativa em 18/07/2014, verifica-se inexistente a decadência de tais créditos (ID 69815623, f. 6, 38/39, e 70/83).

Ademais, também não estão prescritos, pois o feito foi ajuizado em **24/10/2014**, com despacho de citação em **30/05/2015** (ID 69815623, f. 4 e 17).

Neste sentido:

ApCiv 0001121-53.2019.4.03.9999, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 11/09/2019: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PARA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. ARTIGO 47 DA LEI 9.636/1998. LEI 10.852/2004. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. O crédito em execução é decorrente de Compensação Financeira para Exploração de Recursos Minerais - CFEM que possui natureza de dívida ativa não tributária. 2. Com relação às receitas patrimoniais anteriores ao advento da Lei nº 9.821/99, aplica-se a prescrição quinquenal. Já, em relação às receitas patrimoniais posteriores ao advento da Lei nº 9.821/99, em vigor a partir de 24/08/99, também incide o prazo prescricional quinquenal, passando, porém, a se sujeitarem ao prazo decadencial de cinco anos. Por fim, no que se refere às receitas patrimoniais posteriores ao advento da Lei nº 10.852/2004 que passou a vigor em 30/03/2004, incide o prazo prescricional quinquenal, e o prazo decadencial decenal (precedentes do STJ). 3. No caso dos autos, os débitos exequendos referem-se ao período de 01/1991 a 12/2000 (processo minerário de n.º 820.748/1987, CDA's de f. 3-5), e, ao período de 01/1991 a 01/1992 (processo minerário de n.º 820.646/1986, CDA's de f. 9-10). 4. O processo administrativo para a apuração dos débitos ocorreu em 14/04/2009 (cópia às f. 74). A tentativa de notificação da parte executada restou infrutífera (f. 85-85-v), sendo a notificação efetuada posteriormente através do D.O.U. em 19/03/2012 (cópias às f. 84-v). 5. Desse modo, no momento do ajuizamento da execução fiscal (22/04/2013, f. 2), já se encontravam prescritos os créditos referentes ao período de 01/1991 a 07/1999, por força da Lei nº 9.821/99. 6. Por outro lado, os valores posteriores à entrada em vigor da Lei nº 9.821/99 poderiam ser constituídos até o mês de agosto de 2009. Assim, como o processo administrativo para a apuração dos débitos ocorreu em 14/04/2009 (cópia às f. 74), e a ação executiva foi ajuizada em 22/04/2013 (f. 2), não ocorreu a prescrição nem a decadência, em relação aos créditos previstos para o período de 08/1999 a 12/2000. 7. Recurso de apelação parcialmente provido."

Embora acolhida em menor extensão a exceção de pré-executividade, fica mantida a sucumbência da exequente, fixada a verba honorária de 10% sobre o valor dos débitos excluídos da execução fiscal, proveito econômico atingido, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. CFEM. DECRETO 20.910/1932. LEIS 9.636/1998, 9.821/1999 E 10.852/2004. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA.

1. Consolidado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos prazos decadenciais e prescricionais que devem aplicados sobre a cobrança de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM, cuja natureza é de receita patrimonial.
2. As receitas patrimoniais da CFEM são regidas pela prescrição prevista no Decreto 20.910/1932 até o advento da Lei 9.636/1998, que passou a disciplinar a matéria, com as alterações das Leis 9.821/1999 e Lei 10.852/2004.
3. Afastada, na espécie, a decadência dos débitos de competência 07, e 10 a 12/1999, reintegrando-os à execução fiscal, mantida, porém, a condenação da exequente em verba honorária, a recair, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, CPC, sobre o valor dos débitos excluídos da cobrança judicial.
4. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016481-30.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: TAM LINHAS AEREAS S/A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RIVELLI - MS18605-A
AGRAVADO: IMUNOLAB LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS S/S LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: THAIS BARROS MESQUITA - SP281953-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por TAM Linhas Aéreas S.A. em face de decisão que deferiu pedido de tutela de urgência de Imunolab Laboratório de Análises Clínicas S/S Ltda., para que a entidade concessionária, juntamente com outras companhias aéreas, a ANAC e a União deem prioridade máxima ao embarque e desembarque de sangue e hemocomponentes nas operações de transporte que se originem da cidade de São Paulo ou que a ela se destinem.

Sustenta que a empresa não comprovou contratação com a TAM, nem o eventual atraso no transporte de carga. Argumenta que demonstrou apenas negociação com uma única companhia aérea, de modo que não se justifica o pedido de tutela de urgência contra todos.

Alega, de qualquer forma, que, em meio à pandemia do novo coronavírus e à redução drástica dos voos internos, oferece serviços emergenciais, nos quais se notabiliza um com entrega de carga em até duas horas após o desembarque – transporte denominado “próximo voo”.

Afirma que o serviço atende perfeitamente às necessidades de empresas que transportam sangue e hemocomponentes, comprometendo a alegação de atraso inaceitável no embarque e desembarque de material biológico.

Requer a antecipação de tutela recursal.

Decido.

A antecipação de tutela recursal deve ser deferida.

O transporte de sangue e hemocomponentes não tem sido dificultado, a ponto de justificar a imposição de prioridade máxima num contexto de pandemia do novo coronavírus (COVID-19) e de controle de deslocamento de pessoas e carga.

Imunolab Laboratório de Análises Clínicas S/S Ltda. não comprovou que o embarque e o desembarque do material biológico com origem ou destino na Capital de São Paulo ultrapassem um prazo razoável. Conforme os próprios relatos de situações que configurariam retenção desmedida de carga, o atraso não excedeu a um dia e não pôs em perigo a própria durabilidade do material.

Segundo o tempo de validade de cada hemocomponente que consta da petição inicial da tutela de urgência, a extensão do embarque e desembarque pelo prazo médio de um dia não chega a trazer risco de perecimento aos materiais, tanto que a laboratório não apresentou qualquer exemplo de inutilização em escala preocupante.

A ampliação do traslado do sangue em relação ao tempo dos voos regulares se deve a uma pandemia, a um estado de calamidade pública, que levaram à restrição e, em alguns casos, à interdição do transporte aéreo, como garantia de contenção do alastramento da doença.

Naturalmente, a presença de força maior, enquanto evento extraordinário e imprevisível, suspende total ou parcialmente as garantias de serviço público, sobretudo as de regularidade, continuidade e generalidade (artigo 65, II, d, da Lei n. 8.666 de 1993, artigo 6º, § 1º, da Lei n. 8.987 de 1995 e artigo 264, I, da Lei n. 7.565 de 1986). Não se pode exigir do Poder concedente ou da concessionária a prestação de um serviço no ritmo cabível em cenário de normalidade econômica e institucional.

Cabe a eles, na verdade, procurar minimizar os impactos da pandemia e do isolamento social, principalmente em relação a cargas cujo transporte seja essencial, como o sangue e hemocomponentes. E a ANAC tem agido dessa forma, mantendo o transporte aéreo regular em nível condizente com as medidas do estado de calamidade pública – “malha aérea essencial” –, sem que se possa cogitar de prioridade máxima num ambiente de limitação geral de voos.

Como já se explicou, o atraso do embarque e desembarque em operações de transporte que se originem na capital de São Paulo ou que a ela se destinem não se mostra desproporcional, nem produziu perecimento de material biológico em dimensão significativa, a ponto de caracterizar omissão da agência reguladora e justificar a intervenção do Poder Judiciário, na tutela do direito à saúde materializado no serviço de hemoterapia.

A ANAC, inclusive, em resposta à redução dos voos regulares e à essencialidade das cargas para o serviço de saúde do país, habilitou diversos operadores aéreos para o transporte de material biológico da categoria B, que abrange sangue, hemoderivados e hemocomponentes (Portaria n. 880/SPO de 2020).

Trata-se de mais um paliativo governamental para a ampliação de transporte de carga, que, embora seja mais oneroso, tenta suavizar a procura dos voos regulares e otimizar o embarque e o desembarque de produtos essenciais.

Nessas circunstâncias, não se pode cogitar de omissão da agência reguladora, nem de descumprimento de obrigações pelas companhias aéreas. O atraso no embarque e desembarque não tem chegado a nível preocupante e vem sendo atenuado em nível administrativo, através de habilitação de novos operadores aéreos.

A prestação do serviço aéreo ocorre numa conjuntura de força maior, de álea econômica extraordinária, que representa impedimento técnico para a política convencional de aviação civil e um limite para a intervenção do Poder Judiciário.

Se a ANAC e as companhias aéreas mantêm o transporte para atividades essenciais e oferecem opção para a redução de embarque e desembarque que se tomaram naturalmente mais demorados em decorrência de pandemia e de estado de calamidade pública, a intervenção do Poder Judiciário no sentido de prever prioridades máximas implica assunção de função administrativa, em ofensa da separação dos Poderes e da independência técnica e decisória das agências reguladoras (artigo 2º da CF, artigo 3º, *caput*, da Lei n. 13.848 de 2019 e artigo 8º, X, da Lei n. 11.182 de 2005).

A precipitação se torna ainda mais evidente, diante da constatação de que o serviço de hemoterapia não se encontra colapsado pelo tempo médio do traslado – razoável em situação de redução drástica de voos domésticos – ou por perecimento de material biológico, cuja validade é bem superior.

A diminuição vertiginosa das doações de sangue, devido à pandemia da COVID-19 e ao isolamento social, não pode ser carreada ao setor de aviação civil, na forma de aceleração do transporte dos estoques já doados.

Existem, portanto, elementos da probabilidade do direito, que condicionam a concessão de tutela de urgência em agravo de instrumento (artigos 300, *caput*, 932, II, e 1.019, I, do CPC).

O perigo da demora decorre da imposição de prioridade máxima para as operações de transporte aéreo, em prejuízo do funcionamento excepcional da aviação civil e das próprias medidas de controle do novo coronavírus.

Ante o exposto, nos termos dos artigos 300, *caput*, 932, II, e 1.019, I, do CPC, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal, para suspender a decisão proferida.

Comunique-se com urgência.

Dê-se ciência à agravante.

Intime-se a agravada para resposta ao recurso.

Oportunamente, inclua-se o agravo em pauta de julgamento.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014397-90.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADRIANA AASTUTO PEREIRA - SP389401-A, LARA PORTUGAL DA ROCHA - SP296822

INTERESSADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS, MUNICIPIO DE ILHA SOLTEIRA, RIO PARANÁ ENERGIA S.A, NIVALDO JOSE FERNANDES, EUCLYDES CESTARI JUNIOR, WILERSON ANTONIO CESTARI, WASHINGTON APARECIDO CESTARI, ROSELI MARTINS CARLESSI, ANALICE SILVA SOUZA CESTARI, CRISTIANE MARI CESTARI FERNANDES, ELIANA REGINA DE SÁ CESTARI

Advogado do(a) INTERESSADO: FABIO CORCIOLI MIGUEL - SP208565
Advogado do(a) INTERESSADO: WERNER GRAU NETO - SP120564
Advogado do(a) INTERESSADO: JOAO CARLOS LOURENCO - SP61076-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014397-90.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADRIANA ASTUTO PEREIRA - SP389401-A, LARA PORTUGAL DA ROCHA - SP296822

INTERESSADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS, MUNICIPIO DE ILHA SOLTEIRA, RIO PARANÁ ENERGIA S.A, NIVALDO JOSE FERNANDES, EUCLYDES CESTARI JUNIOR, WILERSON ANTONIO CESTARI, WASHINGTON APARECIDO CESTARI, ROSELI MARTINS CARLESSI, ANALICE SILVA SOUZA CESTARI, CRISTIANE MARI CESTARI FERNANDES, ELIANA REGINA DE SÁ CESTARI

Advogado do(a) INTERESSADO: FABIO CORCIOLI MIGUEL - SP208565

Advogado do(a) INTERESSADO: WERNER GRAU NETO - SP120564

Advogado do(a) INTERESSADO: JOAO CARLOS LOURENCO - SP61076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPETÊNCIA – TAXATIVIDADE MITIGADA - REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO SEM SUSCITAR CONFLITO - IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO PROVIDO.

I – Conquanto a hipótese não guarde relação de pertinência com o rol do artigo 1.015 do CPC, em decisão recente o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o rol tem taxatividade mitigada, cabendo o agravo de instrumento quando há urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso da apelação.

II – A ação civil pública foi ajuizada em 29.10.2008 perante a Subseção Judiciária de Jales e, posteriormente, com a implantação da Justiça Federal no município de Andradina, foi a esta redistribuída em agosto/2013. Discordando da redistribuição, competiria ao juízo suscitador conflito de competência, nos termos do artigo 66, parágrafo único, do CPC.

III – Agravo de instrumento provido para determinar a permanência do feito na Subseção Judiciária de Andradina."

Alegou o MPF erro no julgado, pois afastada a preliminar de ilegitimidade passiva da embargada em razão de a matéria ter sido decidida pela Turma julgadora no AI 5015589-92.2018.403.0000, cujo exame, porém, foi suspenso desde 19/11/2019, por pedido de vista.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014397-90.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: CESP COMPANHIA ENERGETICA DE SAO PAULO

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADRIANA ASTUTO PEREIRA - SP389401-A, LARA PORTUGAL DA ROCHA - SP296822

INTERESSADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL, INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS, MUNICIPIO DE ILHA SOLTEIRA, RIO PARANÁ ENERGIA S.A, NIVALDO JOSE FERNANDES, EUCLYDES CESTARI JUNIOR, WILERSON ANTONIO CESTARI, WASHINGTON APARECIDO CESTARI, ROSELI MARTINS CARLESSI, ANALICE SILVA SOUZA CESTARI, CRISTIANE MARI CESTARI FERNANDES, ELIANA REGINA DE SÁ CESTARI

Advogado do(a) INTERESSADO: FABIO CORCIOLI MIGUEL - SP208565

Advogado do(a) INTERESSADO: WERNER GRAU NETO - SP120564

Advogado do(a) INTERESSADO: JOAO CARLOS LOURENCO - SP61076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consta no corpo do voto condutor:

"Apesar de o Ministério Público Federal arguir ausência de interesse processual da CESP por não figurar no polo passivo da lide, a decisão que a excluiu do polo passivo foi modificada por este E. Tribunal (AI n° 5015589-92.2018.4.03.0000). Resta, assim, nítido o interesse processual da agravante."

Emanálise ao mencionado agravo de instrumento, verifica-se que o mesmo foi levado à apreciação do colegiado na sessão de julgamento de 19/11/2019, sendo lavrada a seguinte certidão de julgamento:

"Certifico que a Egrégia 3ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada em 19 de novembro de 2019, proferiu a seguinte decisão: Após o voto da Relatora, dando provimento ao agravo de instrumento, pediu vista o Des. Fed. MAIRAN MAIA. Aguarda para votar o Des. Fed. NELTON DOS SANTOS."

O julgamento do feito foi finalizado na sessão de julgamento de 04/12/2019, sendo lavrada a seguinte certidão de julgamento:

"Certifico que a Egrégia 3ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada em 04/12/2019, proferiu a seguinte decisão: **a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MAIRAN MAIA, que lavrará o acórdão, vencida a Relatora que lhe dava provimento.** "

Com efeito, o voto condutor do julgado tratou da legitimidade passiva da embargada conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

"Com efeito, foram realizados os seguintes pedidos na petição inicial:

"Diante de todo o exposto, requer o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL:

1 - a citação de todos os requeridos, pessoalmente ou nas pessoas de seus representantes legais, para o fim de responderem aos termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão, nos termos do artigo 319 CPC;

2 - a condenação da WILERSON ANTÔNIO CESTARI, WASHINGTON APARECIDO CESTARI, EUCLYDES CESTARI JUNIOR, NIVALDO JOSÉ FERNANDES e suas respectivas ESPOSAS, nos termos do artigo 3º e seguintes da Lei no 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública): a) à obrigação de fazer consistente na completa recuperação da área de preservação permanente efetivamente prejudicada (florestamento), mediante a retirada das edificações e impermeabilizações existentes no local e adoção de práticas de adequação ambiental, utilizando-se técnicas de plantio e de manutenção da área e produtos não lesivos ao meio ambiente, mediante a supervisão do órgão ambiental, que deverá aprovar a forma de recuperação; b) à obrigação de coibir toda e qualquer atividade que possa causar lesão à área de preservação permanente objeto da ação civil pública ou nela promover ou permitir que se promovam atividades danosas, ainda que parcialmente;

3 - a condenação de ILHA SOLTEIRA/SP e a empresa CESP, solidariamente, à obrigação de fazer consistente na completa recuperação da área de preservação permanente efetivamente prejudicada: a) mediante a remoção das edificações existentes no local, caso não cumprida a obrigação pelos réus rancheiros, e adoção de práticas de adequação ambiental, utilizando-se técnicas de plantio e de manutenção da área e produtos não lesivos ao meio ambiente; ou b) mediante o auxílio na remoção das edificações existentes no local e da adoção de práticas de adequação ambiental, utilizando-se técnicas de plantio e de manutenção da área e produtos não lesivos ao meio ambiente;

4 - a condenação do IBAMA na obrigação de fazer consistente na fiscalização e acompanhamento técnico ambiental até completa recuperação da área de preservação permanente;

5 - a condenação do IBAMA e do MUNICÍPIO DE ILHA SOLTEIRA/SP, na obrigação de fazer consistente no desempenho de seu poder de Polícia Ambiental, para realizarem fiscalização diuturna, ostensiva e ininterrupta em toda a APP, no sentido de: a) realizarem a delimitação física da APP; b) evitar novas construções ou edificações; c) interromper toda e qualquer atividade em andamento que estiver em desacordo com a legislação ambiental protetora da APP, realizando para tanto, interdições, aplicação de multa, embargos e demolições; d) realizar vistoria mensal em toda a APP, para o cumprimento das obrigações acima mencionadas, fiscalizando as delimitações físicas realizadas, remetendo mensalmente a este juízo relatório de tais vistorias, sob pena de multa a ser estipulado por Vossa Excelência por descumprimento; e) que AFIXEM, mantenham e conservem as placas alertando sobre os limites da APP, informando ainda que se trata de bem insuscetível de ocupação/utilização.

6 - a condenação de WILERSON ANTÔNIO CESTARI, WASHINGTON APARECIDO CESTARI, EUCLYDES CESTARI JUNIOR, NIVALDO JOSÉ FERNANDES, e da empresa CESP ao pagamento de indenização quantificada em perícia ou por arbitramento deste Juízo Federal, correspondente aos danos ambientais que, no curso do processo, mostrarem-se técnica e absolutamente irreversíveis nas áreas de preservação permanente irregularmente utilizadas pelos réus, acrescidas de juros e correção monetária, a ser recolhida ao Fundo a que se refere o artigo 13 da Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública);

7 - cominar multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, para a hipótese de descumprimento das obrigações impostas nos itens acima;

8 - seja reconhecida e declarada a rescisão do contrato de concessão entre a concessionária de energia e o infrator por quebra de cláusula contratual - (preservação do meio ambiente);

9- A procedência dos pedidos em todos os seus termos; e

10 - a condenação dos réus no pagamento das custas, honorários periciais e demais despesas processuais" – grifei.

A legitimidade "ad causam" consiste na imputação subjetiva da pessoa para responder pelos pedidos deduzidos na inicial, formulados pelo autor. Há indissociável e necessária correlação entre os pedidos deduzidos e o responsável pela sua satisfação. Com efeito, deve figurar no polo passivo da relação processual a pessoa ou pessoas que efetivamente podem cumprir o comando judicial, caso julgado procedente o pedido. Essa correlação é aferida não somente considerando a situação jurídica posta inicialmente na lide, mas, também, as eventuais futuras modificações objetivas e subjetivas que possam comprometer a eficácia da decisão jurisdicional.

O pedido deduzido no item 3 da inicial somente poderá ser cumprido pela empresa concessionária da área, pois consiste em obrigação de fazer própria da concessão.

Observa-se dos pedidos acima destacados que eventual condenação da CESP dependerá materialmente das ações da empresa concessionária ocupante da área discutida, ora Agravante. Sendo assim, o reconhecimento de sua ilegitimidade neste momento processual poderá, posteriormente, acarretar em inutilidade do provimento judicial postulado, e no prévio reconhecimento de sua irresponsabilidade."

(...)

"Portanto, considerando os pedidos feitos, cabível a manutenção da CESP no polo passivo da ação.

Ante o exposto, divirjo da e. Relatora para manter a Agravante no polo passivo e dou parcial provimento ao agravo de instrumento para também manter a CESP no polo passivo da ação civil pública em comento."

Como se observa, apesar do julgamento ter sido concluído em 04/12/2019, o colegiado firmou entendimento no sentido de ser a embargada parte legítima para figurar no polo passivo da ação civil pública em andamento no Juízo Federal declarado competente neste agravo de instrumento, afastando, assim, o erro de fato narrado.

Ainda que pendentes eventuais embargos de declaração, as razões articuladas em tal julgado são suficientes a respaldar a conclusão de que se cuida nos presentes autos.

As alegações não envolvem, enfim, omissão, contradição, obscuridade ou erro de fato sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro *in judicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é de reapreciar a causa como pretendido.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aprofundado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA CESP EM FIGURAR NO PÓLO PASSIVO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. Em julgamento concluído em 04/12/2019, o colegiado firmou entendimento no sentido de ser a embargada parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública em andamento no Juízo Federal declarado competente neste agravo de instrumento.
2. Decidiu-se, na ocasião, que, em relação aos pedidos formulados, que *"eventual condenação da CESP dependerá materialmente das ações da empresa concessionária ocupante da área discutida, ora Agravante. Sendo assim, o reconhecimento de sua ilegitimidade neste momento processual poderá, posteriormente, acarretar em inutilidade do provimento judicial postulado, e no prévio reconhecimento de sua irresponsabilidade."*
3. As alegações não envolvem omissão, contradição, obscuridade ou erro de fato sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026748-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DA ROCHA SALVIATTI - SP147502
AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026748-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DA ROCHA SALVIATTI - SP147502
AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, deferiu a substituição da CDA e determinou o prosseguimento do feito, devolvendo à executada o prazo para embargos.

Alegou-se que: (1) é incabível a substituição da CDA, pois não se tratou de correção de erro material ou formal na CDA original, mas de alteração do próprio lançamento, não sendo aplicáveis os artigos 2º, § 8º, da Lei 6.830/1980 e 203 do Código Tributário Nacional; (2) deve ser declarada extinta a execução fiscal com a condenação da exequente em honorários sucumbenciais sobre o valor total da execução fiscal originária ou, ao menos, sobre a parcela da dívida cancelada.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026748-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DA ROCHA SALVIATTI - SP147502
AGRAVADO: ANATEL - AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a execução fiscal foi ajuizada para cobrança de FUST, ano-base de 2012, no valor total de R\$ 3.432.191,64 (três milhões, quatrocentos e trinta e dois mil, cento e noventa e um reais e sessenta e quatro centavos), com arbitramento da receita bruta mensal da agravante, uma vez que não haviam sido apresentados documentos solicitados.

Houve exceção de pré-executividade, alegando nulidade do arbitramento, por falhas na metodologia e procedimento adotados, de modo a desconstruir a liquidez e certeza da CDA.

No curso da execução fiscal houve nova análise da documentação contábil no processo administrativo, após apresentados documentos pela agravante, sendo proferida decisão de rejeição do cálculo anterior, reduzindo o débito inscrito em dívida ativa para R\$ 43.484,86 (quarenta e três mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e oitenta e seis centavos).

A agravante requereu a extinção da execução fiscal, ao passo que a exequente solicitou a substituição da CDA, passando a constar o novo débito no valor de R\$ 117.700,38 (cento e dezessete mil e setecentos reais e trinta e oito centavos).

Em seguida, foi proferida a decisão ora agravada, deferindo a substituição da certidão de dívida ativa e devolvendo o prazo para embargos, julgando prejudicadas as alegações anteriores contrárias à higidez da certidão de dívida ativa, tendo em vista a substituição da CDA.

A substituição da CDA tem amparo legal (artigos 203, CTN, e 2º, § 8º, LEF) e jurisprudencial (Súmula 392/STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução").

O erro de cálculo na apuração do valor do tributo pode ser objeto de correção mediante substituição da CDA, conforme já decidiu o Corte Superior:

AIRESP 1.642.196, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 17/12/2018: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. APURAÇÃO DO MONTANTE QUE PODE SER FEITA MEDIANTE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO. NULIDADE DA CDA. INEXISTÊNCIA. TESE DE ERRO NO LANÇAMENTO, NÃO SENDO POSSÍVEL SUA REVISÃO. NECESSIDADE DE REVER O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Segundo a jurisprudência do STJ a CDA preserva a sua higidez quando a apuração do débito puder ser extraída por meros cálculos. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou "Desse modo, mediante simples cálculo aritmético é possível constatar o excesso na CDA no valor de R\$ 15.000,27 (quinze mil reais e vinte e sete centavos), do qual deve ser decotado do débito em execução, cujos valores devem ser corrigidos na data de seu efetivo pagamento. Por oportuno, deixo claro de acordo com a jurisprudência dominante perante o Superior Tribunal de Justiça, o excesso na cobrança expressa na CDA não macula a sua liquidez, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos, caso dos autos, por isso que desnecessária a substituição da CDA". 3. Modificar a conclusão do acórdão decorrido, de modo a acolher a tese da recorrente de que houve erro no lançamento não sendo possível a sua revisão, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ 4. Agravo Interno não provido."

Validada a substituição da CDA, pleiteou a agravante a imposição de verba honorária, porém a decisão agravada julgou prejudicadas as alegações deduzidas. Percebe-se, de qualquer forma, que existe controvérsia em pontos relevantes à definição da sucumbência, assim, por exemplo, se o erro no cálculo da dívida derivou de omissão da agravante, em apresentar toda a documentação necessária à apuração do quanto devido, ou da agravada, por não ter eventualmente seguido o procedimento e metodologia adequados.

Não cabe definir, em tese, a sucumbência sem elementos fáticos essenciais ao deslinde respectivo, pois a agravante não logrou demonstrar a causalidade e a responsabilidade processual. Ressalva-se, porém, o direito de discutir tal questão em eventuais embargos à execução fiscal, sede própria e oportuna para a avaliação da sucumbência em tais circunstâncias.

Neste sentido:

REsp 1.696.985, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19/12/2017: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IRREGULARIDADES NA CDA. SÚMULA 7/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria (arts. 156 e 174 do CTN, art. 620 do CPC/1973 e art. 884 do CC) que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF. 2. O Tribunal de origem concluiu que, após a substituição da CDA, o título executivo deixou de apresentar qualquer irregularidade, bem como que a empresa recorrida não comprovou a existência de vício ou nulidade. A revisão desse entendimento atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 3. Quanto ao cabimento dos honorários advocatícios em relação ao montante excluído da CDA original, a Corte local aplicou equivocadamente a exegese da legislação federal. Os precedentes do STJ somente dispensam o arbitramento da verba honorária no imediato momento em que a CDA é substituída, com o prosseguimento da Execução Fiscal. 4. Reserve-se, no entanto, a possibilidade de, no julgamento final dos Embargos do Devedor, verificar se a substituição da CDA decorreu de acolhimento parcial dos argumentos suscitados pela parte executada, hipótese em que, conforme a proporção da sucumbência, será em tese cabível o arbitramento da verba honorária. 5. Há necessidade, portanto, de devolução dos autos para que, exclusivamente no que diz respeito ao capítulo dos honorários advocatícios, o Tribunal a quo faça o juízo de adequação, se for o caso, observando os parâmetros acima delineados. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido."

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para ressaltar que a discussão da sucumbência, em função da exceção de pré-executividade e da substituição da CDA, seja apreciada caso opostos embargos pelo devedor em relação ao atual título executivo.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. SUCUMBÊNCIA. DISCUSSÃO CABÍVEL EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. A substituição da CDA tem amparo legal (artigos 203, CTN, e 2º, § 8º, LEF) e jurisprudencial (Súmula 392/STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução").

2. O erro de cálculo na apuração do valor do tributo pode ser corrigido mediante substituição da CDA, conforme já decidiu o Corte Superior.

3. Validada a substituição da CDA, pleiteou a agravante a imposição de verba honorária, porém a decisão agravada julgou prejudicadas as alegações deduzidas. Percebe-se, de qualquer forma, que existe controvérsia em pontos relevantes à definição da sucumbência, assim, por exemplo, se o erro no cálculo da dívida derivou de omissão da agravante, em apresentar toda a documentação necessária à apuração do quanto devido, ou da agravada, por não ter eventualmente seguido o procedimento e metodologia adequados. Não cabe definir, em tese, a sucumbência sem elementos fáticos essenciais ao deslinde respectivo, pois a agravante não logrou demonstrar a causalidade e a responsabilidade processual. Ressalva-se, porém, o direito de discutir tal questão em eventuais embargos à execução fiscal, sede própria e oportuna para a avaliação da sucumbência em tais circunstâncias.

4. Agravo de instrumento provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento para ressaltar que a discussão da sucumbência, em função da exceção de pré-executividade e da substituição da CDA, seja apreciada caso opostos embargos pelo devedor em relação ao atual título executivo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SOELBRA SOCIEDADE ELETROQUIMICA BRASILEIRA LTDA - ME, LIGIA REGINA HUGENNEYER KOGOS, SANDRA CRISTINA HUGENNEYER, ALVARO CELIO DE MAGALHAES HUGENNEYER, DIRCE PEPE HUGENNEYER
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE FRANCISCO CUNHA FERRAZ FILHO - SP106352-A
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027795-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SOELBRA SOCIEDADE ELETROQUIMICA BRASILEIRA LTDA - ME, LIGIA REGINA HUGENNEYER KOGOS, SANDRA CRISTINA HUGENNEYER, ALVARO CELIO DE MAGALHAES HUGENNEYER, DIRCE PEPE HUGENNEYER
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE FRANCISCO CUNHA FERRAZ FILHO - SP106352-A
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, acolheu exceções de pré-executividade, excluindo os corresponsabilizados Alvaro Celio de Magalhães Hugenneyer e Dirce Pepe Hugenneyer do pólo passivo, sob fundamento da prescrição da pretensão para o redirecionamento.

Alegou que o prazo da prescrição para redirecionamento da ação executiva aos sócios, na hipótese da prática de ato com excesso de poder ou infração de lei posterior à citação da empresa executada, não tem início nesta, mas com a data do nascimento da pretensão de redirecionamento, adotando-se da teoria da "actio nata".

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027795-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: SOELBRA SOCIEDADE ELETROQUIMICA BRASILEIRA LTDA - ME, LIGIA REGINA HUGENNEYER KOGOS, SANDRA CRISTINA HUGENNEYER, ALVARO CELIO DE MAGALHAES HUGENNEYER, DIRCE PEPE HUGENNEYER
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogado do(a) AGRAVADO: JOSE FRANCISCO CUNHA FERRAZ FILHO - SP106352-A
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO HENRIQUE DE SOUSA LIMA - SP132293, LUIZ FERNANDO ROMANO BELLUCI - SP122829
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão agravada acolheu parcialmente exceção de pré-executividade, sob fundamento de que parte dos débitos executados estariam prescritos, assim como prescrita estaria a pretensão de redirecionamento da ação aos sócios que, falecidos, foram sucedidos pelos herdeiros. Desta forma, a PFN interpôs o agravo de instrumento para alterar a decisão em relação à prescrição para redirecionamento da ação executiva aos sócios.

Inicialmente, cabe ressaltar a inviabilidade da análise das alegações efetuadas pela agravada em contraminuta, relativas à ilegitimidade passiva dos sócios da empresa executada e dos sucessores, sob alegação de: (1) inoocorrência de dissolução irregular; (2) falta de citação dos sócios corresponsabilizados, inviabilizando a inclusão do espólio com o passamento daqueles; e (3) inviabilidade de redirecionamento aos herdeiros de corresponsabilizados sem comprovação da transmissão de bens na sucessão.

De fato, deduzidas as mesmas alegações relativas à ilegitimidade passiva dos sócios e sucessores na exceção de pré-executividade, deixou o Juízo de efetuar a análise respectiva sob entendimento da imprescindibilidade de análise mais apurada dos fatos e eventual necessidade de produção de provas, exigindo assim discussão através dos embargos do devedor (Id 100485352, f. 100):

"A coexecutada LIGIA REGINA HUGENNEYER KOGOS opôs exceção de pré-executividade em que alega, em síntese, ilegitimidade passiva, prescrição para o redirecionamento da ação e prescrição parcial dos débitos, bem como requer a condenação da exequente em litigância de má-fé (fls. 359/479).

No caso em tela, verificando as alegações da executada, entendo que, com exceção da alegação da prescrição do crédito tributário e da prescrição para o redirecionamento da ação, a matéria requer dilação para uma análise mais apurada dos fatos, sendo própria, portanto, para ser discutida em sede de embargos"

Sobre tal fundamento, a agravada não apresentou razões específicas para alterar a decisão, deixando de observar a exigência prevista no artigo 1.016, III, CPC ("as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão e o próprio pedido"), impedindo assim o conhecimento das alegações em sede de contraminuta, ante a inobservância do princípio da dialeticidade.

Neste sentido já decidiu esta Turma:

AI 0011041-80.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 13/06/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O artigo 1.016 do Código de Processo Civil traz, como um dos requisitos da petição do agravo de instrumento razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão. 2. O pronunciamento agravado consigna que os débitos foram declarados pelo contribuinte e posteriormente parcelados, indica a data da propositura da execução fiscal, bem como os marcos interruptivos verificados no presente caso, afasta a alegação de decadência e reafirma a não ocorrência de prescrição, bem como destaca a inexistência de inércia da União. 3. A agravante limita-se a: 1) invocar o disposto no artigo 173 do Código Tributário Nacional; 2) afirmar que ocorreu a decadência por conta da data em que ajuizada a execução fiscal; e 3) alegar que deve ser reconhecida a prescrição. 4. A recorrente não articula de forma específica eventual desacerto na decisão recorrida, pois, a título de exemplo, sequer indica quais marcos deveriam ser e não teriam sido considerados pelo MM. Juiz de primeira instância. 5. Verifica-se que a recorrente não cumpriu a exigência de apresentação das razões do pedido de reforma da decisão agravada, ou seja, não obedeceu ao princípio da dialeticidade. 6. Ainda que decadência e prescrição sejam matérias cognoscíveis de ofício, necessária, para seu conhecimento em sede recursal, a devida abertura da instância mediante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade do agravo de instrumento. Precedente do STJ. 7. O artigo 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil aplica-se apenas às hipóteses de vícios formais, e não servindo para complementação de fundamentação. 8. Agravo de instrumento não conhecido."

No tocante às alegações vertidas no agravo de instrumento, em julgamento submetido ao rito repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.

Fixou-se assim tese jurídica no sentido de que, na hipótese de dissolução irregular após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento (Tema 444-REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019):

"(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrum que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional".

Neste sentido, a ementa de tal julgado:

REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica". DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte" 4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-vista - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária. 6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009. 7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010. 8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing). 10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar a fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. TESE REPETITIVA 14. **Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustrado que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição. 16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal. 17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciarem-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados. 18. Recurso Especial provido."**

Na espécie, ajuizada a execução fiscal contra a pessoa jurídica (Id 100485349, f. 06), esta foi citada (Id 100485349, f. 24), sendo penhorados bens através de cumprimento de mandado por oficial de Justiça (Id 100485349, f. 33). Houve oposição de embargos do devedor, julgados improcedentes (Id 100485349, f. 41; Id 100485349, f. 74; e Id 100485349, f. 02). Os bens foram levados a leilão (Id 100485350, f. 24; Id 100485350, f. 25; Id 100485350, f. 28; e Id 100485350, f. 29), sem que houvesse arrematantes (Id 100485350, f. 30; Id 100485350, f. 31; Id 100485350, f. 32; e Id 100485350, f. 33).

Ocorre que, em diligência do oficial de Justiça, em 19/10/2009, para reavaliação dos bens antes da realização das atas, foi certificado que a empresa não estava mais sediada no endereço cadastral (Id 100485350, f. 06). Em seguida, em 08/12/2009, certificou o oficial de Justiça que, ao se dirigir ao endereço do representante legal da empresa, foi informado por este que a pessoa jurídica encontrava-se inativa (Id 100485350, f. 07). Por sua vez, após inúmeros requerimentos e procedimentos nos autos, certificou o oficial de Justiça, em 22/10/2012, em diligência para substituição de penhora, ter sido informado no endereço da empresa que esta havia encerrado suas atividades em 2008 (Id 100485350, f. 48).

Posteriormente, em manifestação da empresa executada, em 02/05/2013, esta reiterou a informação de que encerrou suas atividades (Id 100485350, f. 50). Diante de tal manifestação, a PFN requereu a inclusão dos sócios, em 16/07/2013 (Id 100485350, f. 19), sendo tal medida deferida em 24/10/2013 (Id 100485350, f. 200).

Conforme se verifica, a exequente detém ciência de que a empresa executada encerrou suas atividades desde dezembro/2009, vindo a requerer o redirecionamento da ação executiva aos sócios em julho/2013, demonstrando a inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício, afastando-se assim a ocorrência de prescrição para inclusão dos sócios.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. TEMA 444/STJ. DISSOLUÇÃO IRREGULAR APÓS A CITAÇÃO DA EXECUTADA PRINCIPAL. TERMO INICIAL. DATADO NASCIMENTO DA PRETENSÃO.

1. Inviável a apreciação das alegações da agravada relativas à ilegitimidade passiva dos sócios e sucessores, pois, originalmente efetuadas na exceção de pré-executividade, deixou o Juízo de analisá-las, por entender inadequadas na via eleita, exigindo discussão por embargos do devedor, o que não foi impugnado a tempo e modo, deixando de observar a exigência prevista no artigo 1.016, III, CPC, e o princípio da dialética.

2. Em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 444-REsp 1201993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.

3. Fixou-se no julgamento tese jurídica no sentido de que, na hipótese em que a dissolução irregular ocorrer após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento.

4. A exequente detém ciência de que a empresa executada encerrou suas atividades desde dezembro/2009, vindo a requerer o redirecionamento da ação executiva aos sócios em julho/2013, demonstrando a inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício, afastando-se assim a ocorrência de prescrição para inclusão dos sócios.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028074-05.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
APELADO: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028074-05.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
APELADO: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão assimentado (ID 107344896):

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RESP 1.012.903/RJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS PELO AUTOR SOB A ÊGIDE DA LEI Nº 7.713/88. NÃO INCIDÊNCIA DE IR. Honorários advocatícios. apelação do autor provida em parte. Apelação da união não provida. 1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de o autor obter, em suma, a repetição de indébito, com reembolso do imposto de renda retido na fonte da autora sobre as verbas indenizatórias recebidas em razão da Opção pela Extinção da Complementação de Aposentadoria, decorrente do plano de previdência privada instituído pelo BANESPREV (Fundo Banespa de Seguridade Social). 2. Determinou o acórdão anteriormente prolatado que a verba recebida pelo autor consistiria em acréscimo patrimonial que se sujeitaria à incidência do imposto de renda, a teor do disposto no artigo 43 do CTN, e negou provimento à apelação do autor: 3. Ocorre que, em verdade, esse entendimento destoa da jurisprudência do STJ (REsp 1.012.903/RJ), em julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC. 4. Em verdade, por força da isenção concedida pelo artigo 6º, VII, da Lei 7.713/88, na redação b anterior à que lhe foi dada pela Lei n. 9.250/95, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada, cujo ônus tenha sido do participante, no período de 01.01.1989 a 31.12.1995. 5. A vedação ao não depende do momento do resgate ou do início da fruição bis in idem do benefício pelo contribuinte; comprovado que, durante a vigência da Lei n. 7.713/88, houve contribuição para a formação do fundo, independentemente se mantida a atividade laboral ou se passado à inatividade, e havendo nova incidência de IRRF na fruição do benefício, é devida a repetição do indébito tributário. Precedentes do STJ e deste Tribunal. 6. No que tange à sucumbência, considerando que o autor decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do artigo 21, parágrafo único, e do artigo 20, §§3º e 4º, do CPC, inverte o ônus e, com fulcro nos princípios da equidade, da causalidade e da razoabilidade, condeno a União ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais). 7. Apelação do autor provida em parte e apelação da União não provida, em juízo de retratação”.

Alega a embargante, em síntese, que:

- a) não se trata, aqui, de recebimento de parcelas referentes a Plano de Demissão Voluntária, mas sim de resgate antecipado das parcelas promovido pela entidade de previdência privada, pois a embargada já vinha recebendo as contribuições com o devido desconto pela entidade do IRPF, sendo, portanto, imprescindível a incidência do imposto de renda;
- b) não houve pedido de não incidência do IRPF em razão da Lei nº 7.713/98, na parte afastada pelo STJ, de modo que o v. acórdão decidiu *extra petita* e deve ser reformado.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0028074-05.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
APELADO: OZEIAS TEIXEIRA NUNES, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO MANOEL LEITE - SP26031
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A **Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora)**: É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado, tampouco julgamento “extra petita” a ser anulado.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no REsp1452677, não constitui julgamento extra petita a decisão que aprecia o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo.

No mesmo sentido é o entendimento firmado no AgInt no REsp 1546086, conforme segue:

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE OBRAS MUSICAIS CUMULADA COM REPARAÇÃO POR PERDAS E DANOS, LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ADSTRICÇÃO DA SENTENÇA AO PEDIDO E À CAUSA DE PEDIR. DEFINIÇÃO DO AN DEBEATUR NO TÍTULO JUDICIAL. APURAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR. FASE DE LIQUIDAÇÃO. POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESPECIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/1973, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade. 2. Não há falar em julgamento extra petita quando decidida a causa dentro dos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir eleita pela parte autora da demanda e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial. 3. A certeza da condenação resulta da definição adequada do an debeat; sendo assente na jurisprudência da Corte que inexistente óbice a que a apuração do quantum debeat se dê na fase de liquidação. Precedente. (...). 5. Agravo interno não provido”. (AgInt no REsp 1546086/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016) (grifei)

Sendo assim, *in casu*, o acórdão não desbordou dos contornos da lide, que são delimitados pela causa de pedir e pelo pedido formulado pela parte autora da demanda, restando infundada a alegação da União.

Ademais, cumpre asseverar que a questão posta em análise diz respeito, de fato, a verbas indenizatórias recebidas em razão da Opção pela Extinção da Complementação de Aposentadoria, decorrente do plano de previdência privada instituído pelo BANESPREV (Fundo Banespa de Seguridade Social), como bem fundamentado no aresto, e não de recebimento de parcelas referentes a Plano de Demissão Voluntária.

O que se percebe, portanto, é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. NÃO CONFIGURADO. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado, tampouco julgamento “extra petita” a ser anulado.
3. Segundo o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no AgInt no REsp1452677, não constitui julgamento “extra petita” a decisão que aprecia o pleito inicial interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo.
4. O acórdão, *in casu*, não desbordou dos contornos da lide, que são delimitados pela causa de pedir e pelo pedido formulado pela parte autora da demanda, restando infundada a alegação da União. Precedente.
5. O que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027243-42.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MAURO MARTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRIQUE CORTEZ SILVA - SP390610-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027243-42.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MAURO MARTOS

Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRIQUE CORTEZ SILVA - SP390610-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade oposta por sócio corresponsabilizado, sob alegação de prescrição intercorrente.

Alegou que: (1) decorreram dezessete anos desde a citação efetiva sem que houvesse realização de penhora capaz de garantir o débito executado, por culpa exclusiva do exequente, tendo a demanda sido suspensa durante anos sem qualquer requerimento ou diligência; (2) o início da suspensão por um ano antes do arquivamento provisório ocorreu por requerimento da exequente, em 08/01/2004, sendo que até 08/01/2010 não houve realização de penhora; (3) as penhoras realizadas nos autos não foram capazes de interromper o curso da prescrição intercorrente, pois, sendo irrisórias ou quase nulas frente ao débito executado, não atingiram sua finalidade que é de garantir a ação executiva, revelando a ineficácia da atuação da exequente na localização de bens; e (4) o mero ajuizamento da ação pauliana 1200530-20.1996.4.03.6112 não tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito, não acatando, portanto, suspensão do prazo prescricional

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027243-42.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MAURO MARTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRIQUE CORTEZ SILVA - SP390610-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a respeito da prescrição intercorrente, o Superior Tribunal de Justiça assentou no teor da Súmula 314 que: "*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*".

A compreensão da forma com que o prazo é caracterizado e computado foi explicitada no julgamento do RESP 1.340.553:

RESP 1.340.553, Rel. Min. CAMPBELL MARQUES, DJe 16/10/2018: "*RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEGUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz, ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege. 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução: 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz, declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz, declarará suspensa a execução. 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constituiu o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."*

Percebe-se, portanto, que foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

(1) **Tese 566:** "*O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução*";

(2) **Teses 567 e 569:** "*Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável*";

(3) **Tese 568:** "*A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens*"; e

(4) **Teses 570 e 571:** "*A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constituiu o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição*".

Como se observa, desde outubro de 2018, passou a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça a ser interpretada com outros parâmetros de análise.

A prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, da decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se **não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora** e, neste caso, quando a exequente teve ciência da decisão de suspensão pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

No caso, em execução fiscal foi ajuizada em 14/06/2002 para cobrança de débito de CSL contra a empresa PRUDENFRIGO PRUDENTE FRIGORÍFICO LTDA. (Id 98327278, f. 19), foi determinada a citação postal, em despacho de 19/06/2002 (Id 98327278, f. 24), com **juntada de "AR positivo" em 11/10/2002** (Id 98327278, f. 27).

Em 30/09/2002, a executada ofereceu à penhora o imóvel matrícula 3.622 (CRI da Comarca de São Félix do Araguaia/MT) (Id 98327278, f. 29), tendo a União requerido, no entanto, em 08/01/2004, a suspensão do feito por um ano, tendo em vista o ajuizamento da ação revocatória 96.1200530-3 para anular alteração do contrato social da executada e a alienação do imóvel 19.795 (CRI de Presidente Prudente/SP) - ante a possível prática de fraude à execução -, assim como para desconsideração da personalidade jurídica da empresa (Id 98327278, f. 61).

Emseguida, em 03/10/2005, a União recusou a oferta do imóvel matrícula 3.622 (CRI da Comarca de São Félix do Araguaia/MT) e requereu o redirecionamento da execução aos sócios (Id 98327279, f. 01), pleitos deferidos pelo Juízo, em 05/12/2005 e em 20/08/2006 (Id 98329333, f. 06; Id 98329333, f. 11). Os corresponsabilizados foram citados entre 09 e 13/03/2007 (Id 98329333, f. 21), sendo que, em diligência do oficial de Justiça, em 19/03/2007, não foram localizados bens penhoráveis no endereço dos corresponsabilizados (Id 98329333, f. 23).

Em 09/05/2008, a União requereu a inclusão da FRIGOMAR FRIGORÍFICO LTDA. no pólo passivo, sob alegação de sucessão (Id 98329336, f. 26), sendo deferido pelo Juízo, em 23/06/2008 (Id 98329336, f. 94). Citada em 29/09/2008 (Id 98329340, f. 04), em 23/10/2008 a empresa corresponsabilizada apresentou manifestação nos autos, oferecendo maquinário em garantia da execução (Id 98329336, f. 98).

A PFN, contudo, em 30/06/2009, recusou o bem ofertado (Id 98329340, f. 33) e, em 04/12/2008, requereu a penhora de ativos da corresponsabilizada pelo BACENJUD (Id 98329340, f. 07), sendo a medida deferida, em 27/08/2009 (Id 98329340, f. 35). A busca de ativos financeiros obteve resultado positivo, obtendo bloqueio de valores, em 02/09/2009, contudo, insuficientes para garantir integralmente a dívida (Id 98329340, f. 36; e Id 98329339, f. 02).

A empresa corresponsabilizada opôs os embargos do devedor 2009.61.12.012609-0 (Id 98329339, f. 26), recebidos sem efeito suspensivo (Id 98329339, f. 26), julgados improcedentes em primeiro grau, em 03/11/2014 (Id 98329355, f. 14).

Na execução fiscal, a PFN requereu, em 13/07/2010, o reforço da penhora, para que fosse constrito parcela do faturamento (Id 98329343, f. 03), sendo a medida indeferida, tendo em vista já haver sido realizada em autos apensos anteriormente (Id 98329343, f. 45).

Através de petição protocolizada em 09/01/2015, a PFN requereu a inclusão dos sócios da FRIGOMAR FRIGORÍFICO LTDA. no pólo passivo, o que foi deferido através de decisão de 04/03/2015 (Id 98329355, f. 09). Tais corresponsabilizados apresentaram procuração nos autos, em 22/07/2015 (Id 98329355, f. 25), sendo citados por oficial de Justiça, em 15/07/2015 (Id 98329355, f. 33). Assim, ofereceram em garantia, em 03/11/2015, parcela do imóvel matrícula 19.795 (CRI Presidente Prudente/SP) (Id 98329357, f. 02), constrito, em 05/10/2015, na execução fiscal em apenso.

Em 18/11/2016, a PFN requereu a penhora de ativos dos sócios corresponsabilizados da FRIGOMAR pelo BACENJUD (Id 98329364, f. 09), deferida em 10/04/2017 (Id 98329364, f. 11), ensejando o bloqueio de valores, em 24/04/2017 (Id 98329364, f. 12), insuficientes para garantia integral da dívida.

A PFN requereu, em 12/07/2017, o reforço da penhora, para que recaísse sobre imóvel matrícula 41.079 (CRI de Presidente Prudente/SP), sendo a medida deferida, em 24/10/2017 (Id 9832364, f. 49), deixando, porém, de ser cumprida, ante constatação pelo oficial de Justiça de tratar-se de bem de família (Id 98329364, f. 66).

Em 05/09/2018, a PFN requereu o reforço da penhora para constrição dos imóveis matrícula 8.566 e 39.534 (2º CRI de Presidente Prudente/SP) (Id 98329367, f. 17), deferido pelo Juízo, em 13/11/2018 (Id 98329367, f. 50), e efetivado em 05/06/2019 (Id 98342689, f. 39).

O corresponsabilizado MAURO MARTOS opôs, em 22/07/2019 exceção de pré-executividade alegando, em suma, prescrição intercorrente (Id 8333072, f. 02), e requerendo a constrição de imóvel matrícula 19.795 (1º CRI de Presidente Prudente/SP). Após resposta da PFN (Id 2008564, f. 01) e manifestação sobre tal resposta do excipiente (Id 9842690, f. 16), o Juízo proferiu decisão rejeitando a oposição (Id 98321823, f. 02):

“A alegação de prescrição intercorrente não prospera. Tem lugar a prescrição intercorrente quando o credor, por inércia, permanece por longo lapso de tempo sem adotar qualquer providência, visando a satisfação do seu crédito.

Não pode ser considerado desidioso o credor que permanece aguardando o desfecho da ação revocatória ajuizada com a finalidade de anular alienação de bens pelo devedor em fraude contra credores.

A ação pauliana ou revocatória, submetida em regra ao rito ordinário do Código de Processo Civil Brasileiro, se destina, sobretudo, ao desfazimento de atos jurídicos que visam o desvio de patrimônio do devedor para terceiro, no intuito de serem reputados como intangíveis em eventual execução ou cumprimento de sentença.

Para realizar o desfazimento, necessário que proceda à anulação do negócio jurídico, que obrigatoriamente afetará o devedor insolvente e terceiros que estejam envolvidos, sobretudo aqueles que agiram em contrassenso ao princípio da boa-fé consagrado pelo Código Civil Brasileiro.

Reconhecer a prescrição intercorrente em tal circunstância seria premiar a má-fé do devedor que dispôs de forma fraudulenta dos bens destinados à garantia da dívida.

Afasto, pois, a alegação de prescrição intercorrente e rejeito a exceção de pré-executividade.

Nada a deferir quanto à oferta do bem objeto da matrícula nº 19.795 do 1º CRI de Presidente Prudente/SP, ante a renúncia expressa por parte da exequente.”

Conforme se verifica, e em conformidade com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não se verificou prescrição intercorrente, tendo em vista que:

(1) não houve despacho determinando a suspensão da ação executiva em razão de não localização do devedor ou de bens, conforme determina a Tese 566/STJ, para fins de início do prazo;

(2) não houve decurso de prazo superior a cinco anos entre:

(2.1) a juntada do AR positivo da devedora principal, em 11/10/2002 e o requerimento da PFN para redirecionamento da execução aos sócios respectivos, em 03/10/2005;

(2.2) o requerimento de citação dos sócios da devedora principal, em 03/10/2005, e o requerimento de redirecionamento à FRIGOMAR, em 09/05/2008;

(2.3) o requerimento de redirecionamento à FRIGOMAR, em 09/05/2008, e o requerimento da PFN, em 04/12/2008, de penhora de ativos pelo BACENJUD;

(3) no período entre o requerimento de penhora de ativos financeiros, em 04/12/2008, e o requerimento de redirecionamento aos sócios da FRIGOMAR, em 09/01/2015, não houve decurso do lapso legal, tendo em vista a suspensão do prazo prescricional diante da notícia de falecimento de um dos corresponsabilizados, nos termos do artigo 313, I, CPC, em 18/12/2009 (Id 9832339, f. 17), até o momento em que a PFN requereu a exclusão do espólio respectivo do polo passivo da execução, em janeiro/2013 (conforme consulta ao sistema informatizado da Corte).

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1.541.402, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, DJe de 11/10/2019: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. MORTE DA PARTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DO FATO. INTIMAÇÃO. REGULARIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. [...] 2. Cinge-se a controvérsia a definir qual o termo inicial do prazo para pronunciar a prescrição na hipótese de a morte do executado ser noticiada nos autos anos após a sua ocorrência. 3. A morte de qualquer das partes, de seus representantes legais ou de seus procuradores determina a suspensão do processo até sua regularização (arts. 265, I, do CPC/1973 e 313, I, do CPC/2015). 4. A suspensão do processo tem como objetivo proteger a parte que não mais está regularmente representada, motivo pelo qual os atos praticados a partir da data do falecimento podem ser anulados desde que causem prejuízo aos interessados. Precedentes. 5. A prescrição tem como fundamento proporcionar segurança jurídica e a pacificação das relações sociais, com a punição do titular da pretensão no caso de permanecer inerte. Nas pretensões subjetivas de índole patrimonial, não basta ao titular do direito ajuizar a demanda, sendo necessário que busque efetivamente a satisfação de seu crédito, promovendo as medidas necessárias à conclusão do processo, sob pena de ver declarada a prescrição intercorrente. 6. O princípio da publicidade dos atos registrais cria uma ficção acerca do conhecimento do fato ou ato jurídico registrado. Não significa que haja um efetivo conhecimento a respeito do fato, mas que a informação está disponível a todos. 7. Não é possível supor que o exequente, somente em decorrência do registro do óbito no Cartório de Registro das Pessoas Naturais, tinha conhecimento acerca da morte do executado, momento a partir do qual deveria diligenciar a intimação dos sucessores. 8. Somente com a notícia da morte do executado nos autos e a intimação do exequente é que se inicia o prazo para que ele promova a regularização do polo passivo da execução. 9. O dissídio jurisprudencial não está configurado dada a ausência de similitude fática entre os arestos confrontados. 10. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.”

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte:

AC 5153778-89.2019.4.03.9999, Rel. Des. Fed. GILBERTO JORDAN, DJe de 29/08/2019: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO. HERDEIRO HABILITADO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DO FEITO EM DECORRÊNCIA DO ÓBITO DO TITULAR DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE PRAZO PARA HABILITAÇÃO. ARTIGO 330, I DO CPC. REFORMA DO JULGADO DE EXTINÇÃO DO FEITO. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. - Efetivamente, não há que se falar em prescrição executória durante o lapso transcorrido entre a suspensão do feito e a habilitação dos sucessores, pois nos termos do art. 265, I do CPC de 1973 (atual artigo 313, I, §1º do CPC), a morte do titular da ação enseja a suspensão da ação, inexistindo prazo legal para a habilitação. - Com efeito, o objetivo da norma é resguardar os interesses dos sucessores do falecido, evitando a prática de atos nulos e assegurando que o processo não tenha prosseguimento sem observância ao contraditório e ampla defesa. - Sendo assim, tendo em vista que o evento morte impõe a suspensão do feito, inexistindo prazo legal para o procedimento de habilitação dos respectivos sucessores, nos termos da legislação processual vigente, afasta-se a ocorrência da prescrição intercorrente, devendo a execução prosseguir para fins de apuração do quantum debeat: - Sendo assim, de rigor a elaboração de cálculos de liquidação para apuração de saldo devido, afastando-se a extinção da execução. - Apelação provida.”

(4) em sequência, também não houve decurso de prazo superior a cinco anos entre:

(4.1) o requerimento de redirecionamento aos sócios da FRIGOMAR, em 09/01/2015 e o requerimento da PFN de penhora de ativos dos sócios respectivos, em 18/11/2016; e

(4.2) o requerimento da PFN de penhora de ativos dos sócios da FRIGOMAR, em 18/11/2016, e o requerimento de reforço da penhora em imóveis, efetuada em 05/09/2018.

Desta forma, oposta a exceção de pré-executividade em 22/07/2019, não se vislumbrou, conforme se verifica, decurso do prazo prescricional entre os marcos interruptivos, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não impõe para eficácia interruptiva a suficiência da penhora efetuada, mesmo porque, o que se objetiva é evidenciar a inexistência de desídia da exequente, sob pena de constituir a decretação da prescrição intercorrente premiação ao devedor inadimplente.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. SÚMULA 314/STJ. RESP 1.340.553. TESES 566 A 571. INEXISTÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Em função do julgamento, em regime repetitivo, do RESP 1.340.553, em outubro de 2018, a Súmula 314 do Superior Tribunal de Justiça, editada para regular a caracterização da prescrição intercorrente, deve ser aplicada a partir das teses interpretativas firmadas em tal precedente (566 a 571).

2. Segundo a diretriz firmada pela Corte Superior, a prescrição intercorrente não mais depende de pedido no sentido de suspender e arquivar provisoriamente a execução fiscal, bastando a intimação da exequente acerca da decisão de suspensão, computando-se automaticamente o prazo de um ano seguido sem exigência de nova intimação acerca do prazo de cinco anos de arquivamento provisório. Não depende, tampouco, de caracterização de inércia, pois nenhum ato ou diligência de localização do devedor ou pesquisa de bens é capaz de obstar a contagem da prescrição, que somente se interrompe com a efetiva citação ou constrição patrimonial. Portanto, ainda que esteja em tramitação, com realização de diligências, a prescrição intercorrente encontra-se em curso desde a ciência, pela exequente, da decisão de suspensão nas hipóteses do artigo 40, LEF, de não localização do devedor ou de bens penhoráveis, sendo somente interrompida a contagem com a efetiva citação ou constrição patrimonial.

3. Sendo este o quadro de caracterização da prescrição intercorrente, segundo a exegese da Corte Superior, importa apenas verificar se não houve localização do devedor para citação ou de bens para penhora e, neste caso, quando a exequente teve ciência da decisão de suspensão pela falta de localização do devedor ou de bens penhoráveis, nos termos do artigo 40, LEF, para que seja contado, automaticamente, o prazo de um ano acrescido de mais cinco anos para a consumação do prazo extintivo.

4. A cronologia dos atos procedimentais demonstra inocorrência de decurso do prazo prescricional entre os marcos interruptivos, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que não impõe para eficácia interruptiva a suficiência da penhora efetuada nos autos, mesmo porque, o que se objetiva é evidenciar a inexistência de desídia da exequente, sob pena de constituir a decretação da prescrição intercorrente premiação ao devedor inadimplente.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021022-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
AGRAVADO: ESPOLIO DE LYNALDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - CPF 091.592.154-53
REPRESENTANTE: CARLA MARIA ALBUQUERQUE DE FREITAS
Advogado do(a) AGRAVADO: REGINALDO FERREIRA LIMA - SP16510-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021022-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
AGRAVADO: ESPOLIO DE LYNALDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - CPF 091.592.154-53
REPRESENTANTE: CARLA MARIA ALBUQUERQUE DE FREITAS
Advogado do(a) AGRAVADO: REGINALDO FERREIRA LIMA - SP16510-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal em face de decisão que liberou da indisponibilidade decretada na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100 a unidade autônoma n. 104 do Condomínio "Place Vêndome", matriculada sob o n. 65.041 no 2º CRI de Brasília – Distrito Federal.

Sustenta que, embora o Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque tenha apresentado promessa de compra e venda anterior ao decreto judicial de indisponibilidade (01.08.1998), ele não faz jus à aquisição da propriedade.

Explica que o promitente comprador não promoveu o registro do instrumento até a data da averbação da indisponibilidade (24.04.2000), demorou cinco anos para pedir a liberação do bem (2005) e deixou o processo arquivado por mais de dez anos antes de complementar a documentação exigível (2016).

Alega que, sem o registro imobiliário e a publicidade a ele correlata, o compromisso de compra e venda firmado com o Grupo OK não é oponível a terceiros, principalmente para efeito de liberação de imóvel destinado a garantir o ressarcimento de danos ao Erário.

Afirma também que não houve a comprovação do pagamento do valor de R\$ 173.571,27. Esclarece que restou liquidado apenas o montante de R\$ 140.000,00, com um saldo considerável de R\$ 33.045,37.

Argumenta que a liberação do apartamento, nessas condições, implicaria a dissipação injustificada da garantia de ação civil pública e a premiação de inadimplemento contratual.

Pondera que a única forma de conciliar os interesses em disputa – garantia de ação coletiva e direito real de promissário comprador – seria o depósito da diferença em juízo, com correção monetária e juros.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque apresentou resposta ao recurso.

A Procuradoria Regional da República se manifestou pelo desprovemento do agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021022-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

AGRAVADO: ESPOLIO DE LYNALDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE - CPF 091.592.154-53
REPRESENTANTE: CARLA MARIA ALBUQUERQUE DE FREITAS
Advogado do(a) AGRAVADO: REGINALDO FERREIRA LIMA - SP16510-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, embora o MPF tenha interposto agravo contra decisão que liberou de indisponibilidade imóvel em favor de terceiro, em circunstâncias similares às de julgamento de embargos de terceiro por sentença, o recurso deve ser admitido no lugar de apelação por dois motivos.

Em primeiro lugar, a atuação do pedido de liberação como incidente decorreu apenas de preocupação procedimental, ligada à maior facilidade de manejo da ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, sem a necessidade de apensamento como embargos de terceiro. A essência da pretensão permanece intacta, envolvendo os interesses de terceiro que pretende o cancelamento de constrição judicial incidente sobre bem de sua propriedade ou posse (artigo 674 do CPC).

A natureza da causa não varia, com a formação de coisa julgada sobre a pretensão de terceiro e a admissão do agravo de instrumento apenas como facilidade procedimental.

E, em segundo lugar, ainda que a admissibilidade do recurso deva ser feita segundo o artigo 1.015 do CPC, sem espaço para adaptação procedimental, pode-se argumentar que o desbloqueio do imóvel de matrícula n. 65.041 representou um ponto incidente na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, que se encontra em fase de cumprimento provisório de sentença. O cabimento proviria do parágrafo único do artigo 1.015.

Relativamente ao mérito do agravo de instrumento, a pretensão do MPF não procede.

O levantamento de indisponibilidade em ação civil pública somente pode ser deferido para a proteção de direito de terceiro, se ele for anterior ao bloqueio judicial e tiver completado todos os requisitos de aquisição. A satisfação das condições demonstra a boa-fé do adquirente, enquanto princípio geral de direito irradiado pela ordem jurídica.

O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque satisfaz o primeiro requisito. O compromisso de compra e venda do imóvel de matrícula n. 65.041, que marca o início do direito do promitente comprador, foi firmado com o Grupo OK, em agosto de 1998, em data anterior à ordem judicial de indisponibilidade dos ativos da construtora (abril de 2000).

O pagamento do preço do apartamento também restou comprovado. Do total de R\$ 173.571,27, houve prova de liquidação de R\$ 140.000,00, através de cheques devidamente compensados e de planilhas de pagamento a que anuiu expressamente o MPF.

Conquanto permaneça um saldo de R\$ 33.045,37, ele não impede a conclusão de liquidação por dois motivos: as prestações pagas equivalem a mais de 80% do preço, caracterizando adimplemento substancial da obrigação e ratificando a boa-fé do promitente comprador, sem espaço para fraude, plano de dissipação da garantia da ação civil pública.

Como, por ocasião da entrega das chaves (março de 1999), não havia ainda a averbação de indisponibilidade, o prejuízo decorrente de eventual pagamento parcial recairia apenas sobre a construtora, sem que se possa cogitar de um ato deliberado, planejado de dilapidação da garantia ação civil pública e de favorecimento indevido de um credor específico.

Além disso, o promitente comprador chegou a ajuizar ação de adjudicação compulsória contra o Grupo OK, reclamando a outorga de escritura definitiva antes do bloqueio judicial. A Justiça Estadual julgou procedente o pedido, pressupondo naturalmente a comprovação do pagamento do preço, admitida, inclusive, pela construtora.

A despeito de a sentença não vincular as partes da ação civil pública, retrata a execução efetiva da compra e venda do imóvel e a boa-fé do promitente comprador, que possui um direito anterior ao bloqueio judicial e não pode ser prejudicado pela atuação da construtora no mercado em geral.

O fato de o compromisso de compra e venda estar desprovido de registro não exerce influência.

A posse exercida mediante o pagamento de prestações ao proprietário com finalidade de aquisição futura confere direito real de promitente comprador ao possuidor, independentemente do registro do instrumento na matrícula do imóvel.

O registro não pode ser condicionante do direito real, em atenção à boa-fé do promitente comprador e aos costumes mercantis, forjados na base da confiança entre o promitente vendedor e o promitente comprador – princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, possui súmula sobre a matéria, dispensando o registro do instrumento para o exercício de direito real do promitente comprador:

Súmula n. 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Súmula n. 84. É ADMISSÍVEL A OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO FUNDADOS EM ALEGAÇÃO DE POSSE ADVINDA DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AI

A delonga tanto no requerimento de liberação do bem quanto na impulsão do procedimento também não modifica a conclusão.

A declaração do direito do promitente comprador, decorrente do pagamento das prestações convencionadas e da posse tendente à aquisição da propriedade, não está sujeita a prazo, revelando-se imprescritível, na ausência de conteúdo condenatório (artigo 189 do CC).

Ainda que a declaração produza efeito constitutivo, com a alteração subjetiva da titularidade do bem, incidiria prazo decadencial – o prescricional somente se aplica às pretensões condenatórias.

Entretanto, a legislação não prevê um período específico ao direito potestativo do promitente comprador, de modo que ele pode ser exercido a qualquer tempo, sem possibilidade de aplicação analógica da prescrição em decorrência da própria admissão legal da incompatibilidade dos regimes temporais (artigo 207 do CC).

A única restrição corresponde ao terceiro possuidor, que poderia, pelo decurso do tempo, usucapir o bem, com a cessação do direito real do promitente comprador, o que não ocorre no caso do imóvel de matrícula n. 65.041. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque permanece na posse do prédio desde a celebração do contrato preliminar, como demonstram o termo de entrega de chaves e a sentença de adjudicação compulsória.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. ATO NULO QUE NÃO SOFRE COM OS EFEITOS DA PRESCRIÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Segunda a jurisprudência desta Corte, "tratando-se de direito potestativo, sujeito a prazo decadencial, para cujo exercício a lei não previu prazo especial, prevalece a regra geral da inextinguibilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso. Assim, à míngua de previsão legal, o

pedido de adjudicação compulsória, quando preenchidos os requisitos da medida, poderá ser realizado a qualquer tempo" (REsp n. 1.216.568/MG, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 29/9/2015). Incidência da Súmula n. 83/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AResp 1181960, Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJ 24.04.2018).

Já o desarquivamento dos autos do incidente depois de cinco anos se deve ao falecimento de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque e às dificuldades na obtenção das microfilmagens de todos os cheques indicados pelo MPF.

De qualquer forma, poderia ocorrer, no máximo, abandono de causa, cuja decretação depende de requerimento do réu, inexistente no caso. A negativa da liberação com base na intempestividade do direito demanda abandonos consecutivos (perempção), que não chegaram a se consumir (artigos 485, § 6º e 486, § 3º, do CPC e Súmula n. 240 do STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. INDISPONIBILIDADE DECRETADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESBLOQUEIO DE BEM. DIREITO DE TERCEIRO. NECESSIDADE DE BOA-FÉ. ANTERIORIDADE DO INSTRUMENTO CONTRATUAL E PAGAMENTO DO PREÇO. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

- I. Embora o MPF tenha interposto agravo contra decisão que liberou de indisponibilidade imóvel em favor de terceiro, em circunstâncias similares às de julgamento de embargos de terceiro por sentença, o recurso deve ser admitido no lugar de apelação por dois motivos.
- II. Em primeiro lugar, a atuação do pedido de liberação como incidente decorreu apenas de preocupação procedimental, ligada à maior facilidade de manejo da ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, sem a necessidade de apensamento como embargos de terceiro. A essência da pretensão permanece intacta, envolvendo os interesses de terceiro que pretende o cancelamento de construção judicial incidente sobre bem de sua propriedade ou posse (artigo 674 do CPC).
- III. A natureza da causa não varia, com a formação de coisa julgada sobre a pretensão de terceiro e a admissão do agravo de instrumento apenas como facilidade procedimental.
- IV. E, em segundo lugar, ainda que a admissibilidade do recurso deva ser feita segundo o artigo 1.015 do CPC, sem espaço para adaptação procedimental, pode-se argumentar que o desbloqueio do imóvel de matrícula n. 65.041 representou um ponto incidente na ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100, que se encontra em fase de cumprimento provisório de sentença. O cabimento proviria do parágrafo único do artigo 1.015.
- V. Relativamente ao mérito do agravo de instrumento, a pretensão do MPF não procede.
- VI. O levantamento de indisponibilidade em ação civil pública somente pode ser deferido para a proteção de direito de terceiro, se ele for anterior ao bloqueio judicial e tiver completado todos os requisitos de aquisição. A satisfação das condições demonstra a boa-fé do adquirente, enquanto princípio geral de direito irradiado pela ordem jurídica.
- VII. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque satisfaz o primeiro requisito. O compromisso de compra e venda do imóvel de matrícula n. 65.041, que marca o início do direito do promitente comprador, foi firmado com o Grupo OK em agosto de 1998, em data anterior à ordem judicial de indisponibilidade dos ativos da construtora (abril de 2000).
- VIII. O pagamento do preço do apartamento também restou comprovado. Do total de R\$ 173.571,27, houve prova de liquidação de R\$ 140.000,00, através de cheques devidamente compensados e de planilhas de pagamento a que anuiu expressamente o MPF.
- IX. Conquanto permaneça um saldo de R\$ 33.045,37, ele não impede a conclusão de liquidação por dois motivos: as prestações pagas equivalem a mais de 80% do preço, caracterizando adimplemento substancial da obrigação e ratificando a boa-fé do promitente comprador, sem espaço para fraude, plano de dissipação da garantia da ação civil pública.
- X. Como, por ocasião da entrega das chaves (março de 1999), não havia ainda a averbação de indisponibilidade, o prejuízo decorrente de eventual pagamento parcial recairia apenas sobre a construtora, sem que se possa cogitar de um ato deliberado, planejado de dilapidação da garantia ação civil pública e de favorecimento indevido de um credor específico.
- XI. Além disso, o promitente comprador chegou a ajuizar ação de adjudicação compulsória contra o Grupo OK, reclamando a outorga de escritura definitiva antes do bloqueio judicial. A Justiça Estadual julgou procedente o pedido, pressupondo naturalmente a comprovação do pagamento do preço, admitida, inclusive, pela construtora.
- XII. A despeito de a sentença não vincular as partes da ação civil pública, retrata a execução efetiva da compra e venda do imóvel e a boa-fé do promitente comprador, que possui um direito anterior ao bloqueio judicial e não pode ser prejudicado pela atuação da construtora no mercado em geral.
- XIII. O fato de o compromisso de compra e venda estar desprovido de registro não exerce influência.
- XIV. A posse exercida mediante o pagamento de prestações ao proprietário com finalidade de aquisição futura confere direito real de promitente comprador ao possuidor, independentemente do registro do instrumento na matrícula do imóvel.
- XV. O registro não pode ser condicionante do direito real, em atenção à boa-fé do compromitente comprador e aos costumes mercantis, forjados na base da confiança entre o promitente vendedor e o promitente comprador – princípios da eticidade, socialidade e operabilidade.
- XVI. O Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, possui súmula sobre a matéria, dispensando o registro do instrumento para o exercício de direito real do compromitente comprador (Súmulas n. 84 e 239).
- XVII. A delonga tanto no requerimento de liberação do bem quanto na impulsão do procedimento também não modifica a conclusão.
- XVIII. A declaração do direito do promitente comprador, decorrente do pagamento das prestações convencionadas e da posse tendente à aquisição da propriedade, não está sujeita a prazo, revelando-se imprescritível, na ausência de conteúdo condenatório (artigo 189 do CC).
- XIX. Ainda que a declaração produza efeito constitutivo, com a alteração subjetiva da titularidade do bem, incidirá prazo decadencial – o prescricional somente se aplica às pretensões condenatórias.
- XX. Entretanto, a legislação não prevê um período específico ao direito potestativo do compromitente comprador, de modo que ele pode ser exercido a qualquer tempo, sem possibilidade de aplicação analógica da prescrição em decorrência da própria admissão legal da incompatibilidade dos regimes temporais (artigo 207 do CC).
- XXI. A única restrição corresponde ao terceiro possuidor, que poderia, pelo decurso do tempo, usucapir o bem, com a cessação do direito real do promitente comprador, o que não ocorre no caso do imóvel de matrícula n. 65.041. O Espólio de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque permanece na posse do prédio desde a celebração do contrato preliminar, como demonstram o termo de entrega de chaves e a sentença de adjudicação compulsória.
- XXII. Já o desarquivamento dos autos do incidente depois de cinco anos se deve ao falecimento de Lynaldo Cavalcanti de Albuquerque e às dificuldades na obtenção das microfotografias de todos os cheques indicados pelo MPF.
- XXIII. De qualquer forma, poderia ocorrer, no máximo, abandono de causa, cuja decretação depende de requerimento do réu, inexistente no caso. A negativa da liberação com base na intempestividade do direito demanda abandonos consecutivos (perempção), que não chegaram a se consumir (artigos 485, § 6º e 486, § 3º, do CPC e Súmula n. 240 do STJ).
- XXIV. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006083-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LABFOR ANALISES LABORATORIAIS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: LIA MARA GONCALVES - SP250068-A, ADILSON ASSIS DA SILVA - SP320506-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006083-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LABFOR ANALISES LABORATORIAIS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: LIA MARA GONCALVES - SP250068-A, ADILSON ASSIS DA SILVA - SP320506-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LABFOR ANALISES LABORATORIAIS LTDA - EPP, em sede de mandado de segurança impetrado em desfavor da União Federal, contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada para suspender a exigibilidade dos valores correspondentes ao ISS incidentes na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

A agravante visa o reconhecimento do direito líquido e certo de não ser obrigada a incluir o ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de reaver as importâncias recolhidas indevidamente a tais títulos. No mandado de segurança, assim como na minuta recursal, afirma que o ISS não compõe a receita bruta, de modo que não deve ser incluído na base de cálculo das contribuições. Invoca, em defesa, o quanto decidido pelo STF, em repercussão geral, no RE 574.706/PR. Pugna, ao fim do presente agravo, pela suspensão da exigibilidade do PIS e da COFINS como ISS compondo suas bases de cálculo.

Com contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006083-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: LABFOR ANALISES LABORATORIAIS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: LIA MARA GONCALVES - SP250068-A, ADILSON ASSIS DA SILVA - SP320506-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017, verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

4. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS.

Nesse sentido, cito precedente, de minha relatoria, na Segunda Seção:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos.

(EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017)

Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

Deveras, o argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS.

No entanto, entendo que o caso é de adotar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS/COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao fisco municipal, e não ao estadual.

Considero, portanto, que as alegações do contribuinte coadunam com o atual posicionamento da Corte Suprema.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.
2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.
3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.
4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.
5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.
6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.
7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade negocial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).
8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.
9. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011071-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MISSIATO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO LUIS COSTA NAPOLEAO - SP171790-A, MARCIA MARIA CORTE DRAGONE - SP120610, RICARDO NUSSRALA HADDAD - SP131959-B, RODRIGO ALVES ANAYA - SP108230-A, CLAUDIA BARCELLOS BORTOLINI MISSIATTO - SP135692

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011071-25.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: MISSIATO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO LUIS COSTA NAPOLEAO - SP171790-A, MARCIA MARIA CORTE DRAGONE - SP120610, RICARDO NUSSRALA HADDAD - SP131959-B, RODRIGO ALVES ANAYA - SP108230-A, CLAUDIA BARCELLOS BORTOLINI MISSIATTO - SP135692

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face de decisão que homologou os cálculos de contador judicial e ajustou os limites da penhora segundo o novo valor apurado do débito.

Sustenta que o laudo do contador judicial não pode subsistir. Explica que a Taxa Selic é aplicável a qualquer crédito da Fazenda Pública, inclusive multa decorrente de litigância de má-fé da outra parte.

Alega que, como decurso do prazo para o cumprimento voluntário de condenação judicial, se configura a mora do devedor, cuja compensação deve seguir, nos créditos da Fazenda Pública, a variação da Taxa Selic.

Afirma também que a incidência de correção monetária somente até a data do bloqueio de ativos financeiros não tem cabimento. Esclarece que os valores não foram transferidos à Conta Única do Tesouro Nacional como ocorre com os depósitos judiciais.

Argumenta que a transferência apenas se processou com a conversão em renda, de modo que o contador não poderia ter deixado de contabilizar atualização monetária entre o bloqueio judicial e a transformação em pagamento.

Requeru a antecipação de tutela recursal, que foi deferida.

Missiati Indústria e Comércio de Bebidas Ltda. apresentou resposta ao agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011071-25.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: MISSIATO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) AGRAVADO: FERNANDO LUIS COSTANAPOLEAO - SP171790-A, MARCIA MARIA CORTE DRAGONE - SP120610, RICARDO NUSSRALA HADDAD - SP131959-B, RODRIGO ALVES ANAYA - SP108230-A, CLAUDIA BARCELLOS BORTOLINI MISSIATTO - SP135692
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A primeira pretensão recursal deve ser deferida.

Com o decurso do prazo para pagamento voluntário da multa processual, o devedor entra em mora, cuja compensação deve seguir a variação da Taxa Selic, seja porque a Lei n. 10.522 de 2002 a aplica a qualquer crédito da Fazenda Pública, inclusive de natureza processual (artigo 30), seja porque o CC a prevê de modo genérico na regulação dos juros moratórios, na ausência de norma específica (artigo 406).

Embora inicialmente caiba apenas a atualização monetária do montante da multa, a ultrapassagem do prazo para cumprimento da condenação judicial (artigo 475-J do CPC de 73) torna exigíveis os juros moratórios, como forma de indenização dos rendimentos que o credor deixou de auferir pelo período da impuntualidade.

Tanto a legislação de direito público quanto a de direito privado preveem a Taxa Selic na compensação da mora, o que justifica a prevalência dos cálculos da União sobre o laudo do contador judicial.

O outro pedido da União, entretanto, não procede.

A ausência de atualização monetária do montante bloqueado no BACENJUD não pode ser imputada ao devedor. Apesar da abertura de conta judicial, o valor penhorado em dezembro de 2013 não foi repassado imediatamente à Conta Única do Tesouro Nacional, segundo a sistemática do artigo 1º, § 2º, da Lei n. 9.703 de 1998, nem recebeu correção monetária na forma do artigo 7º, I, do Decreto-Lei n. 1.737 de 1979, quando da conversão em renda da União (junho de 2015).

O montante ficou simplesmente imobilizado em conta judicial, sem oposição do credor ou ordem do Juízo processante da execução fiscal. Não cabia ao devedor requerer a atualização, já que a formalização da penhora, mediante a aplicação das regras apropriadas de depósito, depende de iniciativa judicial, com interesse direto do exequente, enquanto modo de impulsão do processo executivo (artigos 840, I, e 797 do CPC).

Se o banco depositário não promoveu a correção monetária, convertendo em renda da União o valor originalmente bloqueado, compete ao credor exigir o cumprimento dos encargos de depositário. O executado não participa da relação jurídica do depósito e não pode ser onerado pela ausência de atualização monetária do montante penhorado.

O STJ se posiciona nesse sentido, através, inclusive, de súmulas:

Súmula n. 179. O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos.

Súmula n. 271. A correção monetária dos depósitos judiciais independe de ação específica contra o banco depositário.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. TELEFONIA. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BLOQUEIO JUDICIAL E POSTERIOR TRANSFERÊNCIA PARA CONTA JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO DEVEDOR. PRECEDENTES.

- 1. A jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que, efetivado o depósito judicial, cessa a responsabilidade do devedor pela correção monetária e pelos juros de mora. Precedentes.*
- 2. Ademais, "cabe ao exequente, diligentemente, requerer a transferência do montante bloqueado para conta vinculada à execução e acompanhar o processo, ou ao juízo determinar essa providência, de ofício, visto que o processo executivo tramita no interesse do credor." (EDcl no REsp 1426205/SP, de minha relatoria, Quarta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 25/09/2017).*

(STJ, AgInt no Resp 1789387, Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJ 17.09.2019).

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer a incidência da Taxa Selic.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA PROCESSUAL DEVIDA À FAZENDA PÚBLICA. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC COMO JUROS MORATÓRIOS. CABIMENTO. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. AUSÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA QUANDO DA CONVERSÃO EM RENDA. ÔNUS DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA. ENCARGO DE DEPOSITÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.

I. A primeira pretensão recursal deve ser deferida.

II. Como decurso do prazo para pagamento voluntário da multa processual, o devedor entra em mora, cuja compensação deve seguir a variação da Taxa Selic, seja porque a Lei n. 10.522 de 2002 aplica a qualquer crédito da Fazenda Pública, inclusive de natureza processual (artigo 30), seja porque o CC prevê de modo genérico na regulação dos juros moratórios, na ausência de norma específica (artigo 406).

III. Embora inicialmente caiba apenas a atualização monetária do montante da multa, a ultrapassagem do prazo para cumprimento da condenação judicial (artigo 475-J do CPC de 73) torna exigíveis os juros moratórios, como forma de indenização dos rendimentos que o credor deixou de auferir pelo período da impuntualidade.

IV. Tanto a legislação de direito público quanto a de direito privado prevêem Taxa Selic na compensação da mora, o que justifica a prevalência dos cálculos da União sobre o laudo do contador judicial.

V. O outro pedido da União, entretanto, não procede.

VI. A ausência de atualização monetária do montante bloqueado no BACENJUD não pode ser imputada ao devedor. Apesar da abertura de conta judicial, o valor penhorado em dezembro de 2013 não foi repassado imediatamente à Conta Única do Tesouro Nacional, segundo a sistemática do artigo 1º, § 2º, da Lei n. 9.703 de 1998, nem recebeu correção monetária na forma do artigo 7º, I, do Decreto-Lei n. 1.737 de 1979, quando da conversão em renda da União (junho de 2015).

VII. O montante ficou simplesmente imobilizado em conta judicial, sem oposição do credor ou ordem do Juízo processante da execução fiscal. Não cabia ao devedor requerer a atualização, já que a formalização da penhora, mediante a aplicação das regras apropriadas de depósito, depende de iniciativa judicial, com interesse direto do exequente, enquanto modo de impulsão do processo executivo (artigos 840, I, e 797 do CPC).

VIII. Se o banco depositário não promoveu a correção monetária, convertendo em renda da União o valor originalmente bloqueado, compete ao credor exigir o cumprimento dos encargos de depositário. O executado não participa da relação jurídica do depósito e não pode ser onerado pela ausência de atualização monetária do montante penhorado. Súmulas n. 179 e 271 do STJ.

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

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, para reconhecer a incidência da Taxa Selic., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027981-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: JIN MIN KIM
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS NOGUEIRA E SILVA - SP122327
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027981-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: JIN MIN KIM
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS NOGUEIRA E SILVA - SP122327
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jin Min Kim em face de decisão que negou a qualificação de bem de família ao imóvel matriculado sob o n. 70.343 no 2º CRI da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

Sustenta que, diferentemente do que fundamentou o Juízo de Origem, trouxe provas da destinação do aluguel do prédio ao sustento da família.

Explica que reside nos Estados Unidos e contraiu dois empréstimos para bancar moradia e estudos. Afirma que o dinheiro do aluguel é destinado justamente a cobrir essas despesas da família.

Alega que, segundo a Súmula n. 486 do STJ, o imóvel alugado a terceiro com vistas à manutenção de entidade familiar é impenhorável.

Requeru a antecipação de tutela recursal, que foi deferida.

A União apresentou resposta ao agravo. Argumenta que o executado não comprovou propriedade única, mediante declaração de imposto de renda ou certidão negativa do cartório de imóveis, nem a fixação de residência no bem.

Conclui que, na ausência de prova, o imóvel é totalmente penhorável.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5027981-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: JIN MIN KIM
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS NOGUEIRA E SILVA - SP122327
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Apesar da fundamentação adotada por ocasião da tutela de urgência, a pretensão recursal não procede.

Jin Min Kim não comprovou que o aluguel do imóvel matriculado sob o n. 70.343 no 2º CRI da Comarca da Capital do Estado de São Paulo é destinado ao custeio das despesas da família nos Estados Unidos. Não se indicou a forma de pagamento da prestação contratual – depósito em conta ou entrega a procurador no Brasil –, nem se juntou qualquer comprovante de transferência do dinheiro ao exterior para manutenção da entidade familiar.

Embora efetivamente a contratação de empréstimo para moradia e estudos nos Estados Unidos, pela onerosidade da operação, seja indicio de ausência de recursos próprios no local – o que tornaria possível a conexão entre o aluguel e o custeio das despesas familiares –, há simples suposição, cuja validação depende de um mínimo de materialidade.

Jin Min Kim, porém, não anexou qualquer comprovante de transferência bancária, deixando obscura a destinação do aluguel aqui obtido e inverossímil a alegação de inexistência de rendimento próprio nos EUA para manutenção.

Nessas circunstâncias, não se pode concluir que o aluguel do imóvel de matrícula n. 70.343 se destine efetivamente à cobertura das despesas da família em Los Angeles - EUA, a ponto de atrair a incidência da Súmula n. 486 do STJ (“*É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.*”) e tornar impenhorável o prédio (artigo 1º da Lei n. 8.009 de 1990).

Ademais, inexistiu qualquer prova de que o imóvel represente o único bem de raiz da entidade familiar.

Jin Min Kim não anexou declaração de imposto de renda, da qual constaria a descrição de bens e direitos, e os autos da execução fiscal trazem documentos em que ele se dizia domiciliado em outros endereços. A ficha cadastral de Dae Jin Turismo Ltda., a locação residencial do prédio penhorado e a procuração outorgada para representação no processo executivo descrevem outros locais de residência – Rua dos Bandeirantes, 146, Ponte Pequena, São Paulo, e Rua José Paulino, 226, Bom Retiro, São Paulo.

Não se sabe se esses imóveis foram vendidos ou se permanecem na propriedade do devedor, o que influi decisivamente na configuração do prédio penhorado como bem de família (Súmula n. 486 do STJ e artigo 1º da Lei n. 8.009 de 1990).

O fato de Jin Min Kim ter proposto ação de despejo contra o locatário a fim de estabelecer a própria moradia não modifica a conclusão.

Além de a fixação de residência não ser atual, de modo a impedir a ocorrência de bem de família e a impenhorabilidade, o domínio ou não de outros imóveis permanece uma incógnita, pela ausência de declaração de bens e direitos e de informações a respeito dos prédios em que o devedor estava domiciliado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, revogando a tutela de urgência concedida.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA DESTINAÇÃO DO ALUGUEL PARA SUSTENTO DE ENTIDADE FAMILIAR. INDÍCIOS DE OUTRAS PROPRIEDADES. FALTA DE ESCLARECIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

I. Apesar da fundamentação adotada por ocasião da tutela de urgência, a pretensão recursal não procede.

II. Jin Min Kim não comprovou que o aluguel do imóvel matriculado sob o n. 70.343 no 2º CRI da Comarca da Capital do Estado de São Paulo é destinado ao custeio das despesas da família nos Estados Unidos. Não se indicou a forma de pagamento da prestação contratual – depósito em conta ou entrega a procurador no Brasil –, nem se juntou qualquer comprovante de transferência do dinheiro ao exterior para manutenção da entidade familiar.

III. Embora efetivamente a contratação de empréstimo para moradia e estudos nos Estados Unidos, pela onerosidade da operação, seja indicio de ausência de recursos próprios no local – o que tornaria possível a conexão entre o aluguel e o custeio das despesas familiares –, há simples suposição, cuja validação depende de um mínimo de materialidade.

IV. Jin Min Kim, porém, não anexou qualquer comprovante de transferência bancária, deixando obscura a destinação do aluguel aqui obtido e inverossímil a alegação de inexistência de rendimento próprio nos EUA para manutenção.

V. Nessas circunstâncias, não se pode concluir que o aluguel do imóvel de matrícula n. 70.343 se destine efetivamente à cobertura das despesas da família em Los Angeles - EUA, a ponto de atrair a incidência da Súmula n. 486 do STJ (“É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.”) e tornar impenhorável o prédio (artigo 1º da Lei n. 8.009 de 1990).

VI. Ademais, inexistente qualquer prova de que o imóvel represente o único bem de raiz da entidade familiar.

VII. Jin Min Kim não anexou declaração de imposto de renda, da qual constaria a descrição de bens e direitos, e os autos da execução fiscal trazem documentos em que ele se dizia domiciliado em outros endereços. A ficha cadastral de Dae Jin Turismo Ltda., a locação residencial do prédio penhorado e a procuração outorgada para representação no processo executivo descrevem outros locais de residência – Rua dos Bandeirantes, 146, Ponte Pequena, São Paulo, e Rua José Paulino, 226, Bom Retiro, São Paulo.

VIII. Não se sabe se esses imóveis foram vendidos ou se permanecem na propriedade do devedor, o que influi decisivamente na configuração do prédio penhorado como bem de família (Súmula n. 486 do STJ e artigo 1º da Lei n. 8.009 de 1990).

IX. O fato de Jin Min Kim ter proposto ação de despejo contra o locatário a fim de estabelecer a própria moradia não modifica a conclusão.

X. Além de a fixação de residência não ser atual, de modo a impedir a ocorrência de bem de família e a impenhorabilidade, o domínio ou não de outros imóveis permanece uma incógnita, pela ausência de declaração de bens e direitos e de informações a respeito dos prédios em que o devedor estava domiciliado.

XI. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, revogando a tutela de urgência concedida., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000766-96.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: THEOTO S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: SANDRO MARCIO DE SOUZA CRIVELARO - SP239936-A, GABRIELA DINIZ RIBEIRO - SP359048-A, FLAVIO MARCOS DINIZ - SP303608-A, RASCICKLE SOUSA DE MEDEIROS - SP340301-A, JACQUELINE BRUNE DE SOUZA - SP351723-A, LAIS BORGES DE NORONHA - SP360569-A, AMANDA RODRIGUES GUEDES - SP282769-A, WASHINGTON LACERDA GOMES - SP300727-A, GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000766-96.2017.4.03.6128

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: THEOTO S/A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: SANDRO MARCIO DE SOUZA CRIVELARO - SP239936-A, GABRIELA DINIZ RIBEIRO - SP359048-A, FLAVIO MARCOS DINIZ - SP303608-A, RASCICKLE SOUSA DE MEDEIROS - SP340301-A, JACQUELINE BRUNE DE SOUZA - SP351723-A, LAIS BORGES DE NORONHA - SP360569-A, AMANDA RODRIGUES GUEDES - SP282769-A, WASHINGTON LACERDA GOMES - SP300727-A, GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Theoto S/A Indústria e Comércio** em face do acórdão de id nº 33424471, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

3. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior:

4. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos.”

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a União propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000766-96.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: THEOTO S A INDUSTRIA E COMERCIO

Advogados do(a) APELADO: SANDRO MARCIO DE SOUZA CRIVELARO - SP239936-A, GABRIELA DINIZ RIBEIRO - SP359048-A, FLAVIO MARCOS DINIZ - SP303608-A, RASCICKLE SOUSA DE MEDEIROS - SP340301-A, JACQUELINE BRUNE DE SOUZA - SP351723-A, LAIS BORGES DE NORONHA - SP360569-A, AMANDA RODRIGUES GUEDES - SP282769-A, WASHINGTON LACERDA GOMES - SP300727-A, GILSON JOSE RASADOR - SP129811-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-98.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ESTEVAM DO VICHÍ HOMEM, JOSE EDUARDO NOBREZA MARTINS, ROBERTO MAGNO LAMBOGLIA GOMES, SERGIO PINFILDI
Advogado do(a) AGRAVADO: IVAN TOHME BANNOUT - SP208236-A
OUTROS PARTICIPANTES:

CESP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-98.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ESTEVAM DO VICHÍ HOMEM, JOSE EDUARDO NOBREZA MARTINS, ROBERTO MAGNO LAMBOGLIA GOMES, SERGIO PINFILDI
Advogado do(a) AGRAVADO: IVAN TOHME BANNOUT - SP208236-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela União em face da decisão proferida nos autos 0011072-80.2009.403.6100 que acolheu a alegação dos autores e determinou que a isenção do imposto de renda seja aplicada nos benefícios mensais recebidos pelos autores de forma vitalícia.

Relata a União, em síntese, que os autores ajuizaram ação ordinária visando afastar o IR sobre os valores recebidos a título de suplementação de aposentadoria paga pela FUNDAÇÃO CESP e a restituição o imposto de renda recebido a contar do pagamento da complementação dos proventos de aposentadoria dos autores concernente à parcela correspondente às suas contribuições ao fundo, vertidas no período de 01/01/1989 a 31/12/1995. A ação foi julgada procedente e a decisão transitou em julgado. A União restituiu o imposto de renda relativo ao período citado. Em seguida os autores requereram isenção vitalícia e o pedido foi atendido.

Aduz a União que a sentença determinou a aplicação ao caso do método de cálculos descrito na Instrução Normativa RFB nº 1.343/2013 e que não há qualquer valor a ser restituído ou qualquer desconto de imposto de renda em parcelas posteriores, já que o método aplicado nesses autos previsto na r. sentença transitada em julgado de fls. 270/277 e descrito na Instrução Normativa RFB nº 1.343/2013 apurou todo o valor recolhido indevidamente e procedeu à sua restituição.

Requer o efeito suspensivo para que a isenção do imposto de renda não seja aplicada nos benefícios mensais recebidos pelos autores de forma vitalícia e, em razão do pagamento da totalidade dos valores devidos, seja julgada extinta a execução.

Em contramínuta, alegam os autores, em síntese, que a questão está preclusa, que consta expressamente na inicial o pedido para a ré abster-se de reter o IRRF sobre as parcelas futuras de complementação de proventos de aposentadoria e que a decisão foi totalmente procedente, condenando a União a restituir os valores recolhidos e a excluir da incidência de imposto de renda a fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada complementar da Fundação CESP. A sentença dos embargos transitou em julgado, não tendo a União se insurgido quanto ao método do exaurimento.

Alegam os agravados que, ao contrário do que argumenta a agravante em desabrida tentativa de desvirtuar a coisa julgada, a sentença claramente determinou a restituição do que foi recolhido e a exclusão da parte isenta no resgate da complementação de aposentadoria, que se dá na forma de renda mensal vitalícia. O que a agravante quer é a aplicação de uma sistemática editada em 2013, muito depois da sentença de 09/2009 e do acórdão proferido em 10/2010. Portanto, se o título judicial traçou claras balizas para liquidação do julgado, por certo que elas deverão ser fielmente observadas, em respeito à coisa julgada material. Defendem que a decisão deve ser mantida.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025502-98.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ESTEVAM DO VICHÍ HOMEM, JOSE EDUARDO NOBREZA MARTINS, ROBERTO MAGNO LAMBOGLIA GOMES, SERGIO PINFILDI

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em ação declaratória de inexistência de imposto de renda cumulada com repetição de indébito em fase de cumprimento de sentença, distribuída em 11/05/2009, determinou que a União aplique a isenção do imposto de renda aos benefícios mensais recebidos pelos autores. A União requer o afastamento da isenção e que seja julgada extinta a execução.

Os limites objetivos da coisa julgada material encontram previsão atual no artigo 503 do Código de Processo Civil (e no art. 468, do CPC/1973, vigente à época do trânsito em julgado da decisão):

"Art. 503 - A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida."

Portanto, a conta de liquidação deve obedecer aos parâmetros traçados no julgado, não podendo haver inovação na fase de execução, sob pena de violação da coisa julgada.

A esse respeito, confira-se o seguinte julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FGTS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXCLUSÃO DE ÍNDICES CONSTANTES DO TÍTULO JUDICIAL. ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA RECURSAL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 284/STF. MP Nº 2.180-35/01. QUESTÃO FEDERAL NÃO DEBATIDA. SÚMULA 211/STJ. ART. 741, II E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

(...)

4. É inadmissível, em execução de sentença, alterar-se os limites contidos na sentença de conhecimento, exceto se houver erro material, o que não ocorre na hipótese, em que a CEF se insurge contra os índices de correção dos saldos existentes em conta vinculada do FGTS.

5. Os embargos à execução não constituem a via própria para questionar a coisa julgada.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido em parte.

(REsp 974.933/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 25/10/2007, p. 164) grifamos

Portanto, o demonstrativo discriminado do crédito deve obedecer aos parâmetros traçados no julgado, não podendo haver inovação na fase de execução, sob pena de violação da coisa julgada.

Assim determinou a sentença de fls. 270/277, proferida em 28/09/2009:

" (...) Em face do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido aduzido pelos autores, em face da União, ~~par~~conhecendo a dupla incidência de Imposto de Renda sobre o mesmo fato gerador; CONDENAR a ré a restituir os valores recolhidos indevidamente a partir do início do recebimento do benefício, e a excluir da incidência do imposto de renda na fonte e na declaração de rendimentos o valor do resgate de contribuições de previdência privada complementar da FUNDAÇÃO CESP, cujos ônus tenham sido dos autores, que corresponder às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

A restituição e a exclusão, somadas, ficam limitadas ao montante que corresponder ao imposto de renda, de ônus dos autores, referente às parcelas de contribuições efetuadas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995.

(...)"

Por força do reexame necessário e do recurso de apelação da União, assim decidiu esta c. Terceira Turma:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - IMPOSTO DE RENDA - PREVIDÊNCIA PRIVADA - FUNDAÇÃO CESP - UNIÃO FEDERAL - DEIXOU DE RECORRER NO MÉRITO - ART. 19, § 2º, LEI Nº 10.522/2002 - APLICAÇÃO - REMESSA OFICIAL - NÃO CONHECIMENTO PARCIAL - COMPLEMENTAÇÃO APOSENTADORIA - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS - TAXA SELIC - SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Tendo o Procurador da Fazenda manifestado no sentido de não recorrer sobre o mérito, esta hipótese obsta o reexame necessário, com fundamento no artigo 19, § 2º, da Lei nº 10.522 de 19/07/2002. Precedentes.

II - O prazo disposto no art. 168, I, CTN, mesmo no caso de tributo lançado por homologação, ou seja, quando o contribuinte recolhe o tributo sem o prévio exame da autoridade fiscal, conta-se a partir deste recolhimento, uma vez que o contribuinte não precisa esperar o esgotamento do quinquênio previsto no § 4º do art. 150 do CTN para postular, administrativa ou judicialmente, a restituição do tributo indevidamente recolhido.

III - O contribuinte poderia postular a repetição desde o momento em que foi efetuado o pagamento antecipado (nos casos de tributos lançados por homologação) até o decurso do prazo de cinco anos, contados retroativamente da data da propositura da ação.

IV - Tendo os autores se aposentado em 2007 e a ação sido interposta em 11/05/2009, não há parcelas prescritas.

V - A correção monetária é cabível a partir do recolhimento indevido, consoante edita a Súmula nº 162 do E. Superior Tribunal de Justiça.

VI - Quanto aos juros moratórios, a partir de 01/janeiro/1996 deve ser utilizada exclusivamente a taxa Selic, prevista no § 4º do artigo 39, da Lei nº 9250/95, como fator cumulado de correção monetária e de juros de mora, a qual representa a taxa de inflação do período considerado acrescido de juros reais.

VII - Deve ser mantida somente a taxa Selic e excluída a correção monetária fixada também pelos índices utilizados na tabela da Justiça Federal.

VIII - A União Federal efetivamente contestou a ação (fls. 262/264), tendo se instaurado a lide.

IX - A parte teve que se servir do judiciário para ver atendida a sua pretensão, o que seria motivo suficiente para a condenação no pagamento dos honorários advocatícios à parte sucumbente, considerando-se a retribuição econômica a que tem direito o patrono da parte vencedora pelo trabalho desenvolvido.

X - Tratando-se de repetição de indébito, os honorários deveriam ser aplicados na forma disposta no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, que fixa o percentual mínimo de 10% e o máximo de 20%, a incidir sobre o valor da condenação, todavia, em razão da não interposição de recurso pelos autores pleiteando a sua modificação, mantida a fixação das custas processuais e da verba honorária nos termos dispostos na r. sentença.

XI - Remessa oficial, na parte conhecida, e apelação interposta pela União Federal, parcialmente providas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1520684 - 0011072-80.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, julgado em 07/10/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/10/2010 PÁGINA: 301)

A decisão transitou em julgado em 10/12/2010.

Os embargos à execução da União foram julgados parcialmente procedentes, com fixação do valor a ser pago, em 15/02/2017 (fl. 459).

A existência ou não de valores a repetir somente será conhecida na liquidação do título judicial pelo método do esgotamento, que estava em vigor quando do encontro de contas.

A Instrução Normativa nº 1.343/2013 apresenta o tratamento tributário relativo à apuração do imposto de renda sobre os valores de aposentadoria recebidos de entidades de previdência complementar, correspondentes às contribuições vertidas entre 1989 a 1995.

A jurisprudência reconhece a legalidade do método do exaurimento/esgotamento, no sentido de que deve ser abatido o total das contribuições do participante de entidade privada da base de cálculo do imposto de renda, até seu exaurimento, apurada a partir de sua primeira declaração feita quando da aposentadoria. Esgotado o crédito de contribuições, cessa a tributação, não havendo que se falar em isenção vitalícia.

Confira-se (grifou-se):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE VALOR RECOLHIDO PELO CONTRIBUINTE. TEMA JÁ APRECIADO NO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. TÍTULO JUDICIAL. ADOÇÃO DO MÉTODO DE ESGOTAMENTO. SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRESCRIÇÃO A SER APRECIADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.

1. Inexiste ofensa ao art. 333 do CPC/73, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.
 2. O imposto de renda não incide sobre os valores da complementação de aposentadoria referentes às contribuições efetivadas para a entidade de previdência privada, até o limite do que foi recolhido pelo beneficiário sob a égide da Lei n. 7.713/88 (de janeiro de 1989 a dezembro de 1995). Precedente julgado na sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC (REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 8/10/2008, DJe 13/10/2008).
 3. O método de esgotamento adotado pelo Juízo de primeiro grau não destoa do comando constante da sentença com trânsito em julgado que, à toda evidência, reconheceu ser indevida a incidência do imposto de renda sobre verba de complementação de aposentadoria recebida de entidade de previdência privada, na proporção das contribuições que os ora recorridos efetivaram para o fundo de previdência complementar no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995.
 4. A metodologia do esgotamento corresponde àquela em que se atualizam as contribuições recolhidas na vigência da Lei n. 7.713/88 - ou seja, na proporção das contribuições efetivadas ao fundo no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995 - e, em seguida, abate-se o montante apurado sobre a base de cálculo do imposto de renda incidente sobre os proventos complementares no ano base 1996 e seguintes, se necessário, até o esgotamento do crédito.
 5. A confrontação do título judicial com a metodologia do esgotamento, denota que o Juízo de primeiro grau agiu em sintonia com a coisa julgada, na medida em que permitiu a atualização do valor referente às contribuições vertidas no período de 1º/1/1989 e 31/12/1995 para, em seguida, decotar referido montante da base de cálculo futura, qual seja a complementação de aposentadoria, tudo em consonância com a orientação desta Corte Superior: AgRg no REsp 1.212.993/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/5/2015; AgRg no REsp 1.471.754/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2014; AgRg no REsp 1.422.096/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5/9/2014; REsp 1.221.055/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5/12/2012.
 6. A metodologia utilizada para encontrar o montante decorrente das contribuições realizadas no período de 1º/1/1989 a 31/12/1995 deve obedecer ao contido no Manual de Cálculos da Justiça Federal quanto aos índices de correção monetária - isso em detrimento da Taxa Selic, mesmo após 1º/1/1995 -, já que, na espécie, o montante das contribuições realizadas pelos beneficiários no período supramencionado não ostenta natureza tributária, entendimento esse acolhido, inclusive, pelo Tribunal de origem. Precedente: REsp 1.160.833/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1º/7/2010.
 7. Somente a partir da vigência da Lei n. 9.250/95 é que surgiu a questão do alegado bis in idem referente aos valores pagos a título de imposto de renda sobre as prestações mensais do benefício de complementação de aposentadoria. Nas obrigações de trato sucessivo, que se renovam mês a mês, como no caso em apreço, em que se trata das prestações mensais do benefício de complementação de aposentadoria, o termo inicial do prazo quinquenal para se pleitear a restituição do imposto de renda retido na fonte sobre a complementação de aposentadoria segue a mesma sistemática. Precedentes: REsp 1.536.636/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/11/2015; REsp 1.306.333/CE, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 19/8/2014.
- (...)
(REsp 1375290/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO. RESTITUIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. BIS IN IDEM. LEI Nº 7.713/88. LEI Nº 9.250/95. MÉTODO DE ESGOTAMENTO. CABIMENTO.

1. De início, cumpre salientar que o cumprimento de sentença deve se dar nos exatos termos constantes no título executivo, não sendo cabível, portanto, qualquer modificação ou inovação a partir da rediscussão da lide, sob pena de violação à coisa julgada. Precedentes.
 2. Extraí-se que a referida sentença não padece de quaisquer irregularidades, na medida em que, à míngua de qualquer determinação em sentido diverso, julgou cabível a adoção do critério do esgotamento na liquidação das condenações à repetição do imposto de renda incidente sobre as complementações de aposentadoria decorrentes de contribuições recolhidas pelo beneficiário na vigência da Lei nº 7.713/88, observado a prescrição de eventuais créditos anteriores a 08/09/2004. Precedentes.
 3. Uma vez exaurido o montante apurado, na forma acima estabelecida, não há óbices para que o IR passe a incidir sobre o benefício percebido mensalmente. Precedentes.
 4. Apelação não provida.
- (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000128-95.2018.4.03.6106, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRRF. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

- 1 - A controvérsia veiculada nos autos diz respeito a sistemática de cálculo a ser adotada na liquidação da sentença que já reconheceu ser indevida a incidência do imposto de renda sobre a verba de complementação de aposentadoria recebida de entidade de previdência privada, na proporção das contribuições que os ora recorridos efetivaram para o fundo, o que afasta qualquer debate a respeito do direito de os recorridos não sofrerem a incidência de referido tributo sobre a complementação de aposentadoria, uma vez que tal questão já fora decidida no título judicial com trânsito em julgado.
 - 2 - Diferente do que afirmam os apelantes, a r. sentença que transitou em julgado não conferiu isenção parcial e definitiva do imposto de renda, tampouco definiu que o cálculo do exaurimento deve ser iniciado a partir do período não prescrito.
 - 3 - Não tendo o título executivo determinado expressamente que os valores a serem repetidos seriam deduzidos das prestações não atingidas pela prescrição, é de rigor a dedução a partir do primeiro ano da aposentadoria dos exequentes, ainda que tais prestações estejam prescritas. Entendimento diverso configuraria ofensa à coisa julgada, vez que tornaria inócua o reconhecimento da prescrição quinquenal pelo título executivo.
 - 4 - Para a apuração do indébito, devem ser somadas e atualizadas todas as contribuições vertidas pelo participante ao fundo na vigência da Lei nº 7.713/88. O valor apurado deverá, a partir da Lei nº 9.250/1995 ou da concessão do benefício (se posterior), ser deduzido do montante concernente às parcelas da aposentadoria complementar percebidas no ano, que correspondem à base de cálculo do imposto de renda. Apura-se, dessa forma, com respeito à sistemática de ajustes anuais do imposto, o tributo a ser restituído no exercício.
 - 5 - Se após a dedução integral da base de cálculo do IR ainda remanescer crédito relativo às contribuições a ser deduzido, o procedimento deve ser repetido em relação ao ano seguinte e, assim, sucessivamente, até o seu esgotamento. Ou seja, caso o valor do crédito, deduzido do montante correspondente às parcelas pretéritas do benefício, ano a ano, a partir da sua percepção, seja superior ao valor da complementação da aposentadoria, o imposto de renda pago em cada ano deve ser restituído. Havendo saldo, deve ser utilizado para abatimento no ano-base seguinte e assim sucessivamente, até o esgotamento do crédito.
 - 6 - De acordo com os cálculos apresentados, o montante recolhido pelo Sr. Alexandre Alberto Dubois entre 01/1989 a 12/1995, devidamente corrigido, passou a ser exaurido do rendimento tributável a partir de sua aposentadoria (em 09/1998) até 03/1999 quando o montante se esgotou. Da mesma forma, observa-se o exaurimento no montante do Sr. Luiz Roberto dos Santos, com início da dedução em 12/1998 e término em 09/1999 e da Sra. Sueli Mioko Aguiar, com início em 10/1997 e esgotamento em 09/1998 (fls. 64/80 - ID 86902392 - p. 97/113).
 - 7 - Recurso de apelação desprovido.
- (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0023898-65.2014.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/02/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. PRAZO INICIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA 1.343/2013.

1. Quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão, nos casos de restituição do indébito, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento no sentido de que se dá com a ocorrência do bis in idem, isto é, com a nova tributação sobre o mesmo valor.
 2. No tocante à metodologia dos cálculos do valor a restituir a título de tributo incidente sobre previdência privada, devem ser observadas as regras dispostas na Instrução Normativa 1.343/2013. Precedentes.
 3. Agravo provido.
- (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 575671 - 0002060-62.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 15/02/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/02/2017)

Não cabe ao Poder Judiciário, em razão do princípio da isonomia, estender benefício fiscal a destinatários não contemplados pela previsão legal, visto que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, estabelecendo isenções tributárias não previstas em lei.

Confira-se:

TRIBUTÁRIO. TRANSAÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL. EXTENSÃO A HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA PELA NORMA TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível incluir na transação prevista na Lei Estadual 12.218/2011 crédito tributário não alcançado pelo aspecto temporal da norma que a instituiu.
 2. A concessão de benefício fiscal é função atribuída pela Constituição Federal ao legislador, que deve editar lei específica, nos termos do art. 150, § 6º. A mesma ratio permeia o art. 111 do CTN, o qual impede que se confira interpretação extensiva em matéria de exoneração fiscal.
 3. A propósito, o art. 171 do CTN permite que a transação tributária seja realizada como meio de extinção do crédito tributário, nas condições estabelecidas por lei.
 4. A jurisprudência do STJ é firme quanto à impossibilidade de o intérprete estender benefício fiscal a hipótese não alcançada pela norma legal (cf. AgRg no REsp 1.226.371/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10.5.2011; REsp 1.116.620/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 25.8.2010; REsp 1.140.723/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.9.2010).
 5. Na mesma linha encontra-se a jurisprudência do STF, para quem o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo a fim de estender benefício fiscal (cf. RE 596.862 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 7.6.2011; ADI 1851 MC, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 3.9.1998).
 6. Recurso Ordinário não provido.
- (RMS 40.536/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 09/12/2013) grifamos

Encontra-se pacificado na jurisprudência o entendimento de que compete ao juízo da fase de liquidação delimitar o momento em que o prejuízo do contribuinte com o bis in idem foi ou será ressarcido, de modo que a tributação do benefício siga o seu curso normal a partir de então.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. ART. 6º, VII, "B", DA LEI 7.713/1988. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

(...)

3. Esta Corte Superior, no julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp 1.012.903/RJ, consolidou o entendimento de que, por força da isenção concedida pelo art. 6º, VII, "b", da Lei 7.713/1988, na redação anterior à que lhe foi dada pela Lei 9.250/1995, é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria e o do resgate de contribuições correspondentes a recolhimentos para entidade de previdência privada ocorridos no período de 1º.1.1989 a 31.12.1995.

4. Ressalte-se que os julgados desta Corte não abarcam a possibilidade de garantir o direito à referida isenção a contribuinte aposentado anteriormente à Lei 7.713/1988, pois em tais casos não se verificam contribuições neste período destinadas à formação de capital para pagamento de benefício já concedido, o que não ocorre no caso.

5. Não configura afronta à coisa julgada a consideração, pela Corte regional, da data da aposentadoria dos beneficiários do fundo de previdência privada, sendo que cabe ao juízo da fase de liquidação de sentença delimitar o momento em que o prejuízo do contribuinte com o *bis in idem* foi ou será ressarcido, de modo que a tributação do benefício siga o seu curso normal a partir de então. Precedentes.

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1460406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 04/08/2015) grifamos

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. LEI 7.713/88 (ART. 6º, VII, B), LEI 9.250/95 (ART. 8º, I E II). CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. FORMA DE LIQUIDAÇÃO. DEDUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES VERTIDAS ENTRE 1989 E 1995 DOS RENDIMENTOS DE 1996 EM DIANTE, OBSERVADO O LIMITE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS RECEBIDOS NOS PERÍODOS DE APURAÇÃO E NÃO A FAIXA DE ISENÇÃO.

1. O art. 8º, I, da Lei n. 9.250/95 estabelece que a base de cálculo do imposto de renda compreende a soma de todos os rendimentos, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva.

2. Quanto a decisão judicial reconhece, na esteira do recurso representativo da controvérsia REsp. N.º 1.012.903 - RJ (Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.10.2008) que "é indevida a cobrança de imposto de renda sobre o valor da complementação de aposentadoria", está a considerar somente o valor do benefício previdenciário como rendimento não tributável.

3. Sendo assim, o valor correspondente às contribuições vertidas pela parte autora, no período entre 1989 e 1995 (ou até a data da sua aposentadoria se ocorrida em momento anterior), devidamente atualizado, constitui-se no crédito a ser deduzido exclusivamente do montante correspondente às parcelas de benefício de aposentadoria complementar, apurando-se a base de cálculo do imposto de renda. O limite a ser respeitado na utilização dos créditos para a dedução deve ser o do valor do benefício recebido da entidade de previdência e não o da faixa de isenção. Método de cálculo já aceito por esta Casa no REsp. n. 1.086.148-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15.04.2010.

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

(REsp 1221055/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 05/12/2012) grifamos

Portanto, não deve a isenção ser aplicada nos benefícios mensais recebidos pelos autores de forma vitalícia, considerando o pagamento total dos valores devidos.

Ante o exposto, deve ser dado provimento ao agravo de instrumento da União.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSTO DE RENDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE VALOR RECOLHIDO PELO CONTRIBUINTE. ADOÇÃO DO MÉTODO DE ESGOTAMENTO/EXAURIMENTO. SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA. ISENÇÃO VITALÍCIA. HIPÓTESE NÃO ALCANÇADA NAS DECISÕES PROFERIDAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - Os limites objetivos da coisa julgada material encontram previsão atual no artigo 503 do Código de Processo Civil (e no art. 468, do CPC/1973, vigente à época do trânsito em julgado da decisão).

2 - A existência ou não de valores a repetir somente será conhecida na liquidação do título judicial pelo método do esgotamento, que estava em vigor quando do encontro de contas.

3 - A Instrução Normativa nº 1.343/2013 apresenta o tratamento tributário relativo à apuração do imposto de renda sobre os valores de aposentadoria recebidos de entidades de previdência complementar, correspondentes às contribuições vertidas entre 1989 a 1995.

4 - A jurisprudência reconhece a legalidade do método do exaurimento/esgotamento, no sentido de que deve ser abatido o total das contribuições do participante de entidade privada da base de cálculo do imposto de renda, até seu exaurimento, apurada a partir de sua primeira declaração feita quando da aposentadoria. Esgotado o crédito de contribuições, cessa a tributação, não havendo que se falar em isenção vitalícia.

5 - Não cabe ao Poder Judiciário, em razão do princípio da isonomia, estender benefício fiscal a destinatários não contemplados pela previsão legal, visto que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo, estabelecendo isenções tributárias não previstas em lei.

6 - Encontra-se pacificado na jurisprudência o entendimento de que compete ao juízo da fase de liquidação delimitar o momento em que o prejuízo do contribuinte com o *bis in idem* foi ou será ressarcido, de modo que a tributação do benefício siga o seu curso normal a partir de então (STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 1.460.406/RS e REsp nº 1.221.055/RS).

7 - Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento da União., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014424-43.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ANTONIO CARLOS VIEIRA

Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE STOROPOLI - SP384439-A, ALESSANDRO LUIZ OLIVEIRAAZZONI - SP3531440A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014424-43.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ANTONIO CARLOS VIEIRA

Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE STOROPOLI - SP384439-A, ALESSANDRO LUIZ OLIVEIRAAZZONI - SP3531440A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Antônio Carlos Vieira em face do acórdão assimementado (ID 108949781):

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IBAMA. MANUTENÇÃO EM CATIVEIRO DE PASSERIFORMES EM DESACORDO COM A LICENÇA OUTORGADA. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Trata-se de ação em que se busca a anulação do Auto de Infração nº 520607-D e dos Termos de Apreensão, Depósito e Embargo/Interdição nº 412005, 412006, 412007, 412008-C, lavrados pelo IBAMA, em razão de o autor, supostamente, manter em cativeiro aves da fauna silvestre nativa brasileira em desacordo com a licença outorgada pela autoridade competente; subsidiariamente, requer a redução da multa para o valor de R\$ 26.675,00 (vinte e seis mil, seiscentos e setenta e cinco reais). 2. Todos os atos que ocasionam o impulsionamento para o prosseguimento do processo devem ser considerados atos imprescindíveis à apuração do fato tido como infração, razão pela qual não houve, in casu, prescrição intercorrente no processo administrativo. 3. Da mesma maneira, não há se falar em prescrição da cobrança da multa, pois o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que os créditos decorrentes da aplicação de multas administrativas devem ser ajuizados no prazo de 5 (cinco) anos contados do momento em que se torna exigível o crédito, ou seja, a partir da sua constituição definitiva. 4. É cediço que o auto de infração é dotado de fé pública e presunção relativa de legitimidade e veracidade, o que significa que as informações e conclusões que contenha somente podem ser afastadas se houver prova em contrário. No caso em apreço, entretanto, o autor não logrou êxito em produzir provas suficientes para elidir a presunção de legitimidade e veracidade de que goza o auto de infração, mostrando-se hígida a autuação em comento. 5. O relatório de fiscalização do IBAMA verificou que os animais estavam em péssimas condições de manutenção, agrupados em diversos cômodos da casa, com pouca ventilação e insolação e com muitas sujidades acumuladas nas gaiolas. Além disso, apurou-se que 165 animais, incluindo psitacídeos, estavam sem nenhum tipo de marcação e sem comprovação de origem, 3 papagaios importados da Argentina não apresentavam nenhum tipo de marcação, 101 passeriformes foram anilhados sem origem local, sendo que 38 anilhas saíram facilmente durante a manipulação dos animais, bem como 99 animais do plantel não estavam no local. 6. O artigo 6º da Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais, dispõe que a aplicação das sanções deve guardar estrita proporcionalidade com a gravidade do fato, os antecedentes do infrator e sua situação econômica, no caso de multa. 7. Não obstante o reconhecimento da infração, as circunstâncias previstas no artigo supracitado para imposição e gradação da penalidade não foram sopesadas pelo agente administrativo, que fixou a multa sem observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando que o autor é beneficiário da assistência judiciária gratuita e não possui condições financeiras de arcar com o pagamento de multa no valor de R\$ 553.500,00 (quinhentos e cinquenta e cinco mil e quinhentos reais). 8. Ademais, inexistindo provas de que o autor tivesse sido autuado anteriormente por infrações à legislação ambiental, é de rigor a redução da penalidade para o importe de R\$ 26.675,00 (vinte e seis mil, seiscentos e setenta e cinco reais), correspondente a 5% (cinco por cento) do valor original da pena, cujo montante é suficiente para coibir a conduta ilícita e garantir seu caráter pedagógico. 9. Precedentes. 10. Sucumbência recíproca. 11. Apelação do IBAMA provida; e, prosseguindo no julgamento, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedente o pedido inicial para reduzir a multa ao valor de R\$ 26.675,00 (vinte e seis mil, seiscentos e setenta e cinco reais)”.

Alega o embargante que o acórdão foi omissivo em relação à decisão de ofício do IBAMA, que reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, e que foi juntada aos autos no dia 07.11.2019, sendo que, o reconhecimento da prescrição de ofício do crédito vincula o órgão à desistência dos recursos já interpostos, nos termos da Lei nº 9.469/1997, não subsistindo a multa aplicada, mesmo que em valor reduzido. Aduz, ainda, que o aresto reconheceu a sucumbência recíproca, porém não fixou o percentual dos honorários para cada patrono, os quais devem ser majorados para pagamento do IBAMA e afastados os devidos pelo embargante. Caso assim não se entenda, ao menos sejam arbitrados os honorários em 95% para o embargante, que sucumbiu minimamente, e 5% para o IBAMA.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014424-43.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENO VAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: ANTONIO CARLOS VIEIRA
Advogados do(a) APELADO: JOAO HENRIQUE STOROPOLI - SP384439-A, ALESSANDRO LUIZ OLIVEIRA AZZONI - SP3531440A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

De início, verifico que no julgamento de 18 de dezembro de 2019, esta Turma deu provimento à apelação do IBAMA para afastar a prescrição e, prosseguindo no julgamento, nos termos do artigo 1.013, § 4º, do Código de Processo Civil, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para reduzir o valor da multa ambiental.

Neste momento, com o fito de correção de rumo do citado julgamento, em melhor reflexão da matéria aqui ventilada, bem como atentando-se para a petição de ID 104850336 e documentos de ID 104850337, confiro efeitos infringentes aos declaratórios e reavalio a controvérsia travada neste feito.

Pois bem. Trata-se de ação em que se busca a anulação do Auto de Infração nº 520607-D e dos Termos de Apreensão, Depósito e Embargo/Interdição nº 412005, 412006, 412007, 412008-C, lavrados pelo IBAMA, em razão de o autor, supostamente, manter em cativeiro aves da fauna silvestre nativa brasileira em desacordo com a licença outorgada pela autoridade competente; subsidiariamente, o autor requer a redução da multa para o valor de R\$ 26.675,00 (vinte e seis mil, seiscentos e setenta e cinco reais).

A parte autora, quando intimada da inclusão do processo em pauta para julgamento, informou nos autos que, em 21.10.2019, a Coordenação do Processo Sancionador Ambiental do IBAMA reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do auto de infração nº 520607/D, declarando a extinção da punibilidade do infrator.

De acordo com a decisão proferida pelo Coordenador Substituto da COPSA/CIAM, o autuado foi notificado acerca do julgamento recorrível de 1ª instância em 27.05.2011, sendo que após essa data não houve a produção de nenhum ato voltado à apuração do fato infracional, mas apenas a expedição da decisão recursal em 18.01.2016 e a notificação do autuado em 01.06.2016. Considerando que a decisão recursal é irreccorível e, por isso, não pode ser aproveitada como um marco interruptivo da prescrição, o órgão reconheceu o transcurso de prazo superior a cinco anos entre a ciência pelo autuado da primeira decisão e a notificação do julgamento definitivo na esfera administrativa, nos termos do artigo 1º da Lei 9.873/99 (ID 104850337).

Logo, diante do reconhecimento pelo IBAMA, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do auto de infração e, conseqüentemente, diante da insubsistência da multa discutida nestes autos, a apelação do IBAMA deve ser julgada prejudicada.

Registre-se que, em sua resposta aos embargos de declaração opostos pelo autor, o IBAMA nada declarou a respeito da questão, limitando-se a alegar a inexistência de vícios no julgamento do apelo.

Por fim, no que tange aos honorários advocatícios, depreende-se que foi o órgão ambiental quem deu causa ao ajuizamento da presente demanda, visto que, posteriormente, ele próprio declarou a extinção da punibilidade do autor.

Assim, a parte ré deverá arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado até 200 salários-mínimos, e em 8% (oito por cento) sobre o valor da causa atualizado, no que exceder, nos termos do art. 85, §§ 3º e 5º do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração, conferindo-lhes efeitos infringentes, para julgar prejudicada a apelação do IBAMA, diante da prescrição da pretensão punitiva do auto de infração nº 520607-D, com a condenação da parte ré ao pagamento de verba honorária sucumbencial, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. IBAMA. MULTA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO AUTO DE INFRAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO INFRATOR PELO PRÓPRIO ÓRGÃO AMBIENTAL. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. APELAÇÃO PREJUDICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. Com o fito de correção de rumo do julgamento do apelo, em melhor reflexão da matéria aqui ventilada, bem como atentando-se para a petição e documentos juntados aos autos pelo embargante, informando que, em 21.10.2019, a Coordenação do Processo Sancionador Ambiental do IBAMA reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do auto de infração nº 520607/D, declarando a extinção da punibilidade do infrator, confirmando efeitos infringentes aos declaratórios e reavaliando a controvérsia travada neste feito.
3. Trata-se de ação em que se busca a anulação do Auto de Infração nº 520607-D e dos Termos de Apreensão, Depósito e Embargo/Interdição nº 412005, 412006, 412007, 412008-C, lavrados pelo IBAMA, em razão de o autor, supostamente, manter em cativeiro aves da fauna silvestre nativa brasileira em desacordo com a licença outorgada pela autoridade competente; subsidiariamente, o autor requer a redução da multa para o valor de R\$ 26.675,00 (vinte e seis mil, seiscentos e setenta e cinco reais).
4. De acordo com a decisão proferida pelo Coordenador Substituto da COPS/CIAM, o autuado foi notificado acerca do julgamento recorível de 1ª instância em 27.05.2011, sendo que após essa data não houve a produção de nenhum ato voltado à apuração do fato infracional, mas apenas a expedição da decisão recursal em 18.01.2016 e a notificação do autuado em 01.06.2016.
5. Considerando que a decisão recursal é irrecurível e, por isso, não pode ser aproveitada como um marco interruptivo da prescrição, o órgão reconheceu o transcurso de prazo superior a cinco anos entre a ciência pelo autuado da primeira decisão e a notificação do julgamento definitivo na esfera administrativa, nos termos do artigo 1º da Lei 9.873/99.
6. O IBAMA, de ofício, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva do auto de infração e, conseqüentemente, a insubsistência da multa discutida nos autos, de modo que foi o órgão ambiental quem deu causa ao ajuizamento da presente demanda e deverá arcar com o pagamento dos honorários sucumbenciais, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado até 200 salários-mínimos, e em 8% (oito por cento) sobre o valor da causa atualizado, no que exceder, nos termos do art. 85, §§ 3º e 5º do Código de Processo Civil.
7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para julgar prejudicada a apelação do IBAMA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração, conferindo-lhes efeitos infringentes, para julgar prejudicada a apelação do IBAMA, diante da prescrição da pretensão punitiva do auto de infração nº 520607-D, com a condenação da parte ré ao pagamento de verba honorária sucumbencial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008697-56.2006.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TANIA LOBO SOARES
Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA DI PILLO DE PAULA - SP235403
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008697-56.2006.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TANIA LOBO SOARES
Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA DI PILLO DE PAULA - SP235403
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** em face do acórdão assim ementado (ID's 92113303 - Pág. 193-204 e 92113304 - Pág. 1-18):

"ADMINISTRATIVO. DEMORA INJUSTIFICADA NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. INSS. IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DANO MORAL. CABIMENTO. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Trata-se de pedido de indenização por danos morais, em razão da demora no cumprimento de determinação judicial relativa à implantação do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição. 2. O Poder Público possui responsabilidade objetiva fundamentada pela teoria do risco administrativo, com o conseqüente enquadramento dos atos lesivos praticados por seus agentes no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, bastando a comprovação da conduta lesiva, do resultado danoso e do nexo de causalidade, os quais estão presentes na hipótese dos autos. 3. No caso em apreço, a autora aguardou por tempo superior ao devido para a implantação de sua aposentadoria, visto que, da data da intimação do INSS até o efetivo cumprimento da decisão judicial, transcorreram quatro meses, o que configura motivo suficiente para que a beneficiária seja indenizada. 4. De fato, a autarquia previdenciária não procedeu com a eficiência que se espera de um órgão público, prejudicando a autora por questões burocráticas inerentes à própria Administração, e, privando-a, por tempo considerável, de uma verba de natureza alimentar. 5. No tocante à fixação do montante a título de indenização por danos morais, algumas diretrizes não de ser observadas, tais como a proporcionalidade à ofensa, a condição social e a viabilidade econômica do ofensor e do ofendido. Deve-se ter em conta, ademais, que a indenização não pode acarretar enriquecimento ilícito, nem representar valor irrisório. 6. Neste ponto da análise, a conclusão possível é a de que, atento às circunstâncias fáticas do caso concreto, é adequado fixar a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescidos de juros de mora e correção monetária. 7. Inversão do ônus sucumbencial. 8. Precedentes. 9. Apelação provida."

Alega o embargante que o acórdão foi omisso, uma vez que não indicou qual direito de personalidade da embargada foi violado, a justificar a condenação imposta.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008697-56.2006.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TANIA LOBO SOARES
Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA DI PILLO DE PAULA - SP235403
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contém vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

Registre-se que os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração opostos na origem não podem ser destinados ao "acréscimo de razões que para a parte pareçam significativas, mas que, para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar" (EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg no REsp 792.547/DF, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 19.8.2013). 2. "Não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profila o que considera injustiças decorrentes do 'decisum' (...) (EDcl no REsp 739/RJ, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, DJ de 11.3.1991, p. 2395). 3. Agravo interno não provido". ..EMEN: (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1394852 2018.02.89134-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/02/2019 ..DTPB:) (grifei)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (Art. 1.022 DO CPC DE 2015). AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM REPETITIVO. STJ - TEMA 994 - O ICMS NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA CPRB - REJEIÇÃO. 1. À luz da melhor exegese do art. 1.021, §3º, e do art. 489, ambos do Código de Processo Civil de 2015, o julgador não está compelido, no curso do processo intelectual de formação de sua convicção para a solução do litígio, a guiar-se pela linha de raciocínio e questionamentos predefinida na argumentação das razões recursais. 2. Uma vez apreciados motivada e concretamente os fundamentos de fato e de direito que envolvem o litígio, tomando em consideração todas as alegações relevantes para a sua composição, não há cogitar em desrespeito à sistemática processual civil, assim como à norma do art. 93, IX, da CF. 3. O juiz ou tribunal deve decidir a questão controvertida indicando os fundamentos jurídicos de seu convencimento, manifestando-se sobre todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, não estando, porém, obrigado a responder "questionários" ou analisar alegações incapazes de conferir à parte os efeitos pretendidos. 4. Para aplicação da tese firmada em sede de recurso repetitivo é desnecessário aguardar seu trânsito em julgado. Precedentes. (...) 11. Embargos de declaração rejeitados". (ApCiv 0051635-71.2015.4.03.6144, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2019) (grifei)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não conhecimento da suscitada violação ao art. 1022, I e II, do CPC, porquanto sequer foram objeto do acórdão impugnado. 2. As razões veiculadas nestes embargos demonstram, na verdade, o inconformismo das partes recorrentes com os fundamentos adotados no acórdão e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). 3. Não há ocorrência de nenhum dos vícios dos incisos I, II e III do artigo 1.022 do CPC, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016). 4. Inicialmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg, nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015). 5. Com efeito, do órgão julgador exige-se apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte - no caso, apontamentos de normas constitucionais e legais supostamente violados. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente. 6. Ainda, ausente qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15" (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016). 7. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e, na parte conhecida, não providos. (ApCiv 0003985-03.2010.4.03.6500, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019) (grifei)

Logo, o que se percebe é que o embargante deseja que prevaleça a tese por ele defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento. Precedentes.
4. O que se percebe é que o embargante deseja que prevaleça a tese por ele defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007874-26.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RCD-CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007874-26.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RCD-CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo **Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região**, em relação ao acórdão ID de nº 107715760, assim ementado:

"EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2007 a 2010 (ID de nº 57071053, páginas 7-10). 2. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade. 3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362). 4. Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei nº 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei nº 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita. 5. Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003). 6. No presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35). 7. Assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal). 8. Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos no art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80. 9. Apelação desprovida."

O embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que:

- a) as CDA's encartadas à exordial da execução estão fundamentadas no art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78, assegurando ao contribuinte o efetivo exercício do contraditório;
- b) No caso dos autos, não houve ofensa aos princípios da reserva legal e da legalidade tributária;
- c) não há qualquer ilegalidade na cobrança da multa eleitoral.

Não houve apresentação de resposta aos embargos de declaração.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007874-26.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RCD-CONSTRUTORA E IMOBILIARIA LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De fato, inexistiu qualquer vício no acórdão, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta e. Turma.

In casu, o acórdão deixou claro que a cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade; o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362); em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei nº 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei nº 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita; desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003); no presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35); assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal); desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.

Assim, restou clara a ofensa ao princípio da reserva legal e também ao da legalidade tributária, o que torna nula a cobrança.

Com relação aos questionamentos formulados pela embargante, aplica-se o art. 1.025 do Código de Processo Civil em vigor.

De outra face, com relação à cobrança da multa eleitoral, os embargos de declaração não devem ser conhecidos, pois a presente execução fiscal trata apenas de cobrança das anuidades de 2007 a 2010 (ID de nº 57071053, páginas 7-10).

Por fim, divergindo do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito.

Ante o exposto, conheço em parte dos embargos de declaração e, na parte conhecida, **rejeito-os**.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI 2ª REGIÃO. FIXAÇÃO DE ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA DA CONTRIBUIÇÃO. OBEDECIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. MULTA ELEITORAL. QUESTÃO NÃO TRATADA NOS AUTOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDOS E REJEITADOS NESTA PARTE.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

2. *In casu*, o acórdão deixou claro que a cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade; o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362); em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei nº 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei nº 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita; desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003); no presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35); assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal); desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.

3. Assim, restou clara a ofensa ao princípio da reserva legal e também ao da legalidade tributária, o que torna nula a cobrança.

4. De outra face, com relação à cobrança da multa eleitoral, os embargos de declaração não devem ser conhecidos, pois a presente execução fiscal trata apenas de cobrança das anuidades de 2007 a 2010 (ID de nº 57071053, páginas 7-10).

5. Embargos de declaração conhecidos em parte e, na parte conhecida, rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte dos embargos de declaração e, na parte conhecida, rejeitou-os, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005895-36.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR, ALINE SILVA ROCHA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005895-36.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR, ALINE SILVA ROCHA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo INSS (Id 92891076, p. 10-14), em face do acórdão que negou provimento à apelação e à remessa oficial, assimentado (Id 92891076, p. 6-7):

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. REQUERIMENTO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. LIMITAÇÃO QUANTITATIVA. NECESSIDADE DE AGENDAMENTO. EXIGÊNCIA AO ADVOGADO DE SENHA. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

- 1. É firme a jurisprudência no sentido de ser ilegal a restrição ao exercício profissional da advocacia, nos termos da Lei 8.906/1994, consistente na exigência de prévio agendamento para atendimento ou limitação no número de petições a serem protocoladas, o que não significa, porém, a dispensa da observância de fila ou senha para atendimento, como forma de ordenamento válido e regular do serviço administrativo, inclusive dada a própria existência de preferência legal para o atendimento de idosos, deficientes, gestantes.*
- 2. A restrição viola direito líquido e certo, em prejuízo à liberdade de exercício profissional, direito de petição e princípio da legalidade. A busca de isonomia mediante restrição de direitos é atentatória ao princípio da eficiência, pois ao Poder Público incumbe ampliar e não limitar o acesso do administrado aos serviços que presta, sendo, entretanto, inviável a pretensão de atendimento sem observância do sistema de filas e senhas, que preserva, inclusive, as preferências legais.*
- 3. Assim, os Impetrantes, como advogados, podem protocolar requerimentos acerca de benefícios previdenciários de seus mandantes sem limitação de quantidade por atendimento, bem como consultar os autos e extrair cópias, nos termos fixados na legislação, independentemente de prévio agendamento.*
- 4. Ressalve-se, no entanto, que deverão os Impetrantes sujeitarem-se às filas ou senhas de atendimento destinadas aos advogados, observando-se a ordem de chegada à repartição pública.*
- 5. Ademais, não viola as normas do Estatuto do Idoso e das demais Leis acima invocadas, tampouco os princípios da isonomia e da separação dos poderes, especialmente, com relação à garantia de atendimento preferencial e prioritário aos idosos, às pessoas com deficiência, gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e aos obesos, o afastamento da limitação do número de requerimentos por protocolo, bem como de prévio agendamento.*
- 6. Remessa necessária e apelação desprovidas."*

Alega o INSS que o acórdão restou omissivo, não tendo se posicionado em relação aos art. 1º da Lei nº 8.906/94, art. 3º, I, do Estatuto do Idoso, da Lei nº 10.741/03 e do artigo 9º da Lei 7.853/89.

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005895-36.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR, ALINE SILVA ROCHA
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
Advogado do(a) APELADO: RUBENS GONCALVES MOREIRA JUNIOR - SP229593-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

O INSS alega omissão do acórdão por não ter analisado o direito de exercício profissional do advogado junto às agências do INSS à luz do Estatuto do Idoso, dos portadores de deficiência e necessidades especiais, entre outros.

Diferentemente do que alega o embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a questão do direito do advogado, afastando apenas a exigência do prévio agendamento para atendimento ou limitação no número de petições a serem protocoladas, **mantendo-se, no entanto, a obrigatoriedade de sujeição do impetrante ao sistema de filas e senhas nas agências.**

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 92891075, p. 162-164):

"(...)

Nota-se que a restrição viola direito líquido e certo, em prejuízo à liberdade de exercício profissional, direito de petição e princípio da legalidade. A busca de isonomia mediante restrição de direitos é atentatória ao princípio da eficiência, pois ao Poder Público incumbe ampliar e não limitar o acesso do administrado aos serviços que presta, sendo, entretanto, inviável a pretensão de atendimento sem observância do sistema de filas e senhas, que preserva, inclusive, as preferências legais.

Assim, os Impetrantes, como advogados, podem protocolar requerimentos acerca de benefícios previdenciários de seus mandantes sem limitação de quantidade por atendimento, bem como consultar os autos e extrair cópias, nos termos fixados na legislação, independentemente de prévio agendamento. Ressalve-se, no entanto, que deverão os Impetrantes sujeitarem-se às filas ou senhas de atendimento destinadas aos advogados, observando-se a ordem de chegada à repartição pública.

(...)

Ademais, não viola as normas do Estatuto do Idoso e das demais Leis acima invocadas, tampouco os princípios da isonomia e da separação dos poderes, especialmente, com relação à garantia de atendimento preferencial e prioritário aos idosos, às pessoas com deficiência, gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e aos obesos, o afastamento da limitação do número de requerimentos por protocolo, bem como de prévio agendamento."

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.

Ademais, no que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "*os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. INSS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contém vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. O aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Na espécie, o acórdão abordou a questão do direito do advogado, afastando apenas a exigência apenas do prévio agendamento para atendimento ou limitação no número de petições a serem protocoladas, mantendo-se, no entanto, a obrigatoriedade de sujeição do impetrante ao sistema de filas e senhas nas agências.
5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "*os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado*" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021181-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROSANA LEMOS DA COSTA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAGALI CRISTINA ANDRADE DA GAMA - SP155247-A
AGRAVADO: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP, ESTADO DE SÃO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021181-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROSANA LEMOS DA COSTA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAGALI CRISTINA ANDRADE DA GAMA - SP155247-A
AGRAVADO: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ROSANA LEMOS DA COSTA contra a decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a liminar requerida a fim de possibilitar o oferecimento de seguro-garantia para efetivar a caução que permite o exercício profissional de leiloeiro público oficial.

Alega a agravante a ilegalidade da revogação, pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, da IN 17/2013, que previa, em seu art. 28, que a caução seria prestada “somente em dinheiro, caderneta de poupança, fiança bancária e seguro garantia”, editando a da IN no 44/2018, que previu como modalidade de caução apenas o depósito em conta poupança na Caixa Econômica Federal.

Requer o provimento do recurso para aceitar o oferecimento de seguro-garantia como caução funcional para o exercício profissional de leiloeira pública.

Foi oferecida contraminuta.

Sobreveio juntada de petição (ID 123767293), que informa a edição de nova Instrução Normativa de nº 72, a qual prevê a possibilidade de apresentação de seguro garantia, revogando a IN anterior.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021181-83.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: ROSANA LEMOS DA COSTA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MAGALI CRISTINA ANDRADE DA GAMA - SP155247-A
AGRAVADO: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO - JUCESP, ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Decreto no 21.981/1932, do Chefe do Poder Executivo Federal, regulamenta a profissão de Leiloeiro Oficial Público, prevendo, em seu artigo 6º, a necessidade de oferecimento de caução para o regular exercício profissional:

Art. 6º O leiloeiro, depois de habilitado devidamente perante as Juntas Comerciais fica obrigado, mediante despacho das mesmas Juntas, a prestar fiança, em dinheiro ou em apólices da Dívida Pública federal que será recolhida, no Distrito Federal, ao Tesouro Nacional e, nos Estados o Território do Acre, às Delegacias Fiscais, Alfandegas ou Coletorias Federais. O valor desta fiança será, no Distrito Federal de 40:000\$000 e, nos Estados e Território do Acre, o que for arbitrado pelas respectivas Juntas comerciais.

§ 1º A fiança em apólices nominativas será prestada com o relacionamento desses títulos na Caixa de Amortização, ou nas repartições federais competentes para recebê-la, dos Estados e no Território do Acre, mediante averbações que as conservem intransferíveis, até que possam ser levantadas legalmente, cabendo aos seus proprietários a percepção dos respectivos juros.

§ 2º Quando se oferecerem como fiança depósitos feitos nas Caixas Econômicas, serão as respectivas cadernetas caucionadas na forma do parágrafo anterior, percebendo igualmente os seus proprietários os juros nos limites arbitrados por aqueles institutos,

§ 3º A caução da fiança em qualquer das espécies admitidas, a, bem assim o seu levantamento, serão efetuados sempre à requisição da Junta Comercial perante a qual se tiver processado a habilitação do leiloeiro.

Tal decreto é regulamentado pelo órgão competente (no caso concreto a Junta Comercial do Estado de São Paulo, Departamento de Registro Empresarial e Integração –DREI), através da edição de sucessivas Instruções Normativas, que vem permitindo a apresentação de seguro-garantia para o cumprimento da exigência de oferecimento de caução funcional.

No entanto, a IN DREI nº 44/2018, alterando o artigo 28 da lei regulamentar precedente, subtraiu a possibilidade do oferecimento desse tipo de garantia:

Art. 28. Deferido o pedido de matrícula, por decisão singular, o Presidente da Junta Comercial dará o prazo de 20 (vinte) dias úteis para o interessado prestar caução e assinar o termo de compromisso. (Redação do caput dada pela Instrução Normativa DREI nº 44 DE 07/03/2018).

§ 1º A garantia de que trata este artigo deverá ser depositada na Caixa Econômica Federal, ou outro banco oficial, em conta poupança à disposição da Junta Comercial e o seu levantamento será efetuado, sempre, a requerimento da Junta Comercial. (Redação do parágrafo dada pela Instrução Normativa DREI nº 44 DE 07/03/2018).

A agravante Leiloeira Pública Oficial tomou posse em 13/06/2017, com número de matrícula 1038, oferecendo para o exercício regular da profissão seguro-garantia com vigência até 17/05/2019.

Com a proximidade de vencimento da garantia vigente, a agravante diligenciou com o intuito de renovar a apólice de seguro-garantia ofertada. No entanto, a alteração promovida pela Instrução Normativa supra mencionada retirou o seguro-garantia dentre as alternativas do caucionamento exigido. O texto regulamentar previa:

Art. 2º Respeitada a exceção do § 1º deste artigo, as cauções prestadas mediante fiança bancária ou seguro garantia não são passíveis de renovação ou prorrogação e serão consideradas insubsistentes a partir do primeiro dia útil após o vencimento dos respectivos contratos ou das respectivas apólices.

§1o As cauções com contratos e apólices vincendos em até 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Instrução Normativa são passíveis de uma última renovação ou prorrogação por período de até 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

§2o Os leiloeiros, para comprovação da existência e suficiência das cauções mencionadas no parágrafo anterior, na forma estabelecida pelas Juntas Comerciais, apresentarão os contratos ou apólices de renovação ou prorrogação da fiança bancária ou do seguro garantia.

Assim, diante da impossibilidade de renovação da caução por seguro-garantia, a agravante impetrou mandado de segurança para assegurar seu direito líquido e certo de não se submeter a esta nova regulamentação, porque já é leiloeira matriculada, possuindo direito adquirido à renovação da garantia pelo mesmo meio.

É certo que o tema da constitucionalidade da apresentação da referida caução, determinada pelo Decreto nº 21.981/1932, pendente de decisão judicial no Supremo Tribunal Federal que está afetado pela sistemática da Repercussão Geral (RE nº 611.585), de caráter vinculante.

Outrossim, o seguro garantia a foi equiparado à garantia em dinheiro, para fins de penhora, nos termos do artigo 835, §2º.

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

(...)

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

Ocorre que, no curso da ação, sobreveio legislação regulamentadora, a qual voltou a aceitar o oferecimento de seguro garantia como opção ao caucionamento funcional.

A IN DREI nº 72/2019, editada, dispõe, *in verbis*:

Art. 45. A cada matrícula será prestada a respectiva caução que poderá ser realizada em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

§ 1º A garantia em dinheiro deverá ser depositada na Caixa Econômica Federal, ou outro banco oficial, em conta poupança ou caução, desde que esteja devidamente bloqueada e à disposição da Junta Comercial.

§ 2º O levantamento da caução será efetuado, sempre, a requerimento da Junta Comercial que houver matriculado o leiloeiro.

§ 3º A fiança bancária ou o seguro garantia podem ser contratados junto a instituição privada e, apenas no que couber, obedecerão, aos mesmos critérios aplicáveis da caução em dinheiro.

§ 4º A junta comercial deverá figurar na apólice de fiança ou seguro como segurada e o leiloeiro como tomador, cuja vigência deverá abranger o período de 16 (dezesesseis) meses, facultado ao interessado oferecer garantia para períodos superiores.

§ 5º Deverá o leiloeiro apresentar novo endosso ou carta fiança com antecedência mínima de 4 (quatro) meses, com data de vigência para o primeiro dia posterior ao vencimento do contrato anterior, a fim de que não haja solução de continuidade da garantia.

§ 6º Ultrapassado o prazo do seguro garantia ou da fiança bancária sem apresentação de nova garantia válida, será lançada informação nos cadastros e no sítio eletrônico da junta comercial, de que o leiloeiro se encontra em situação irregular.

§ 7º Após notificação do leiloeiro para renovação da garantia e decorrido o prazo de 10 (dez) dias úteis, o omissor ficará sujeito ao regular processo administrativo de destituição.

§ 8º Em caso de nova contratação, o leiloeiro deverá apresentar declaração se responsabilizando pelas infrações cometidas em data anterior a nova contratação.

Portanto, tendo em vista a novel regulamentação expedida, bem como a fim de proteger a atividade profissional regulamente instituída, é de se permitir a renovação da apólice do seguro-garantia ofertado para o caucionamento funcional determinado pelo Decreto no 21.981/1932.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. LEILOEIRO OFICIAL PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO. DECRETO Nº 21.981/1932. SEGURO-GARANTIA. IN DREI Nº 44/2018. IMPOSSIBILIDADE. IN 72/2019. REVOGAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1. O Decreto no 21.981/1932, do Chefe Do Poder Executivo Federal, regulamenta a profissão de Leiloeiro Oficial Público, prevendo, em seu artigo 6º, a necessidade de oferecimento de caução para o regular exercício profissional.

2. No entanto, a IN DREI nº 44/2018, alterando o artigo 28 da lei regulamentar precedente, subtraiu a possibilidade do oferecimento desse tipo de garantia.

3. A agravante Leiloeira Pública Oficial tomou posse em 13/06/2017, com número de matrícula 1038, oferecendo para o exercício regular da profissão seguro garantia com vigência até 17/05/2019.

4. Com a proximidade de vencimento da garantia vigente, a agravante diligenciou com o intuito de renovar a apólice de seguro-garantia ofertada. No entanto, a alteração promovida pela Instrução Normativa supra mencionada retirou o seguro-garantia dentre as alternativas do caucionamento exigido.

5. Assim, diante da impossibilidade de renovação da caução por seguro-garantia, a agravante impetrou mandado de segurança para assegurar seu direito líquido e certo de não se submeter a esta nova regulamentação, porque já é leiloeira matriculada, possuindo direito adquirido à renovação da garantia pelo mesmo meio.

6. É certo que o tema da constitucionalidade da apresentação da referida caução, determinada pelo Decreto nº 21.981/1932, pendente de decisão judicial no Supremo Tribunal Federal que está afetado pela sistemática da Repercussão Geral (RE nº 611.585), de caráter vinculante. No curso da ação, sobreveio nova regulamentação (A IN DREI nº 72/2019), a qual voltou a aceitar o oferecimento de seguro garantia como opção ao caucionamento funcional.

7. Portanto, tendo em vista a novel regulamentação expedida, bem como a fim de proteger a atividade profissional regulamente instituída, é de se permitir a renovação da apólice do seguro-garantia ofertado para o caucionamento funcional determinado pelo Decreto nº 21.981/1932.

8. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000264-12.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INTECOM SERVICOS DE LOGISTICALTDA
Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A, ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000264-12.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INTECOM SERVICOS DE LOGISTICALTDA
Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A, ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão de id nº 41267635, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
- 2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
- 3. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*
- 4. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.”*

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000264-12.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INTECOM SERVICOS DE LOGISTICALTDA
Advogados do(a) APELADO: ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE - SP146121-A, ANDRE ALMEIDA BLANCO - SP147925-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 153, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004803-85.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: MAHIL PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MIRIAN TERESA PASCON - SP132073-A, GUILHERME LATTANZI MENDES DE OLIVEIRA - SP387792-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004803-85.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: MAHIL PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MIRIAN TERESA PASCON - SP132073-A, GUILHERME LATTANZI MENDES DE OLIVEIRA - SP387792-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial interposta em face da r. sentença que concedeu parcialmente procedente o pedido, nos autos do mandado de segurança, com pedido de liminar, para que este Juízo determine à autoridade impetrada que conclua a análise do Pedido de Restituição protocolizado sob o n.º 18186.722194/2018-70 e efetue a imediata restituição dos créditos reconhecidos.

Aduz, em síntese, que, em 29/03/2018, formulou pedido administrativo de restituição de indébito, protocolizado sob o n.º 18186.722194/2018-70, entretanto, até a impetração do *mandamus*, a autoridade impetrada não havia apreciado tal requerimento.

A medida liminar foi parcialmente deferida, ID. 16228876.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal apresentou seu parecer, ID. 21287502, e manifestou-se pela extinção do processo, sem a resolução do mérito, por falta superveniente de interesse processual.

No ID. 21550162 a impetrante informou que a autoridade impetrada já procedeu à análise do pedido administrativo.

O MM. Juiz *a quo* **JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO**, confirmando a liminar parcialmente deferida (já cumprida) e extinguiu o feito com resolução de mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC. Custas "ex lege". Honorários advocatícios indevidos. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Por força da remessa oficial, vieram os autos a este E. Tribunal.

O ilustre Representante do Ministério Público Federal opina pelo desprovinimento da remessa oficial (ID num. 129154541).

É o Relatório

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004803-85.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: MAHIL PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MIRIAN TERESA PASCON - SP132073-A, GUILHERME LATTANZI MENDES DE OLIVEIRA - SP387792-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Mandado de Segurança é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e na norma prevista na Lei 12.016 de 2009, e tem por objeto a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É o que se depreende da leitura do inciso LXIX, do artigo 5º da Constituição Federal: "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*".

A r. sentença concedeu parcialmente a ordem e deve assim ser mantida.

Com efeito, conforme a fundamentação da r. sentença, o STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, que se aplica na hipótese vertente o disposto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07, o qual dispõe o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que seja proferida decisão administrativa, contados a partir da data do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457 /07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)[...] 5. A Lei n.º 11.457 /07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte." 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457 /07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457 /07). [...] 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (Primeira Seção, RESP 1.138.206, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 01/09/2010 destaques)

O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.

Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: "*A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Nesse sentido deve haver prazo razoável na administração pública:

Nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. POSTERIOR CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PERDA DE OBJETO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA EFICIÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. - A análise do pedido de concessão do benefício pleiteado administrativamente pela impetrante ocorreu em virtude da concessão da medida liminar neste mandado de segurança. - Dessa forma, não houve perda superveniente de interesse de agir por perda de objeto, mas apenas eficácia de medida liminar que, para manter sua eficácia, deve ser confirmada pela sentença ou, no caso, no julgamento deste reexame necessário. - No mérito, observo que a excessiva demora na conclusão da diligência, sem motivo excepcional que a justificasse, colide com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da eficiência (art. 37, caput, CF), além dos prazos previstos pela Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo. - Dessa forma, corretas a concessão da segurança liminarmente e sua confirmação pela sentença. - Reexame necessário a que se nega provimento.” (TRF3 – T8 – REOMS 318381 – 0001143-02.2008.4.03.6183 – Rel. Des. Fed. LUIZ STEFANINI – j. 24/04/2017 - e-DJF3 Judicial 1 de 09/05/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL PARA ANÁLISE E CONCLUSÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. - O mandado de segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, o qual, em razão da especificidade da via, deve mostrar-se cristalino em sede de cognição exauriente. - Os atos da Administração Pública devem ser guiados pelo princípio da eficiência. Assim, a demora na apreciação dos requerimentos administrativos, ao exceder o limite da razoabilidade, afronta aquele princípio e acarreta prejuízos. - A Administração Pública, mormente em setores de sensível influência social, como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, não pode delongar em demasia a análise das questões postas à sua apreciação. O direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo, foi erigido a garantia fundamental, e está previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal: ‘a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação’. - Remessa oficial improvida.” (TRF3 – T9 – REOMS 362826 – 0001774-82.2015.4.03.6123 – Rel. Juiz Conv. RODRIGO ZACHARIAS – j. 12/09/2016 - e-DJF3 Judicial 1 de 26/09/2016)

Diante do exposto, nego provimento à Remessa Oficial.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. ART. 24 DA LEI Nº11.457/2007. NÃO PROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. O art. 24 da Lei nº 11.457/2007 determina: “Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.” O artigo acima transcrito prevê o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que a autoridade impetrada aprecie e julgue pedidos, defesas e recursos administrativos protocolados pelo contribuinte, aplicando-se ao processo administrativo ora em comento.
2. O STJ decidiu, em sede de recurso repetitivo, que se aplica na hipótese vertente o disposto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07, o qual dispõe o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para que seja proferida decisão administrativa, contados a partir da data do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte
3. O ato apontado como coator, portanto, viola o princípio constitucional da eficiência administrativa, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, e da razoabilidade, de modo que deve ser mantida a fundamentação da sentença, em face da violação a direito líquido e certo da parte impetrante.
4. Ademais, a Emenda Constitucional 45, de 2004, erigiu à categoria de direito fundamental a razoável duração do processo, acrescentando ao artigo 5º, o inciso LXXVIII, *verbis*: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”
5. Remessa Oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à Remessa Oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002782-19.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ISADORA OLIVEIRA FONTOLAN

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO PAVAO RIBEIRO - MS16706-A

PARTE RE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) PARTE RE: JOAO PAULO DE CAMPOS ECHEVERRIA - SP249220-A, SERGIO HENRIQUE CABRAL SANTANA - SP266742-A

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002782-19.2017.4.03.6000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

PARTE AUTORA: ISADORA OLIVEIRA FONTOLAN

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO PAVAO RIBEIRO - MS16706-A

PARTE RE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogados do(a) PARTE RE: JOAO PAULO DE CAMPOS ECHEVERRIA - SP249220-A, SERGIO HENRIQUE CABRAL SANTANA - SP266742-A

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial interposta contra sentença que concedeu em parte a ordem pleiteada em mandado de segurança impetrado por Isadora Oliveira Fontolan, para determinar ao Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE que proceda à retificação das incorreções verificadas no sistema, possibilitando o correto lançamento dos valores financiados e observando-se o percentual financiado para a impetrante, passando a constar subsídio semestral em montante adequado ao teto financiável pelo FNDE (R\$30.000,00), com a abertura de novo prazo para o aditamento do contrato; e, ao Reitor da Universidade Anhanguera – Uniderp, que se abstenha de impor à impetrante restrições decorrentes da trava sistêmica verificada no aditamento de renovação referente ao 2º semestre de 2017.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002782-19.2017.4.03.6000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
PARTE AUTORA: ISADORA OLIVEIRA FONTOLAN
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LEANDRO PAVAO RIBEIRO - MS16706-A
PARTE RE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO, ANHANGUERA EDUCACIONAL LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) PARTE RE: JOAO PAULO DE CAMPOS ECHEVERRIA - SP249220-A, SERGIO HENRIQUE CABRAL SANTANA - SP266742-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à divergência de valores em contrato de financiamento estudantil.

O Fundo de Financiamento Estudantil – FIES é vinculado ao Ministério da Educação e foi instituído pela Lei 10.260/01, com destinação de seus recursos para programas de financiamento de cursos superiores não gratuitos a estudantes de baixa renda.

A Portaria Normativa nº 01/2010 do Ministério da Educação, com redação dada pela Portaria Normativa nº 12/2011, dispõe em seu art. 25, §2º:

Art. 25. Em caso de erros ou da existência de óbices operacionais por parte da Instituição de Ensino Superior (IES), da CPSA, do agente financeiro e dos gestores do Fies, que resulte na perda de prazo para validação da inscrição, contratação e aditamento do financiamento, como também para adesão e renovação da adesão ao Fies, o agente operador, após o recebimento e avaliação das justificativas apresentadas pela parte interessada, deverá adotar as providências necessárias à prorrogação dos respectivos prazos, observada a disponibilidade orçamentária do Fundo e a disponibilidade financeira na respectiva entidade mantenedora, quando for o caso.

§ 2º O agente operador do Fies poderá estipular valores máximos e mínimos para financiamento ao estudante e para adesão das entidades mantenedoras ao Fundo, bem como para os seus respectivos aditamentos, mediante a implementação de mecanismos para essa finalidade no Sistema Informatizado do Fies (SisFies).

Pois bem, depreende-se do contrato de financiamento pactuado com a beneficiária (nº 055.205.415) que o valor de R\$ 29.007,30 consiste no montante financiado em relação ao 1º semestre de 2017, sendo que sua extensão aos semestres seguintes depende do limite máximo financiável, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, enquanto órgão gestor do FIES, ditado pela disponibilidade orçamentária alocada ao programa.

Sobre este aspecto, a Portaria nº 638/17 do FNDE/MEC estabeleceu:

Art. 1º Estabelecer para o 2º semestre de 2017 o valor máximo de financiamento para realização de contratos e aditamentos de renovação semestral no âmbito do Fundo de Financiamento Estudantil - Fies:

I - Contratos formalizados até o 2º semestre de 2016: R\$ 42.983,70 (quarenta e dois mil novecentos e oitenta e três reais e setenta centavos).

II - Contratos formalizados a partir do 1º semestre de 2017: R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), cabendo ao estudante arcar com a eventual diferença.

Art. 2º Esses parâmetros serão implementados pelo Agente Operador diretamente no Sistema Informatizado do FIES (SisFIES).

Contudo, a despeito da limitação do valor máximo de financiamento, é indubitável que a suposta inadimplência da impetrante foi decorrência de erro operacional no sistema informatizado do FIES, conforme se observa dos documentos acostados aos autos (ID 107548196, 107548197, 107548198).

Com efeito, não é razoável, por parte da Instituição de Ensino Superior, a imediata suspensão da matrícula da demandante e nem mesmo a exigência de pagamento de diferenças de mensalidades que se originaram em razão de falha sistêmica.

É de ser mantida a sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL. INADIMPLÊNCIA. FALHA SISTÊMICA. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito à divergência de valores em contrato de financiamento estudantil.

2. O Fundo de Financiamento Estudantil – FIES é vinculado ao Ministério da Educação e foi instituído pela Lei 10.260/01, com destinação de seus recursos para programas de financiamento de cursos superiores não gratuitos a estudantes de baixa renda.

3. Depreende-se do contrato de financiamento pactuado com a beneficiária (nº 055.205.415) que o valor de R\$ 29.007,30 consiste no montante financiado em relação ao 1º semestre de 2017, sendo que sua extensão aos semestres seguintes depende do limite máximo financiável, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, enquanto órgão gestor do FIES, ditado pela disponibilidade orçamentária alocada ao programa.

4. Contudo, a despeito da limitação do valor máximo de financiamento, é indubitável que a suposta inadimplência da impetrante foi decorrência de erro operacional no sistema informatizado do FIES, conforme se observa dos documentos acostados aos autos (ID 107548196, 107548197, 107548198).

5. Não é razoável, por parte da Instituição de Ensino Superior, a imediata suspensão da matrícula da demandante e nem mesmo a exigência de pagamento de diferenças de mensalidades que se originaram em razão de falha sistêmica.

6. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005572-26.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROSA WAJC FINGER

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALINE VISINTIN - SP305934-A, SUZANA CREMM - SP262474-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005572-26.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROSA WAJC FINGER

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALINE VISINTIN - SP305934-A, SUZANA CREMM - SP262474-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por *Rosa Wajc Finger* em face da decisão de fls. 185/189-v e de fls. 199/19-v proferida nos autos da ação de Execução Fiscal, processo sob nº 0027204-34.2007.403.6182 que rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada pela ora Agravante e homologou parcialmente o reconhecimento da procedência do pedido, declarando parcialmente extinto o crédito tributário.

Aduz a agravante, em síntese, que ocorreu a prescrição, cujo termo inicial é a data da constatação do suposto encerramento irregular e não da data do pedido de inclusão dos sócios no polo passivo. Nesse lapso temporal (entre 25/06/2012 até 16/10/2018), transcorreram-se 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses, ou seja, período superior a 05 anos, operando-se, portanto, a prescrição em relação à sócia co-executada, ora Agravante. Alega que, considerando que os fatos geradores ocorreram entre 2000 e 2004, parte dos créditos prescreveram já que o despacho que ordenou a citação é de 13/07/2007, sendo que o juiz deixou de apreciar parte dos tributos, sendo, portanto, evidente a necessidade de reforma da r. decisão agravada, posto que com a rejeição da exceção de pré-executividade em relação às demais competências das CDA's 80.2.06.025193-71, 80.6.06.153136-79 e 80.7.06.011578-39, está se permitindo a cobrança de débitos já prescritos. Alega que ocorreu a prescrição intercorrente, pois não houve qualquer causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional, de forma que a ora Agravante somente veio a ser citada para os termos da ação originária em 16/10/2018 (fls. 122), momento em que já havia transcorrido lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do início do prazo de suspensão e a citação da ora petionária. Requer a antecipação dos efeitos da tutela e a reforma parcial para fins de declarar a extinção do crédito tributário pela prescrição.

Em contramínuta, alega a União, em síntese, que a decisão deve ser mantida, pois se trata de matéria que demanda dilação probatória, devendo a agravante se utilizar de embargos à execução fiscal.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005572-26.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: ROSA WAJC FINGER

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALINE VISINTIN - SP305934-A, SUZANA CREMM - SP262474-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decisão que rejeita a exceção de pré-executividade com o prosseguimento do feito ou a que acolhe para extinguir o processo parcialmente sem pôr fim à execução fiscal desafia agravo de instrumento.

Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO.

INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

1. Consoante entendimento deste Sodalício, as decisões prolatadas que não põe fim à execução ou cumprimento de sentença são desafiadas por meio do recurso de agravo de instrumento.

Precedentes.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1596799/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 01/04/2020) grifamos

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO. APELAÇÃO. INADEQUAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. ERRO GROSSEIRO.

1. A decisão que acolhe exceção de pré-executividade para extinguir o processo quanto a alguns dos executados, sem por fim à execução, deve ser desafiada por agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no REsp 1260926/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/03/2016) grifamos

Devido às garantias constitucionais da liberdade de iniciativa e de associação, com reflexos na autonomização da pessoa jurídica, a sujeição passiva tributária reclama que o sócio pratique excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto que torne insolvente a sociedade, impossibilitando-a de cumprir as obrigações tributárias (artigos 134 e 135 do CTN). A exigência faz com que a responsabilidade do sócio seja tecnicamente subsidiária, dependente de insolvência de sociedade provocada por má administração.

A contextualização serve para indicar que o prazo prescricional aplicável à sujeição passiva tributária não pode se iniciar, enquanto não ocorrer o próprio abuso de personalidade jurídica, encarado como a violação do direito de crédito da Fazenda Pública e a origem da pretensão de redirecionamento (artigos 134 e 135 do CTN). Assim, a contagem do período a partir da citação da pessoa jurídica, ainda que a União não pudesse redirecionar a execução, não se mostra compatível com a natureza da responsabilidade do sócio e pode trazer enriquecimento sem causa aos administradores (apropriação de bens sociais que constituem garantia dos credores).

O próprio Código Civil, como fonte geral da prescrição, prevê que, na pendência de condição suspensiva, o prazo não se inicia (artigo 199, I). Similamente, na ausência de desvio de personalidade jurídica que conduz à própria sujeição passiva tributária de terceiro, o período prescricional incidente sobre a pretensão de redirecionamento não corre.

O Superior Tribunal de Justiça fixou essa orientação no Recurso Especial Repetitivo n. 1.201.993, Tema n. 444, com a delimitação de tese repetitiva.

Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015)

(...)

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

(...)

(REsp 1201993/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/05/2019, DJe 12/12/2019) grifos nossos

Embora como regra geral, a prescrição considere as datas de citação da pessoa jurídica e dos responsáveis tributários, a contagem pode ser afetada por fatos específicos e relevantes, como a inexistência de citação da pessoa jurídica, a apuração de indícios de dissolução irregular, o pedido de redirecionamento, além das causas legais de suspensão da exigibilidade fiscal.

Portanto, apenas quando não localizada para citação a pessoa jurídica, a prescrição para o redirecionamento é contada a partir da data em que apurados os indícios de dissolução irregular, por Oficial de Justiça, salvo se para tal constatação tiver decorrido prazo excessivo, suficiente para a prescrição, por culpa exclusiva da exequente.

Na hipótese dos autos, observa-se que a dívida foi inscrita em fev/2006 relativa a IRRF, COFINS e PIS no valor de R\$ 42.942,36 em 18/12/2006, constituída por DCTF, que venceram entre 05/2000 e 05/2004. A ação foi ajuizada em 25/05/2007 e o despacho citatório é de 13/07/2007 (fl. 29). A citação postal se deu em 10/07/2007 (fl. 41) e a empresa peticionou nos autos em 04/09/2007 indicando bens a penhora. A exequente recusou o bem indicado, a penhora *on line* revelou-se infrutífera e o trâmite processual foi suspenso em jun/2010 (fl. 26) com fundamento no art. 40, da Lei nº 6.830/1980. Deferido o pedido de penhora sobre o faturamento em jul/2011 (fl. 100) o oficial de justiça constatou o encerramento irregular da executada em 25/06/2012 (fl. 104). O exequente apenas tomou ciência para dar prosseguimento ao feito em 09/03/2016 (fl. 105/106). Após o pedido de concessão de prazo para identificar os responsáveis tributários pela empresa, a União requereu o redirecionamento em 25/07/2017 (fl. 111) em face de *Rene Araujo Santos* (citado via postal em 16/10/2018 fl. 123), *Rosa Wajc Finger* (a ora agravante citada via postal em 16/10/2018, f. 122) e *Morton Aaron Scheinberg* (citado via postal em 16/10/2018, fl. 124). A agravante apresentou a exceção de pré-executividade em 14/11/2018.

Segundo orientação da 1ª Seção do STJ, ao julgar o REsp. nº 1.120.295/SP sob o rito dos recursos repetitivos, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial da prescrição ocorre no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária ou no dia posterior à data em que declarado e não pago o tributo, o que for posterior.

Portanto, é irrelevante, para fins de contagem do prazo de prescrição, a data do fato gerador, sendo que a data do vencimento só é considerada para tal fim se for posterior a data de entrega da declaração pertinente, informação esta que o agravante não apresenta.

Em petição de fls. 168/168-vº, a União informa que com relação a CDA 80.2.06.025193-71 a DCTF mais antiga foi entregue em 15/02/2002 e a seguinte foi entregue a partir de 15/08/2002, sendo que, neste caso, apenas os tributos declarados na DCTF transmitida em 15/02/2002 encontram-se prescritos (vencimento em 28/11/2001). Com relação a CDA nº 80.6.06.153136-79, cuja DCTF mais antiga foi entregue em 15/05/2002 e as seguintes a partir de 15/05/2002, a parte correspondente a DCTF entregue em 15/02/2002 encontra-se prescrita (vencimentos em 15/02/2002, 15/03/2002 e 15/04/2002). Com relação a CDA nº 80.7.06.011578-39, as DCTFs mais antigas foram entregues em 15/08/2000 e 15/05/2002 e as seguintes a partir de 15/08/2002. Portanto, estariam prescritas as vencidas em 15/05/2000, 15/06/2000 e 15/02/2002, cujas DCTFs foram entregues em 15/08/2000 e 15/05/2002.

Nesse cenário, a sentença declarou extinto o crédito tributário pela prescrição (art. 487, III, "a", primeira parte c/c o art. 156, V, primeira parte do CTN) ao considerar que o despacho citatório se deu em 13/07/2007, estando, portanto, prescritas as parcelas constituídas em 11/2001 (CDA 80.2.06.025193-71), 02/2002, 03/2002, 04/2002, (CDA 80.6.06.153136-79), 05/2000, 06/2000 e 02/2002 (CDA 80.7.06.011578-39).

Embora a citação da sócia (ora agravante) tenha ocorrido apenas em 16/10/2018, a demora na realização do ato citatório não pode ser atribuída à Fazenda, haja vista o atraso que se verificou no processamento pelo órgão judicial. Não se verifica, portanto, inércia da exequente na promoção dos atos processuais que pudesse justificar o reconhecimento da prescrição para o redirecionamento.

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS. DISSOLUÇÃO IRREGULAR COMPROVADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O REDIRECIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Houve dissolução irregular da empresa comprovada por oficial de justiça.

2. Embora a empresa tenha comparecido nos autos, não comprovou seu regular funcionamento para afastar a presunção relativa.

3. Em relação à prescrição intercorrente para o redirecionamento, o e. STJ decidiu, no tem 444, que, em qualquer hipótese, sua decretação impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário, o que não ocorreu no caso em concreto.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0015224-31.2015.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NERY DA COSTA JUNIOR, julgado em 04/06/2020, Intimação via sistema DATA: 13/06/2020)

O oficial de justiça constatou o encerramento irregular da executada em 25/06/2012 (fl.104). Contudo, a União apenas foi intimada para dar seguimento ao feito em 09/03/2016 (fl. 105/106), e em 25/07/2017 requereu o redirecionamento da execução aos sócios (fl. 111). Nessas circunstâncias, não se pode cogitar de prescrição intercorrente.

É firme a jurisprudência no sentido de que somente a inércia injustificada do credor caracteriza a prescrição intercorrente na execução, o que não se verifica no caso concreto, já que a demora no andamento do feito se deu por motivos inerentes ao próprio mecanismo judiciário (Súm. nº 106/STJ).

A fundamentação não leva à imprescritibilidade da dívida fiscal, nem viola o princípio da segurança jurídica. A responsabilidade tributária de sócio não fica isenta de prazo de exigibilidade; ele apenas deve se iniciar no momento próprio, segundo o regime normativo da prescrição, a ponderação feita em nível legislativo entre o direito de ação e o tempo previsto para estabilização das relações sociais.

A desativação de fato da empresa constitui indício de dissolução irregular, levando à presunção de apropriação dos itens remanescentes do estabelecimento comercial pelos sócios, numa operação de confusão patrimonial e de dissipação da garantia dos credores (artigo 135 do CTN, artigo 50 do CC e Súmula n. 435 do STJ).

Ante o exposto, deve ser negado provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUTADA REGULARMENTE CITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR COMPROVADA POSTERIORMENTE POR OFICIAL DE JUSTIÇA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. INÉRCIA DA EXEQUENTE. NÃO COMPROVADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE AFASTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1 - Devido às garantias constitucionais da liberdade de iniciativa e de associação, com reflexos na autonomia da pessoa jurídica, a sujeição passiva tributária reclama que o sócio pratique excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatuto que torne insolvente a sociedade, impossibilitando-a de cumprir as obrigações tributárias (artigos 134 e 135 do CTN). A exigência faz com que a responsabilidade do sócio seja tecnicamente subsidiária, dependente de insolvência de sociedade provocada por má administração.

2 - A contextualização serve para indicar que o prazo prescricional aplicável à sujeição passiva tributária não pode se iniciar, enquanto não ocorrer o próprio abuso de personalidade jurídica, encarado como a violação do direito de crédito da Fazenda Pública e a origem da pretensão de redirecionamento (artigos 134 e 135 do CTN). Assim, a contagem do período a partir da citação da pessoa jurídica, ainda que a União não pudesse redirecionar a execução, não se mostra compatível com a natureza da responsabilidade do sócio e pode trazer enriquecimento sem causa aos administradores (apropriação de bens sociais que constituem garantia dos credores).

3 - O próprio Código Civil, como fonte geral da prescrição, prevê que, na pendência de condição suspensiva, o prazo não se inicia (artigo 199, I). Similarmente, na ausência de desvio de personalidade jurídica que conduza à própria sujeição passiva tributária de terceiro, o período prescricional incidente sobre a pretensão de redirecionamento não corre (cf. STJ, REsp nº 1.201.993/SP, Tema n. 444, Tese Repetitiva 14).

4 - Embora como regra geral a prescrição considere as datas de citação da pessoa jurídica e dos responsáveis tributários, a contagem pode ser afetada por fatos específicos e relevantes, como a inexistência de citação da pessoa jurídica, a apuração de indícios de dissolução irregular, o pedido de redirecionamento, além das causas legais de suspensão da exigibilidade fiscal.

5 - Segundo orientação da 1ª Seção do STJ, ao julgar o REsp. nº 1.120.295/SP sob o rito dos recursos repetitivos, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial da prescrição ocorre no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária ou no dia posterior à data em que declarado e não pago o tributo, o que for posterior.

6 - Embora a citação da sócia (ora agravante) tenha ocorrido apenas em 16/10/2018, a demora na realização do ato citatório não pode ser atribuída à Fazenda, haja vista o atraso que se verificou no processamento pelo órgão judicial. Não se verifica, portanto, inércia da exequente na promoção dos atos processuais que pudesse justificar o reconhecimento da prescrição para o redirecionamento.

7 - O oficial de justiça constatou o encerramento irregular da executada em 25/06/2012 (fl.104). Contudo, a União apenas foi intimada para dar seguimento ao feito em 09/03/2016 (fls. 105/106), e em 25/07/2017 requereu o redirecionamento da execução aos sócios (fl. 111). Nessas circunstâncias, não se pode cogitar de prescrição intercorrente.

8 - É firme a jurisprudência no sentido de que somente a inércia injustificada do credor caracteriza a prescrição intercorrente na execução, o que não se verifica no caso concreto, já que a demora no andamento do feito se deu por motivos inerentes ao próprio mecanismo judiciário (Súm. nº 106/STJ).

9 - A fundamentação não leva à imprescritibilidade da dívida fiscal, nem viola o princípio da segurança jurídica. A responsabilidade tributária de sócio não fica isenta de prazo de exigibilidade; ele apenas deve se iniciar no momento próprio, segundo o regime normativo da prescrição, a ponderação feita em nível legislativo entre o direito de ação e o tempo previsto para estabilização das relações sociais.

10 - A desativação de fato da empresa constitui indício de dissolução irregular, levando à presunção de apropriação dos itens remanescentes do estabelecimento comercial pelos sócios, numa operação de confusão patrimonial e de dissipação da garantia dos credores (art. 135 do CTN, art. 50 do CC e Súm. n. 435 do STJ).

11 - Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001534-05.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTO POSTO PALADIUM DE MARILIA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: VANIA ESTELLA DOS SANTOS - DF57440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001534-05.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTO POSTO PALADIUM DE MARILIA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: VANIA ESTELLA DOS SANTOS - DF57440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem, no mandado de segurança, para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC.

Em suas razões, a apelante requer o sobrestamento do feito. Preliminarmente, alega que o *mandamus* não constitui meio hábil para a restituição do indébito.

No mérito sustenta, em síntese, que:

- a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei;
- b) com a edição da Lei n.º 12.973/2014, restou inconteste a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Márcio Domene Cabrini, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001534-05.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUTO POSTO PALADIUM DE MARILIA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: VANIA ESTELLA DOS SANTOS - DF57440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Princiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Importa esclarecer, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Resp 1.111.164/BA), julgada sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. **Tratando-se de impetração que se limita, com base na Súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).**

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (Resp 1111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) (grifei)

No mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO. NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (Resp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. **O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).**

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada da providência somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019) (grifei)

No caso em tela, é suficiente pela impetrante a comprovação de que ocupa a posição de credora tributária, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa.

In casu, extrai-se do contrato social e cadastro nacional de pessoa jurídica, que a impetrante comprovou que tem o dever de recolher as contribuições em comento, visto que realiza as hipóteses de incidência das referidas exações.

Desse modo, existente o direito, há de ser admitida a compensação dos valores recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento, em montante a ser comprovado na esfera administrativa, com a apresentação das guias DARF correspondentes, relativos à exclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

Quanto ao mérito, de início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTOS - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS incluí-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESp 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, deve ser declarado o direito da impetrante à repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009).

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescer, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei nº 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei nº 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente como contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg no MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJe 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJe 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJe 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos REsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJe 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dúvida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa.
3. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução, destarte, não mais prospera o entendimento de que o mandado de segurança não pode ser usado como substitutivo de ação de cobrança.
4. Contudo, segundo o entendimento proferido no REsp n.º 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se o impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ele ocupa a posição de credor tributário, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa. Precedentes do STJ.
5. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.
6. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
7. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
8. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante deve ser declarado o direito à repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.
9. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.
10. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
11. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
13. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012446-29.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HAGANA SEGURANCA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP114170-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012446-29.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HAGANA SEGURANCA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP114170-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** contra sentença proferida em autos de ação cautelar ajuizada por **Hagana Segurança Ltda.**, que julgou procedente o pedido formulado na inicial para, considerando o depósito realizado pela parte autora, determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em seu favor, desde que os únicos óbices sejam os débitos objetos dos Processos Administrativos nº 10880.663.202/2011-13 e 10880.664.716/2011-96 (PER/DComp 36441.42597.300407.1.3.03-7036); condenando a requerida ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), nos termos do artigo 20, §4º, do CPC/73.

Inconformada, a União interpôs o presente recurso asseverando, preliminarmente, a carência da ação por falta de interesse de agir. Alegou, ainda, ser descabida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios no bojo de ação cautelar.

Sem contrarrazões, os autos vieram este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012446-29.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HAGANA SEGURANCA LIMITADA.
Advogado do(a) APELADO: RAIMUNDO PASCOAL DE MIRANDA PAIVA JUNIOR - SP114170-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A parte autora ajuizou ação cautelar objetivando a apresentação de depósito em caução dos débitos relativos aos Processos Administrativos nº 10880.663.202/2011-13 e 10880.664.716/2011- 96 (PER/DComp 36441.42597.300407.1.3.03-7036) para a obtenção de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, da qual necessita para participar de procedimento licitatório.

Foi deferida a liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Citada, a União Federal contestou a ação, arguindo preliminar de falta de interesse processual, bem como a obrigatoriedade de propositura da ação principal no prazo de 30 dias

Sobreveio, então, sentença julgando procedente o pedido para determinar a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa em favor da parte autora, desde que os únicos óbices sejam os débitos objetos dos processos mencionados na inicial, e condenando a requerida ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC/73.

A preliminar de falta de interesse de agir não merece acolhimento.

A apelada valeu-se de meio legítimo, sob a égide do CPC/1973, para apresentação de garantia do crédito tributário para fins de obtenção de certidão de regularidade fiscal, estando configurado o seu interesse de agir diante da existência de débito fiscal não levado à cobrança em juízo.

Conforme jurisprudência consolidada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, após o vencimento da obrigação e antes do ajuizamento da execução fiscal, pode o contribuinte ofertar em juízo garantia do débito para o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa. Caso fosse adotada conclusão diversa, o contribuinte que contra si já tenha execução fiscal ajuizada ostentaria, de modo injustificado, condição mais favorável.

Com efeito, não é a parte autora quem dá causa à ação ajuizada no intuito de apresentar garantia e obter certidão de regularidade fiscal, o que só feito diante do não ajuizamento da execução fiscal.

Assim sendo, a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios é devida no caso dos autos por força do princípio da causalidade.

No mesmo sentido, colaciono aresto proferido pela E. Terceira Turma:

"MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO CÍVEL. APRESENTAÇÃO DE FIANÇA BANCÁRIA. GARANTIA DO DÉBITO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. I. O STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de que nas hipóteses em que a União Federal reconhece o pedido já na contestação é indevida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 19, §1º, da Lei nº 10.522/2002. Todavia, na hipótese em análise, apesar de reconhecer em juízo o cumprimento dos requisitos para aceitação da carta de fiança bancária, estabelecidos pela Portaria PGFN nº 644/2009, alterada pela Portaria PGFN nº 1.378/2009, a União deve ser condenada em honorários advocatícios pelo princípio da causalidade, já que não restou outra alternativa à requerente senão ajuizar a ação cautelar. O artigo 206 do CTN assegura ao devedor, quando a execução está devidamente garantida, que lhe seja expedida certidão positiva com efeitos de negativa. II. Contudo, a despeito da ausência de previsão relativa à Carta de Fiança Bancária nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário elencadas no art. 151 do CTN, enquanto não ajuizada a execução, o contribuinte não pode ficar sem alternativa para garantir o débito fiscal, visto que tal situação lhe causa profundos prejuízos econômicos, pois o desenvolvimento da sua atividade empresarial resta interdito naquelas hipóteses legais em que a apresentação da certidão negativa é imprescindível à concretização de negócios. Deveras, não pode ser imputado ao requerente, que tem condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora da Administração em ajuizar a execução fiscal para cobrança do débito tributário. III. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, por meio do oferecimento de bens em ações cautelares, até o ajuizamento da execução fiscal própria e a conversão dessa garantia provisória e cautelar em penhora, caso assim decida o juízo da Execução Fiscal. Do contrário, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. IV. Portanto, à requerente não restou outra alternativa, ante a demora da Fazenda Pública no ajuizamento da ação fiscal, se não contratar um advogado e propor a medida cautelar, pois não tinha como tomar tal providência administrativamente. Acrescente-se ainda a agilidade com que tal medida é concedida pela via judicial, ao contrário do que ocorre na via administrativa, quando há previsão legal. V. Apelação desprovida." (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1808796 0000061-49.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CPC/1973. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. EXECUÇÃO FISCAL NÃO AJUIZADA. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. HONORÁRIOS DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Conforme jurisprudência consolidada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, após o vencimento da obrigação e antes do ajuizamento da execução fiscal, pode o contribuinte ofertar em juízo garantia do débito para o fim de obter certidão positiva com efeitos de negativa. Caso fosse adotada conclusão diversa, o contribuinte que contra si já tenha execução fiscal ajuizada ostentaria, de modo injustificado, condição mais favorável.

2. A apelada valeu-se de meio legítimo, sob a égide do CPC/1973, para apresentação de garantia do crédito tributário para fins de obtenção de certidão de regularidade fiscal, estando configurado o seu interesse de agir diante da existência de débito fiscal não levado à cobrança em juízo.

3. Mantida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em observância ao princípio da causalidade.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001684-61.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO FERREIRA DE CARVALHO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001684-61.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO FERREIRA DE CARVALHO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Carlos Alberto Ferreira de Carvalho** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Centro, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à distribuição de seu recurso administrativo à Junta de Recursos da Previdência Social.

A MM. Juíza *a quo* concedeu em parte a segurança apenas para reconhecer a mora da autoridade coatora (ID 107434369).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Paulo Thadeu Gomes da Silva, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 128715677).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001684-61.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO FERREIRA DE CARVALHO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder à distribuição do recurso administrativo do impetrante à Junta de Recursos da Previdência Social.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que, diante do indeferimento do seu pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, apresentou recurso administrativo no dia 17.05.2018, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (20.02.2019), a autoridade impetrada ainda não havia encaminhado o seu recurso à Junta de Recursos da Previdência Social para julgamento.

A autoridade impetrada, por sua vez, informou que, em razão de uma inconsistência no sistema, o recurso do impetrante não havia sido adequadamente encaminhado para o órgão julgador, tendo o processamento, então, sido normalizado em 08.05.2019 (ID 107434363).

Depreende-se, assim, que a autarquia previdenciária extrapolou – e muito – os limites da razoabilidade, vindo a dar andamento ao processo administrativo somente após notificada para prestar informações nos autos, o que, de fato, configura ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ...EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceitavam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011391-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CARLOS ESTEVAO TAFFNER
Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS WILSON GIACOMINI - DF26065
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011391-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CARLOS ESTEVAO TAFFNER
Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS WILSON GIACOMINI - DF26065
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Carlos Estevão Taffner em face de decisão que processou como simples petição embargos de terceiro distribuídos por dependência à ação civil pública n. 0012554-78.2000.4.03.6100 e o intimou, para efeito de revogação de indisponibilidade, a juntar comprovantes de pagamento do preço do imóvel matriculado sob o n. 74.957 no 2º CRI de Brasília - Distrito Federal.

Defende primeiramente o cabimento do recurso, sob o fundamento de que a decisão versou sobre admissão ou inadmissão de terceiro e redistribuição do ônus da prova, sendo ainda proferida em fase de cumprimento de sentença.

Sustenta que o processamento dos embargos de terceiro como simples petição compromete as garantias da ampla defesa e do contraditório, principalmente para efeito de instrução da causa.

Alega também que a intimação para suplementação de documentos não tem cabimento, seja porque a anterioridade do compromisso de compra e venda em relação à ordem de indisponibilidade já atesta a boa-fé do promitente comprador, seja porque os pagamentos das prestações vieram comprovados por autenticação de boletos do Grupo OK.

Argumenta que a autenticação pela própria construtora constitui um costume no mercado imobiliário e torna desnecessária a juntada de outros comprovantes, como boletos bancários, microfilmagens de cheques e extratos de conta corrente indicativos de compensação dos títulos.

Afirma que a associação feita pelo MPF entre a liberação do imóvel dado em promessa de compra e venda e os atos ilícitos do Grupo OK não tem fundamento. Explica que não é parente de Luiz Estevão de Oliveira e foi simplesmente empregado de uma das pessoas jurídicas do grupo, sem que tenha participado da administração de qualquer delas.

Pondera que a empresa de sua família – Inovar Construções e Empreendimentos Imobiliários S.A. – administra um único imóvel do Grupo OK, deixando de manter qualquer relação profunda que sugerisse participação na tentativa de dilapidação da garantia da ação civil pública.

Acrescenta que, em embargos de terceiro opostos em causa conexa à ação coletiva – execução de acórdão do TCU sobre desvio de verbas públicas na construção do Fórum Trabalhista de São Paulo -, a Justiça Federal liberou da penhora bens da família Taffner e das respectivas empresas.

Conclui que, na ausência de envolvimento como Grupo OK, os recibos autenticados pela construtora são capazes de atestar o pagamento do preço do imóvel e de dispensar dilação probatória.

O agravo tramitou sem antecipação de tutela recursal.

A União respondeu ao recurso.

O Ministério Público Federal também apresentou resposta ao agravo, defendendo que ele não seja conhecido por falta de adequação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011391-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: CARLOS ESTEVAO TAFFNER
Advogado do(a) AGRAVANTE: RUBENS WILSON GIACOMINI - DF26065
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O agravo de instrumento não deve ser conhecido.

Nenhum dos fundamentos de interposição do recurso pode ser extraído das matérias decididas em primeira instância. A decisão não dispôs sobre intervenção de terceiros ou redistribuição do ônus da prova (artigo 1.015, IX e XI, do CPC).

O Juízo de Origem se ateve a processar os embargos de terceiro como simples incidente da ação civil pública nº 0012554-78.2000.4.03.6100, em atenção à instrumentalidade das formas e à economia processual. Não deliberou sobre intervenção de terceiros, segundo uma das modalidades previstas na legislação processual – assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo, “*amicus curiae*” e desconsideração da personalidade jurídica.

Apesar de o titular de direito que seja incompatível com ato constitutivo caracterizar rigorosamente terceiro, num estado de alheamento ao conflito de interesses, manifesta o interesse jurídico em ação própria (artigo 674 do CPC) e não em lide pendente, como ocorre com as modalidades de intervenção de terceiros.

Assim, os embargos não integram o rol de intervenção que consta do Livro III, Título III, do CPC, a ponto de atrair a interposição de agravo de instrumento em caso de admissão ou inadmissão.

Até porque eventual inadmissão nos embargos de terceiro implicaria a extinção do processo sem resolução do mérito por sentença, o que renderia a interposição de apelação e não de agravo de instrumento.

A decisão proferida tampouco tratou de redistribuição do ônus da prova. Simplesmente intimou Carlos Estevão Taffier a instruir a petição inicial com documentos essenciais à comprovação do pagamento de preço de imóvel, sem que tenha invertido o encargo probatório, por força de hipossuficiência da parte ou conveniência processual (artigo 373, § 1º, do CPC).

O Juízo de Origem reputou necessária a suplementação documental da quitação, mantendo o ônus da prova com o autor, enquanto fato constitutivo do direito. Inexistiu qualquer deliberação sobre a responsabilidade pelo encargo probatório, no sentido de alterar ou não a imputação convencional dos ônus das partes (artigo 373, I, do CPC).

A invocação pelo MPF de eventos que apontariam relação entre a liberação do imóvel dado em promessa de compra e venda e os atos ilícitos do GRUPO OK não modifica a conclusão. Em primeiro lugar, não há qualquer indicio de que a decisão tenha ponderado a vinculação, limitando-se abstratamente a estabelecer que o autor deve juntar comprovantes do pagamento efetivo do preço, como microfilmagens de cheques, boletos bancários ou extratos de conta corrente indicativos de compensação dos títulos.

Trata-se, inclusive, de procedimento já adotado em incidentes similares, o que impede a atribuição de qualquer singularidade ao caso de Carlos Estevão Taffier.

E, em segundo lugar, ainda que se cogitasse de influência, não ocorreu discussão sobre redistribuição do ônus probatório, mas intimação para a juntada de documentos essenciais, cujo encargo recai sobre o autor, como prova do fato constitutivo do direito de promitente comprador (artigo 373, I, do CPC).

O fato de a ação civil pública estar em fase de cumprimento de sentença não torna agraváveis as decisões proferidas sobre liberação de bens bloqueados. Embora os embargos de terceiro tenham sido recebidos como incidente processual, eles mantêm a autonomia, enquanto direito de ação voltado à desconstituição de ato construtivo (artigo 674 do CPC).

A análise do cabimento do agravo deve ter por referência as decisões proferidas nos próprios embargos, como procedimento especial autônomo, com abstração da fase em que se encontra a ação de origem do ato construtivo.

Sob essa perspectiva, os embargos de terceiro não contiveram nenhuma decisão interlocutória que fosse passível de agravo de instrumento.

O julgamento proferido pelo STJ no Recurso Especial Repetitivo n. 1.704.520, no sentido de que a taxatividade das hipóteses de manejo do agravo deve ser mitigada para questões urgentes, não se aplica à controvérsia.

Como já se explicou, o processamento dos embargos como simples petição não trouxe, a princípio, prejuízo às partes; objetivou apenas facilidade procedimental, sem que tenha subtraído ou reduzido as fases postulatória, instrutória ou decisória do procedimento especial.

Não se trata, dessa forma, de qualquer questão urgente que exija enfrentamento imediato.

A mesma ponderação se aplica à suplementação de documentos: se o juiz indeferir a petição inicial por ausência de documento essencial, o Tribunal poderá, em recurso, reformar a decisão e proceder desde já ao julgamento de mérito (artigo 1.013, § 3º, I, do CPC). O ponto não se tornará interpestivo em sede de apelação, de modo que não se justifica a atenuação do rigor legal na previsão de cabimento do agravo.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DA MATÉRIA COM INTERVENÇÃO DE TERCEIROS E REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. O agravo de instrumento não deve ser conhecido.

II. Nenhum dos fundamentos de interposição do recurso pode ser extraído das matérias decididas em primeira instância. A decisão não dispôs sobre intervenção de terceiros ou redistribuição do ônus da prova (artigo 1.015, IX e XI, do CPC).

III. O Juízo de Origem se ateve a processar os embargos de terceiro como simples incidente da ação civil pública nº 0012554-78.2000.4.03.6100, em atenção à instrumentalidade das formas e à economia processual. Não deliberou sobre intervenção de terceiros, segundo uma das modalidades previstas na legislação processual – assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo, “amicus curiae” e desconsideração da personalidade jurídica.

IV. Apesar de o titular de direito que seja incompatível com ato construtivo caracterizar rigorosamente terceiro, num estado de alheamento ao conflito de interesses, manifesta o interesse jurídico em ação própria (artigo 674 do CPC) e não em lide pendente, como ocorre com as modalidades de intervenção de terceiros.

V. Assim, os embargos não integram rol de intervenção que consta do Livro III, Título III, do CPC, a ponto de atrair a interposição de agravo de instrumento em caso de admissão ou inadmissão.

VI. Até porque eventual inadmissão nos embargos de terceiro implicaria a extinção do processo sem resolução do mérito por sentença, o que renderia a interposição de apelação e não de agravo de instrumento.

VII. A decisão proferida tampouco tratou de redistribuição do ônus da prova. Simplesmente intimou Carlos Estevão Taffier a instruir a petição inicial com documentos essenciais à comprovação do pagamento de preço de imóvel, sem que tenha invertido o encargo probatório, por força de hipossuficiência da parte ou conveniência processual (artigo 373, § 1º, do CPC).

VIII. O Juízo de Origem reputou necessária a suplementação documental da quitação, mantendo o ônus da prova com o autor, enquanto fato constitutivo do direito. Inexistiu qualquer deliberação sobre a responsabilidade pelo encargo probatório, no sentido de alterar ou não a imputação convencional dos ônus das partes (artigo 373, I, do CPC).

IX. A invocação pelo MPF de eventos que apontariam relação entre a liberação do imóvel dado em promessa de compra e venda e os atos ilícitos do GRUPO OK não modifica a conclusão. Em primeiro lugar, não há qualquer indicio de que a decisão tenha ponderado a vinculação, limitando-se abstratamente a estabelecer que o autor deve juntar comprovantes do pagamento efetivo do preço, como microfílagens de cheques, boletos bancários ou extratos de conta corrente indicativos de compensação dos títulos.

X. Trata-se, inclusive, de procedimento já adotado em incidentes similares, o que impede a atribuição de qualquer singularidade ao caso de Carlos Estevão Taffner.

XI. E, em segundo lugar, ainda que se cogitasse de influência, não ocorreu discussão sobre redistribuição do ônus probatório, mas intimação para a juntada de documentos essenciais, cujo encargo recai sobre o autor, como prova do fato constitutivo do direito de promitente comprador (artigo 373, I, do CPC).

XII. O fato de a ação civil pública estar em fase de cumprimento de sentença não torna agraváveis as decisões proferidas sobre liberação de bens bloqueados. Embora os embargos de terceiro tenham sido recebidos como incidente processual, eles mantêm a autonomia, enquanto direito de ação voltado à desconstituição de ato construtivo (artigo 674 do CPC).

XIII. A análise do cabimento do agravo deve ter por referência as decisões proferidas nos próprios embargos, como procedimento especial autônomo, com abstração da fase em que se encontra a ação de origem do ato construtivo.

XIV. Sob essa perspectiva, os embargos de terceiro não contiveram nenhuma decisão interlocutória que fosse passível de agravo de instrumento.

XV. O julgamento proferido pelo STJ no Recurso Especial Repetitivo n. 1.704.520, no sentido de que a taxatividade das hipóteses de manejo do agravo deve ser mitigada para questões urgentes, não se aplica à controvérsia.

XVI. Como já se explicou, o processamento dos embargos como simples petição não trouxe, a princípio, prejuízo às partes; objetivou apenas facilidade procedimental, sem que tenha subtraído ou reduzido as fases postulatória, instrutória ou decisória do procedimento especial.

XVII. Não se trata, dessa forma, de qualquer questão urgente que exija enfrentamento imediato.

XVIII. A mesma ponderação se aplica à suplementação de documentos: se o juiz indeferir a petição inicial por ausência de documento essencial, o Tribunal poderá, em recurso, reformar a decisão e proceder desde já ao julgamento de mérito (artigo 1.013, § 3º, I, do CPC). O ponto não se tomará intempestivo em sede de apelação, de modo que não se justifica a atenuação do rigor legal na previsão de cabimento do agravo.

XIX. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001643-23.2018.4.03.6121

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO DE PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCAS VALERIANI DE TOLEDO ALMEIDA - SP260401-N

PARTE RE: CHEFE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSE DOS CAMPOS/SP, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001643-23.2018.4.03.6121

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO DE PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCAS VALERIANI DE TOLEDO ALMEIDA - SP260401-N

PARTE RE: CHEFE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSE DOS CAMPOS/SP, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em mandado de segurança concedido para compelir a autoridade impetrada a cumprir diligências requeridas em 07/12/2017 pela 13ª Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, encaminhando os autos do processo de aposentadoria por tempo de contribuição (ID. 123500896).

Em 27/02/2019 foram juntadas informações da autoridade impetrada, comunicando que o requerimento administrativo foi apreciado e indeferido (ID 123500911).

O Ministério Público Federal lançou parecer nos autos.

Inicialmente distribuído à 9ª Turma, o relator originário determinou a redistribuição do feito à 2ª Seção, sendo os autos encaminhados a esta relatoria, designada por sorteio.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001643-23.2018.4.03.6121

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

PARTE AUTORA: CARLOS ALBERTO DE PAULO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUCAS VALERIANI DE TOLEDO ALMEIDA - SP260401-N

PARTE RE: CHEFE DA AGENCIA DO INSS DE SÃO JOSE DOS CAMPOS/SP, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

Senhores Desembargadores, o princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)"

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Com efeito, tem-se dado materialidade ao entendimento de que é dever do Poder Público, parte de sua própria finalidade e do interesse público, que suas funções sejam exercidas de maneira célere e satisfatória, sob pena, caso contrário, de ineficácia. Não por outro motivo foram promulgadas as Emendas Constitucionais 19 e 45, bem como, em nível infraconstitucional, editada a própria Lei 9.784/1999, supracitada.

Neste sentido tem decidido a Corte:

ApCiv 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, intimação via sistema 06/03/2020: "ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS. 1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal. 2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04. 3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). 4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado. 5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal. 6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado. 7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social. 8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido. 9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF. 10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas."

Na espécie, o recurso administrativo foi encaminhado, por determinação da 13ª Junta de Recursos do CRPS, à Agência da Previdência Social em Caçapava em 07/12/2017 (ID. 123500896), gerando, pela demora, apreciação em 27/02/2019 (ID. 123500911), somente após a concessão da liminar (ID. 123500900), com evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto nos artigos 49 e 59, § 1º, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

"Art. 59. (...)"

§ 1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente."

Como se observa, o INSS não se exclui da incidência da legislação citada que, ao fixar prazo de trinta dias para proferir decisão e para julgar recurso administrativo, não permite que nas fases intermediárias possa ser consumido prazo indefinido, protraindo alongadamente o prazo para conclusão do procedimento administrativo, prejudicando o cumprimento das etapas finais, em que peremptórios os prazos fixados, justificados em particular pela própria natureza dos benefícios previdenciários. Logo, dificuldades de estrutura e pessoal não podem ser invocadas em detrimento do princípio constitucional e legal da eficiência e celeridade na prestação do serviço público.

O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.

Nem se invoque, em defesa, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 cuja impertinência com o caso é manifesta, vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSS. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ARTS. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999.

1. O princípio da duração razoável do processo, elevado à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.
 2. Constatada a significativa demora no exame do recurso administrativo é direito do segurado ver compelido o INSS a observar o prazo legal para apreciação do requerimento, em especial por se tratar de pleito de natureza previdenciária e, portanto, de caráter alimentar. Não são justificáveis atrasos baseados em falta de estrutura e pessoal, pois incumbe à Administração Pública fornecer os meios necessários para a prestação de serviço público célere e eficiente.
 3. O reconhecimento de direito líquido e certo não viola os princípios da isonomia e da impessoalidade, pois não pode a Administração preconizar que a Constituição Federal autoriza a prática de ilegalidade desde que seja de forma igual e impessoal. Quem se vê tolhido de direito líquido e certo deve buscar amparo judicial e o remédio é o restabelecimento do regime jurídico da legalidade, e não o contrário.
 4. O caso dos autos não se amolda ao discutido no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350 que tratou, exclusivamente, da exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014, não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado, nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.
5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020646-94.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
'; java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
APELADO: INTERCLINICAS PLANOS DE SAUDE S.A.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: MILENA DE JESUS MARTINS - SP250243-A, RUBIANA APARECIDA BARBIERI - SP230024-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020646-94.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
APELADO: INTERCLINICAS PLANOS DE SAUDE S.A.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: MILENA DE JESUS MARTINS - SP250243-A, RUBIANA APARECIDA BARBIERI - SP230024-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar (Id 123626897, p. 1-4), em face do acórdão (Id 122611685, p. 10), que negou provimento à apelação, assim ementado:

"EXECUÇÃO FISCAL. ANS. APELAÇÃO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MULTA MORATÓRIA. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXCLUSÃO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEI 6.024/74. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser indevida, na liquidação extrajudicial prevista na Lei nº 6.024/74, a inclusão de multa moratória, bem como de juros de mora após a decretação da liquidação extrajudicial, exceto se o ativo for suficiente para o pagamento integral do passivo (REsp 532.539/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 190). Aplica-se à hipótese de liquidação extrajudicial das operadoras de plano de saúde a Lei nº 6.024/74, por força do art. 24-D da Lei nº 9.656/98.

2. A não incidência de juros e demais consectários legais, na hipótese de liquidação extrajudicial de operadora de plano de saúde decorre de aplicação da lei. Os juros de mora posteriores à decretação da liquidação extrajudicial serão pagos somente se suficiente o passivo. No que refere à exclusão da correção monetária, resta excluída ante o disposto no art. 18, letras "d" e, "f" da Lei n.º 6.024/74.

3. Apelação da ANS desprovida."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando que a nova Lei de Falências prevê expressamente a cobrança de multas administrativas e juros de mora, nos termos dos arts. 83, VII, e 124 (Id 123626897, p. 1-4).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada não apresentou resposta (Id 125054332).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020646-94.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ANS AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR
APELADO: INTERCLÍNICAS PLANOS DE SAÚDE S.A.
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: MILENA DE JESUS MARTINS - SP250243-A, RUBIANA APARECIDA BARBIERI - SP230024-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando que a decisão colegiada não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo, deixando de examinar algumas questões importantes (Id 107291185, p. 9-13).

Ao contrário do que alega a embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a possibilidade de exclusão da multa moratória e correção monetária do montante do débito, em decorrência de cobrança relativa a crédito de natureza não tributária, em embargos opostos à execução fiscal pela Massa Falida de Interclínicas Planos de Saúde S.A.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 122611685, p. 4-9):

"(...)

Trata-se de apelação interposta por Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em face de sentença que excluiu a multa moratória e a correção monetária do montante do débito, definindo que os juros somente serão devidos se o ativo ultrapassar os demais débitos, em embargos opostos à execução fiscal pela Massa Falida de Interclínicas Planos de Saúde S.A., em decorrência de cobrança relativa a crédito de natureza não tributária.

As operadoras de plano de saúde submetem-se ao disposto na Lei nº 9.656/98, que trata dos planos e seguros privados de assistência à saúde, por ser norma específica. O seu art. 23, ao prever um regime específico para sua dissolução estabelece:

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirográficos; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IV - prevenção do juízo que emitir o primeiro despacho em relação ao pedido de conversão do regime. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Da leitura do dispositivo, extrai-se que as operadoras de plano de saúde, em caráter excepcional, estão sujeitas tanto à falência, como à insolvência civil.

No caso dos autos, verifica-se pela sentença que decretou a falência (ID 59758667, págs. 1 a 3) que a embargante se enquadra na excepcionalidade prevista pelo próprio artigo 23 da Lei nº 9.656/98, estando submetida ao regime de falência.

Assim, em relação aos juros, aplica-se à hipótese de liquidação extrajudicial das operadoras de plano de saúde, como o caso, a Lei nº 6.024/74, nos termos do art. 24-D da Lei nº 9.656/98, verbis: "Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei no 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei no 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS."

Portanto, a alegação da apelante, AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS, não pode prosperar, estando em desconformidade com jurisprudência consolidada:

"EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. EXECUTADA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MULTA MORATÓRIA. EXCLUSÃO. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEI 6.024/74. ART. 24-D DA LEI 9.656/98. SÚMULA 565 DO STF. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser indevida, na liquidação extrajudicial prevista na Lei nº 6.024/74, a inclusão de multa moratória, bem como de juros de mora após a decretação da liquidação extrajudicial, exceto se o ativo for suficiente para o pagamento integral do passivo (REsp 532.539/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/2004, DJ 16/11/2004, p. 190).

2. A Súmula 565/STF também dispõe em tal sentido: "A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência."

3. Aplica-se à hipótese de liquidação extrajudicial das operadoras de plano de saúde a Lei nº 6.024/74, por força do art. 24-D da Lei nº 9.656/98. 4. Agravo desprovido. "

(AI 00099262920134030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial: 30/03/2016)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CABIMENTO - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - JUROS E MULTA - EXCLUSÃO - OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - LEI 6.024/74 - ART. 24-D, LEI 9.656/98 - SÚMULA 565/STF - NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL - ART. 6º, § 7º; LEI 11.101/2005 - BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS -

(...)

5. No tocante aos juros, aplica-se à hipótese de liquidação extrajudicial das operadoras de plano de saúde, como o caso, a Lei nº 6.024/74, por força do art. 24-D da Lei nº 9.656/98 ("Art. 24-D. Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 35-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-Lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS.")

6. Dispõe o art. 18, Lei nº 6.024/74: "Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos: (...) d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;"

7. Os juros de mora posteriores à decretação da liquidação extrajudicial serão pagos somente se suficiente o passivo.

8. Todavia, compulsando os autos não é possível verificar a data em que foi decretada a liquidação extrajudicial, tendo em vista a falta de clareza do documento de fls. 152/153.

9. Quanto à multa moratória, em princípio, resta excluída, tendo em vista a disposição a Súmula 565/STF: "A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência."

(...)

15. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0006867-33.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. JUROS E MULTA. EXCLUSÃO. OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. LEI 6.024/74 - ART. 24 - D, LEI 9.656/98 - SÚMULA 565/STF. RESOLUÇÃO NORMATIVA 316 ANS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPROVIMENTO.

1. A Resolução Normativa da ANS - RN n.º 316, de 30 de Novembro de 2012, que dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde e revoga a RDC nº 47, de 3 de janeiro de 2001, e a RN nº 52, de 14 de novembro de 2003, elenca dentre os efeitos da liquidação extrajudicial a não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a liquidanda, enquanto não integralmente pago o passivo, o que implica em nulidade.

2. Decorre de aplicação da lei a não incidência de juros e demais consectários legais, na hipótese de liquidação extrajudicial de operadora de plano de saúde. Os juros de mora posteriores à decretação da liquidação extrajudicial serão pagos somente se suficiente o passivo.

3. Quanto a não comprovação pelas agravadas de que o passivo não foi integralmente pago para que possam usufruir do benefício legal, trata-se de etapa posterior a ser aferida em sede própria, inviável no juízo de cognição estreito realizado no agravo de instrumento.

4. Quanto à multa moratória, em princípio, resta excluída, tendo em vista o disposto no art. 18, alínea "j", da Lei n.º 6.024/74, da qual se depreende a decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, o efeito de cobrir a reclamação de penas pecuniárias por infração de leis administrativas. Nesse sentido, o teor da Súmula 565/STF.

5. No que tange à exclusão da correção monetária, resta excluída ante o disposto no art. 18, letras "d" e, "j" da Lei n.º 6.024/74.

6. O que a embargante almeja é a rediscussão do mérito da lide nestes embargos declaratórios, sendo os efeitos infringentes, portanto, inviáveis para o caso concreto.

7. Não é obrigatório o pronunciamento do magistrado sobre todos os tópicos alegados pelas partes, razão pela qual não se pode falar em omissão quando a decisão se encontra devida e suficientemente fundamentada, solucionando a controvérsia entre as partes, tal como ocorreu no caso em foco. Precedente desta Corte.

8. Embargos declaratórios improvidos.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AI 0012836-92.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 27/01/2015, e-DJF3: 04/02/2015)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRADO PREVISTO NO ART. 557, § 1º, DO CPC - COOPERATIVA QUE ATUA COMO OPERADORA DE PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - ART. 18, "D" E "F", DA LEI Nº 6.024/74 - APLICABILIDADE EM FACE DO DISPOSTO NO ART. 24-D DA LEI Nº 9.656/98 E NO ART. 20 DA RESOLUÇÃO NORMATIVA ANS Nº 316/2012 - EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA - MANUTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA ATÉ A DECRETAÇÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL - AGRADO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 1º, II, da Lei nº 9.656/98, aplicam-se, às cooperativas que atuam como operadoras de plano de assistência à saúde, as disposições dessa lei, entre as quais está o artigo 24-D, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001 ("Aplica-se à liquidação extrajudicial das operadoras de planos privados de assistência à saúde e ao disposto nos arts. 24-A e 25-I, no que couber com os preceitos desta Lei, o disposto na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, no Decreto-lei nº 41, de 18 de novembro de 1966, e no Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, conforme o que dispuser a ANS.").

2. Embora as cooperativas que atuam como operadoras de planos privados de assistência à saúde não sejam entidades financeiras, a elas se aplicam, em obediência ao princípio da especialidade, as regras contidas no artigo 18, alíneas "d" e "f", da Lei nº 6.024/74 e no artigo 20 da Resolução Normativa ANS nº 316/2012.

3. O Egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser indevida, na liquidação extrajudicial prevista na Lei nº 6.024/74, a inclusão de multa moratória, bem como de juros de mora após a decretação da liquidação extrajudicial, exceto se o ativo for suficiente para o pagamento integral do passivo (REsp nº 783.771/SP, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 15/03/2007, pág. 271).

4. No caso, considerando que a executada é cooperativa que atua como operadora de plano de assistência à saúde, a ela se aplica o art. 18, "d" e "f", da Lei nº 6.024/74, em face do disposto no art. 24-D da Lei nº 9.656/98 e no art. 20 da Resolução Normativa ANS nº 316/2012, deve ser mantida a decisão que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade.

5. Agravo provido, para manter a decisão de Primeiro Grau que excluiu, do débito exequendo, a multa e manteve a incidência de juros até a data da decretação da liquidação extrajudicial, negando, assim, seguimento ao agravo de instrumento, com fulcro no artigo 557, "caput", do Código de Processo Civil."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, AI 0016325-74.2013.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, julgado em 24/06/2014, e-DJF3: 03/07/2014)

A Resolução Normativa da ANS - RN n.º 316, de 30 de Novembro de 2012, que dispõe sobre os regimes especiais de direção fiscal e de liquidação extrajudicial sobre as operadoras de planos de assistência à saúde e revoga a RDC nº 47, de 3 de janeiro de 2001, e a RN nº 52, de 14 de novembro de 2003, elenca dentre os efeitos da liquidação extrajudicial a não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a liquidanda, enquanto não integralmente pago o passivo.

Assim, a não incidência de juros e demais consectários legais, na hipótese de liquidação extrajudicial de operadora de plano de saúde decorre de aplicação da lei. Os juros de mora posteriores à decretação da liquidação extrajudicial serão pagos somente se suficiente o passivo, como decidiu a sentença.

No que refere à exclusão da correção monetária, resta excluída ante o disposto no art. 18, letras "d" e, "f" da Lei n.º 6.024/74, verbis:

"Art. 18. A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;

b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;

c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;

d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;

e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;

f) não reclamação de correção monetária de quaisquer dívidas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.” (g.n.)

Ante o exposto, NEG O PROVIMENTO à apelação, nos termos da fundamentação supra.

(...)”

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada qualquer omissão, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, *“os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado”* (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. No caso, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Na espécie, o acórdão analisou a possibilidade de exclusão da multa moratória e correção monetária do montante do débito em decorrência de cobrança relativa a crédito de natureza não tributária, em embargos opostos à execução fiscal pela Massa Falida de Interclínicas Planos de Saúde S.A., manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.
5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, *“os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado”* (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025043-62.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE BEBIDAS CONQUISTA LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A
INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025043-62.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE BEBIDAS CONQUISTA LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A
INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu a atribuição de efeito suspensivo, sob fundamento de ausência dos requisitos para concessão da tutela de urgência.

Alegou-se que: (1) foram demonstrados todos os requisitos para concessão da medida suspensiva; (2) o débito está garantido, conforme auto de penhora juntado aos autos; (3) relevante a fundamentação, diante das alegações de nulidade e iliquidez das certidões de dívida ativa, em vista da ausência de fundamentação da gradação da multa aplicada, bem como a existência de cumulação da taxa Selic e do IPCA-E; (3) o perigo de dano grave ou de difícil reparação se faz presente pelo risco de que o bem penhorado venha a ser arrematado antes da análise definitiva da matéria alegada.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025043-62.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INDUSTRIA E COMERCIO DE BEBIDAS CONQUISTA LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A
INTERESSADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão agravada indeferiu efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, sob fundamento de que, além de não estar comprovada a garantia do débito, não haveria probabilidade do direito e perigo de dano.

De fato, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal submete-se ao artigo 919, §1º, CPC/2015, dada a aplicabilidade subsidiária da legislação codificada, na linha do entendimento da Corte Superior, em julgamento sob o rito repetitivo (RESP 1.272.827, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 31/05/2013).

Neste sentido:

AGARESP 480.373, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJE 02/03/2016: "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL CONTRA A MESMA DECISÃO. INTERPOSIÇÃO SUCESSIVA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. A interposição de dois recursos pela mesma parte e contra a mesma decisão impede o conhecimento do segundo recurso, haja vista a preclusão consumativa. (AgRg no REsp 1.268.481/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 8/10/2013, entre outros). 2. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais, bem como a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (periculum in mora). 3. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, em virtude da inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental de fls. 296-301 a que se nega provimento. Recurso de fls. 302-307 não conhecido."

O artigo 919, §1º, CPC/2015, dispõe que "o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes".

No caso, não se vislumbra relevância no argumento invocado. A alegação de ausência de fundamentação da multa aplicada não merece prosperar, vez que as certidões de dívida ativa, que possuem presunção de legitimidade e veracidade, preenchem os requisitos legais, não sendo necessário o detalhamento da autuação nem da penalidade aplicada para a devida constituição do débito.

Quanto à alegada cumulação de critérios para correção de juros moratórios e de atualização monetária, também incorre na mesma deficiência de plausibilidade jurídica. De fato, como apontado pela agravada em contrarrazões, houve utilização de um critério até 03/12/2008, e a utilização unicamente da taxa Selic a partir de então, não se tratando, portanto, de acúmulo de cálculos a ferir a liquidez do título executivo.

Inexistente, ainda, perigo de dano irreparável apto a obstar o prosseguimento dos atos executivos. Certo é que a efetiva alienação ou expropriação de bens, quando penhorados, depende do exaurimento das etapas de avaliação e reavaliação, além de formalização dos editais, próprios e adequados, sendo que todos os atos são passíveis de discussão judicial e recursal, a demonstrar que não existe, de fato e de direito, menor risco de dano irreparável na tramitação regular da execução fiscal, na fase processual em que se encontra.

Incabível, portanto, a concessão da medida pleiteada.

Neste sentido, os precedentes:

AI 5005445-25.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, Intimação via sistema 15/07/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC. ARTIGO 919/CPC15. REQUISITOS CUMULATIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, manifestou-se no sentido da aplicação do artigo 739-A, § 1º, do CPC/73, atual artigo 919 do CPC/15, às execuções fiscais (REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013) 2. Os embargos à execução fiscal não terão efeito suspensivo. Excepcionalmente, caso preenchidos os requisitos do § 1º do artigo 919 do CPC, é permitido ao julgador receber a ação defensiva suspendendo os atos executórios. Não basta, assim, a prestação de garantia suficiente à satisfação da dívida exequenda, há que estar demonstrados a urgência e o perigo de dano ou do risco útil do processo. 3. No caso concreto, o d. magistrado não concedeu o efeito suspensivo pleiteado por entender inexistente o "fumus boni iuris", em especial porque a tese defensiva não encontrava amparo na jurisprudência, destacando a validade da autuação realizada pelo INMETRO, bem como a legalidade da exigência dos acréscimos constantes no título executivo. 4. A agravante limitou-se a alegar a existência de prejuízo acasado mantido o prosseguimento da execução, deixando, contudo, de se manifestar expressamente quanto à probabilidade do direito invocado, tese na qual se firmou a decisão agravada. 5. Não restaram preenchidos os requisitos para concessão da medida. Precedente desta Turma. 6. Agravo de instrumento improvido."

AI 5028041-37.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e - DJF3 Judicial 1 28/06/2019: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 919, § 1º, DO CPC. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial nº 1.272.827/PE, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, pacificou entendimento no sentido de que se aplica o regramento do diploma de direito adjetivo às execuções fiscais. 2. No presente caso, embora a demanda executiva esteja garantida por seguro garantia, não estão preenchidos os demais requisitos exigidos pelo § 1º do artigo 919 do Código de Processo Civil, para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. 3. Agravo desprovido."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO A EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. A atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal submete-se ao artigo 919, §1º, CPC/2015, dada a aplicabilidade subsidiária da legislação codificada, na linha do entendimento da Corte Superior, em julgamento sob o rito repetitivo (RESP 1.272.827, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe de 31/05/2013).
2. No caso, não se vislumbra a relevância do argumento invocado. A alegação de ausência de fundamentação da multa aplicada não merece prosperar desde logo, vez que as certidões de dívida ativa preenchem os requisitos legais, não sendo necessário detalhamento da autuação e da penalidade aplicada para a devida constituição do débito.
3. Quanto à alegada cumulação de critérios para correção de juros moratórios e de atualização monetária, desprovido de relevância o argumento. Como apontado pela agravada em suas contrarrazões, houve a utilização de um critério até a data de 03/12/2008, e a utilização unicamente da taxa Selic a partir de então, não se tratando, portanto, de acúmulo de critério a ferir a liquidez do título executivo.
4. Inexistente, ainda, perigo de dano irreparável apto a obstar o prosseguimento dos atos executivos. Certo é que a efetiva alienação ou expropriação de bens, quando penhorados, depende do esgotamento das etapas de avaliação e reavaliação, além de formalização dos editais, próprios e adequados, sendo que todos os atos são passíveis de discussão judicial e recurso, a demonstrar que não existe, de fato e de direito, menor risco de dano irreparável na tramitação regular da execução fiscal, na fase processual em que se encontra.
5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030172-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MAGAZINE PELICANO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A, MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030172-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MAGAZINE PELICANO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A, MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de suspensão do feito e determinou expedição de mandado de constatação e reavaliação do bem penhorado, bem como a intimação do executado sobre oportuna realização de leilão.

Alegou-se que: (1) a decisão agravada é nula, por falta de fundamentação, violando o artigo 93, IX, da CF; (2) há possibilidade de que o Superior Tribunal de Justiça proveja o REsp 1.735.092, interposto nos autos dos embargos de devedor 0061286-47.2014.4.03.6182, implicando o conhecimento de sua peça inicial; (3) o artigo 151, do CTN, não foi o fundamento do pedido de suspensão da execução fiscal; e (4) estão presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, nos termos do artigo 300 do CPC.

Com contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030172-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MAGAZINE PELICANO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS ALEXANDRE BARBOSA - SP195062-A, MONICA FERRAZ IVAMOTO - SP154657-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o indeferimento do pedido de suspensão da execução fiscal teve como fundamento a ausência de causas suspensivas previstas no artigo 151, do CTN, a afastar, portanto, a alegação de nulidade da decisão agravada.

Quanto ao mais, consta que foi oferecido em garantia o imóvel de matrícula 48.111, registrado no 5º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo, na petição protocolada em 20/01/2014, tendo sido deferida a penhora em 15/07/2014 (ID 107320169, f. 16; ID 107320171, f. 57).

Em seguida, o executado requereu substituição da garantia pelo imóvel de matrícula 23.496, registrado no 4º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo. Houve decisão para aguardar o cumprimento do mandato anteriormente expedido, o oficial de Justiça certificou a realização da penhora e avaliação do bem, com posterior nomeação de depositário, em 26/08/2014 e 28/10/2014, respectivamente. Após, instada, a PFN recusou a substituição em 05/12/2014 (ID 107320171, f. 59/62; ID 107320174, f. 3/15, 21).

Após mantida a penhora efetivada, foram opostos os embargos à execução 006128647-2014.403.6182, extintos, porém, por indeferimento da inicial, por ausência de documentos, em 22/02/2016, seguido de apelo recebido apenas no efeito devolutivo e ao qual se negou provimento em 15/03/2017 (ID 107320174, f. 34, 45/47; ID 1073220175, f. 4/5, 46/52).

Foram, então, interpostos recursos especial e extraordinário, tendo sido admitido pela Vice-Presidência desta Corte, em 04/09/2017, apenas o REsp 1.735.092, que conforme revelam os documentos acostados não foi conhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 13/08/2019, seguido de interposição de agravo interno (ID 107320175, f. 59/63; ID 107320179, f. 129/158).

Em consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que o AgInt no REsp 1.735.092, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, foi desprovido, com publicação do acórdão em 17/03/2010, tendo sido opostos embargos de declaração.

Ademais, no AI 0006336-39.2016.4.03.0000, interposto face à decisão que indeferiu a substituição do bem, já havia sido homologada a desistência requerida pela agravante em maio/2016 (ID 1073220175, f. 22/26).

Assim sendo, não configuradas as hipóteses do artigo 151, do CTN, e inexistindo outra causa suspensiva que obste o prosseguimento da execução fiscal e a realização, inclusive, pois, de hasta pública do bem penhorado, não se autoriza a reforma da decisão agravada. O efeito suspensivo pretendido pela agravante é decidido nos embargos do devedor, e não na execução fiscal, subordinando-se a prática de atos processuais nesta, para tal efeito, ao que decidido na ação cognitiva incidental.

Assim, não cabe, tampouco, invocar a aplicação do artigo 300 do CPC no feito executivo, para violar regra expressa da legislação quanto aos efeitos da prática de atos na execução fiscal em razão do decidido nos embargos do devedor que, no caso, foram extintos por indeferimento da inicial, sem que os recursos subsequentes tenham lhe atribuído efeito suspensivo.

A mera expectativa de reversão do que decidido nos embargos à execução, sem que exista, de fato, situação ou ordem de suspensão da exigibilidade do débito, não tem o condão de evitar o prosseguimento da execução fiscal no interesse do credor.

Na mesma linha de raciocínio o seguinte precedente da Turma:

AI 5002485-96.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARCONDES, e - DJF3 22/05/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS EXPROPRIATÓRIO - POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO DEFINITIVA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Agravo interno prejudicado em razão do julgamento integral do recurso nesta oportunidade. 2. Hipótese em que se determinou o prosseguimento da execução fiscal, com a designação de hasta pública para o imóvel penhorado, em razão da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos opostos. 3. Inexistente causa suspensiva que obste o prosseguimento, a execução fiscal dever prosseguir em seus ulteriores termos, inclusive com a realização dos atos de expropriação dos bens que a garantem, reservando-se o produto do leilão em conta judicial enquanto não transitar em julgado a decisão da defesa oposta pelo devedor. Precedentes. 4. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE BEM IMÓVEL. LEILÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL EXTINTOS POR INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO SEM EFEITO SUSPENSIVO. PROSSEGUIMENTO DOS ATOS EXPROPRIATÓRIOS. POSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que se determinou o prosseguimento da execução fiscal, com a designação de hasta pública para imóvel penhorado, em razão da não atribuição de efeito suspensivo aos recursos opostos nos embargos à execução que teve indeferida sua inicial.
2. Não configuradas as hipóteses do artigo 151, do CTN, e inexistindo causa suspensiva que obste o prosseguimento da execução fiscal e a realização, inclusive, pois, da hasta pública do bem penhorado, não se autoriza a reforma da decisão agravada. O efeito suspensivo é decidido nos embargos do devedor, e não na execução fiscal, subordinando-se a prática de atos processuais nesta, para tal efeito, ao que decidido na ação cognitiva incidental.
3. Tampouco cabe invocar a aplicação do artigo 300 do CPC no feito executivo para violar regra expressa da legislação quanto aos efeitos da prática de atos na execução fiscal em razão do decidido nos embargos do devedor que, no caso, foram extintos por indeferimento da inicial, sem que os recursos subsequentes tenham lhe atribuído efeito suspensivo. A mera expectativa de reversão do que decidido nos embargos à execução, sem que exista, de fato, situação ou ordem de suspensão da exigibilidade do débito, não tem o condão de evitar o prosseguimento da execução fiscal no interesse do credor.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002295-06.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE DOCES SANTA FE LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002295-06.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE DOCES SANTA FE LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO JOSE DE OLIVEIRA LOPES - SP245483-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão de id nº 57309327, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. ANULAÇÃO PARCIAL DA CDA. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS APÓS A IMPETRAÇÃO. ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se conhece da parte do recurso de apelação no que se refere à legislação, índice de correção e da aplicação do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, pois a União não fora sucumbente nesta parte.
2. Em sede de preliminar processual, no momento em que fora intimada a comprovar a condição de credora, a apelada alega que os valores a serem excluídos a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS encontram-se inscritos em dívida ativa. Conforme se pode verificar na inicial, em nenhum momento o pleito de alteração dos valores inscritos em dívida ativa foi formulado, razão pela qual, tal pedido demonstra-se como patente inovação em sede recursal, não podendo ser analisado nestes autos.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
5. A compensação reconhecida nos presentes autos (posteriores ao ajuizamento da demanda) não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
6. Reexame necessário parcialmente provido; e, recurso de apelação conhecido em parte e, na parte conhecida, desprovido.”

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada quedou-se inerte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002295-06.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE DOCES SANTA FE LTDA

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Em razão do próprio acolhimento dos embargos de declaração opostos, mister se faz o reconhecimento de que não se configuraram como protelatórios, tomando-se indevida a alegação de litigância de má-fé.

Quanto à majoração dos honorários, por oportunidade do julgamento dos recursos interpostos pela União, melhor sorte não acompanha a embargada, haja vista que se trata de mandado de segurança e, portanto, incabível o arbitramento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001897-27.2007.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001897-27.2007.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **Elbel Comércio e Participações Ltda.** (Id 124734018, p. 1-5), em face do acórdão (Id 123518677, p. 10-11) que negou provimento à apelação por ela interposta, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPENSAÇÃO COM SALDO DE BASE DE CÁLCULO NEGATIVA DE PERÍODOS ANTERIORES. INEXISTÊNCIA DE VALORES A COMPENSAR. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA DESPROVIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA.

1. *Trata-se de apelações em face de sentença de improcedência em ação ajuizada com o objetivo de anular os lançamentos tributários efetivados nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 10840-003403/2004-12, referentes a débito de Contribuição Social Sobre o Lucro (CSLL) relativa ao ano-calendário de 1999, em razão da compensação da base de cálculo negativa de períodos anteriores em valor superior ao saldo existente.*

2. *Na sentença, o Juízo a quo julgou improcedente o pedido, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa (Id 90336538, p. 112-130).*

3. *Conforme o Processo Administrativo Fiscal acostado aos autos (Id 90336635, p. 124-163), a autoridade fiscal aduz que a contribuinte não possuía, no sistema de controle de acompanhamento de bases de cálculo negativas, saldo para a compensação informada no referido ano-calendário, tendo verificado, ainda, inclusão indevida em 31.12.1991, do valor do saldo devedor apurado referente ao diferencial BTN/IPC (art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.200/91 e do art. 39 e art. 41 do Decreto nº 332/91) no controle do saldo da base de cálculo negativa da CSLL. Ademais, prossegue a autoridade fiscal, "a compensação integral das bases de cálculo negativas de anos anteriores não poderia ser feita no ano-calendário de 1999, pois somente a partir da MP nº 1.991-15 de 2000, art. 42, é que tal benefício foi introduzido na legislação tributária" (Id 90336635, p. 57).*

4. *Na espécie, embora alegue seu direito de utilizar os prejuízos acumulados de períodos anteriores, em razão da exploração de atividade rural, a apelante não conseguiu comprovar que possuía saldo suficiente para redução da CSLL apurada no período de 01.01.99 a 31.12.99.*

5. *De fato, a fiscalização fazendária verificou no sistema de acompanhamento de prejuízos fiscais, que em 31.12.1998 o saldo de base de cálculo negativo compensáveis para redução da CSLL era inexistente, e, embora intimada a demonstrar os demonstrativos para apuração da base de cálculo da CSLL de 1999, quedou-se inerte.*

6. *Ademais, o laudo pericial (Id 90336538, p. 73-74) apenas informou que a receita auferida pela apelante tinha origem de atividades rurais, porém não houve qualquer quesito acerca da existência, ou não, de eventual saldo de base de cálculo negativo compensável.*

7. *No caso, as provas trazidas aos autos não são suficientes para comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, uma vez que a autora, ora apelante, não demonstrou a existência de saldo suficiente para compensação da CSLL apurada no período de 01.01.99 a 31.12.99.*

8. *Finalmente, no que se refere à apelação da União, cumpre ressaltar que deve ser adotado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EAREsp nº 1.255.986/PR, no qual se determinou que a fixação da verba honorária pauta-se na norma processual vigente no momento da prolação da sentença. No caso em tela, o processo foi sentenciado em 03.03.2009 (Id 90336538, p. 130), sendo aplicáveis as regras do Código de Processo Civil de 1973. Quanto ao pedido de majoração da verba honorária, a sentença merece reparos, porquanto o valor fixado, 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, atribuído em R\$ 1.000,00 (mil reais) (Id 90336635, p. 16) mostra-se, de fato, irrisório. Assim, fixo os honorários advocatícios em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em consonância com os princípios da razoabilidade, equidade, proporcionalidade e causalidade, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73.*

9. *Apelação da parte autora desprovida. Apelação da União provida."*

A embargante alega que o acórdão padece de omissões em relação à análise completa do laudo pericial, que conclui pela higidez dos créditos e de sua forma contábil de apuração/compensação, e também em relação à questão da compensação (Id 124734018, p. 1-5).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada apresentou resposta (Id 128037486, p. 2-6).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001897-27.2007.4.03.6102
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELBEL COMERCIO E PARTICIPACOES LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO CORREA DA SILVA - SP80833-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando que a decisão colegiada não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo, deixando de examinar algumas questões importantes (Id 124734018, p. 1-5).

Ao contrário do que alega a embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a possibilidade de anulação de lançamentos tributários efetivados nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 10840-003403/2004-12, referentes a débito de Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL) relativa ao ano-calendário de 1999, no valor de R\$ 140.906,08, multa de R\$ 105.679,55 e juros de mora de R\$ 115.599,34, originado de auto de infração em razão da compensação da base de cálculo negativa de períodos anteriores em valor superior ao saldo existente.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 123518677, p. 4-9):

"(...)

Conforme o Processo Administrativo Fiscal acostado aos autos (Id 90336635, p. 124-163), a autoridade fiscal aduz que a contribuinte não possuía, no sistema de controle de acompanhamento de bases de cálculo negativas, saldo para a compensação informada no referido ano-calendário, tendo verificado, ainda, inclusão indevida em 31.12.1991, do valor do saldo devedor apurado referente ao diferencial BTN/IPC (art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.200/91 e do art. 39 e art. 41 do Decreto nº 332/91) no controle do saldo da base de cálculo negativa da CSSL. Ademais, prossegue a autoridade fiscal, "a compensação integral das bases de cálculo negativas de anos anteriores não poderia ser feita no ano-calendário de 1999, pois somente a partir da MP nº 1.991-15 de 2000, art. 42, é que tal benefício foi introduzido na legislação tributária" (Id 90336635, p. 57).

Conforme consta no Auto de Infração (Id 90336635, p. 26-27), verbis:

"Analisando a Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, ND 0756424, referente ao período de 01/01/1999 a 31/12/1999 (fls. 18, 26 e 27) no que se refere à Compensação da Base de Cálculo Negativa de Períodos Anteriores, foram constatadas as irregularidades descritas adiante.

A empresa após as adoções e exclusões permitidas pela Legislação da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido no valor de R\$ 1.534.762,94, de acordo com o valor lançado na ficha 30, linha 21, da mencionada DIPJ 2000, compensou a totalidade do citado valor com saldo de Base de Cálculo Negativa da Contribuição Social de Períodos Anteriores, lançada na própria ficha 30, linha 22.

Conforme Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa de CSSL (fls. 19/22), emitido pelo sistema SAPLI (Sistema de Acompanhamento de Prejuízo Fiscal, Lucro Inflacionário e Base de Cálculo Negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), verificou-se que em 31/12/1998 a contribuinte não possuía Saldo de Base de Negativa de Períodos Anteriores Compensáveis para redução da Base de Cálculo do tributo CSSL apurada no período de 01/01/1999 a 31/12/1999. Sendo assim, constatou-se que foi compensado irregularmente a totalidade da Base de Cálculo da CSSL, tendo por consequência a não apuração de qualquer valor de CSSL com seu respectivo recolhimento (fls. 18 e 71).

Após esta constatação a empresa foi intimada, mediante Termo de Intimação Fiscal (fls. 16/23) a esclarecer quais os motivos que a levaram a compensar integralmente a base de cálculo da CSSL apurada relativa ao período de 01/01/1999 a 31/12/1999, tendo em vista que a contribuinte não possuía saldo compensáveis de períodos base anteriores.

Foi apresentada, em 19/07/2004, resposta (fls. 41/44) ao mencionado Termo de Intimação Fiscal. O contribuinte alegou em sua justificativa que o montante de R\$ 1.534.761,94 que foi compensado na DIPJ 2000, ano calendário 1999, deu-se devido a contribuinte possuir saldo positivo na conta: Base de Cálculo Negativa da Contribuição Social no valor de R\$ 7.841.794,30, conforme Registro de Apuração de Lucro Real nº 03, Parte b, página 26 (fls. 43). Argumentou também que a compensação foi efetuada na proporção de 100%, devido à receita da empresa ser proveniente de atividade rural, conforme descrito na Demonstração de Resultado de Exercício (fls. 44) as quais foram apresentadas sem quaisquer assinaturas do contador e responsável legal da empresa. Desta forma, não se comprovou em momento algum através de documentos hábeis e idôneos que as receitas proviam em sua totalidade da atividade rural.

Não estando devidamente esclarecido o valor de Saldo Compensáveis de Base de Cálculo Negativa de CSSL de períodos anteriores, esta fiscalização intimou novamente a contribuinte em 05/08/2004 (fls. 45/47) a apresentar os Livros LALUR ORIGINAIS desde o período de 1991 a 1999, para se verificar a evolução dos registros das origens e dos usos das Bases de Cálculo Negativas da CSSL.

Em resposta, em 10/08/2004 (fls. 48/63) a contribuinte apresentou LALUR cópia (fls. 50/63) com o controle do Saldo Devedor Apurado referente ao Diferencial BTN/IPC em conjunto com o demonstrativo da evolução do Saldo da Base de Cálculo Negativa CSSL. Em seu controle (fls. 53), a contribuinte incluiu em 31/12/1991 o valor do saldo devedor apurado referente ao Diferencial BTN/IPC (Cr\$ 8.600.795.424,00). Pelas normas vigentes para compensação da Base de Cálculo da CSSL, não há previsão legal para utilização deste valor (Saldo Devedor Apurado Referente ao Diferencial BNT/IPC) na compensação da CSSL apurada. Portanto, conclui-se que o valor Cr\$ 8.600.795.424,00 referente ao Saldo Devedor Apurado referente ao Diferencial BNT/IPC, em 31/12/1991, originado no ano-calendário de 1990, não pode ser agregado e acumulado com saldos de Base de Cálculo Negativa de CSSL de períodos anteriores.

Relativamente a falta de previsão legal, verifica-se através da leitura do caput do artigo 41, do Decreto 332, de 4 de novembro de 1991, transcrito abaixo, que regulamentou a Lei 8.200, de 28 de junho de 1991 que se refere entre outros assuntos ao tratamento tributário dado aos saldos devedores e credores da correção monetária relativa às diferenças entre IPC e BTN fiscal do ano de 1990, que o resultado da correção monetária de que trata este capítulo (capítulo II) não influirá na base de cálculo da contribuição social, Lei nº 7.689/88, e que no mesmo Decreto foi previsto para determinação do Lucro real em seus artigos 38 e 39 através de adições e exclusões.

"(...)

Assim, conforme controle da SRF (SAPLI), através do Demonstrativo da Base de Cálculo Negativa da CSSL (19/22), em 31/12/1998, a contribuinte não possuía Saldos de Base de Cálculo Negativa Compensáveis de períodos anteriores que pudessem reduzir a Base de Cálculo de CSSL apurada em 1999 no valor de R\$ 1.534.762,94 (fls. 22) aposto na linha 21 da ficha 30 de sua DIPJ 2000.

Para determinar o valor do adicional da CSSL a lançar, a contribuinte foi intimada em 11/08/2004, e reintimada em 09/09/2004, a apresentar os balanços e balancete mensais de suspensão ou redução utilizados no demonstrativo da Base de Cálculo da Contribuição Social sob o Lucro Líquido, todos iniciados e acumulados desde 01/01/1999, uma vez que a contribuinte deixou de declarar tais estimativas em sua DIPJ 2000 (fls. 28/33).

Foi solicitado também a comprovação dos recolhimentos da COFINS e CSSL referente ao ano calendário de 1999.

Em resposta, em 16/09/2004, a contribuinte apresentou balancete analítico e sintético da empresa, cópia da DIPJ, DARF's da COFINS e procuração, não apresentando os referidos Demonstrativos de Apuração da Base de Cálculo da CSSL do AC 1999.

Tendo em vista que a contribuinte deixou de apresentar os Demonstrativos de Apuração da Base de Cálculo da CSSL do AC 1999, necessários na determinação do valor da CSSL devida e do valor de seu adicional de 4% incidentes sob as bases de cálculo da CSSL a partir de maio de 1999, esta fiscalização elaborou planilha às fls. 10 onde se apurou os valores de CSSL de R\$ 122.781,03 e R\$ 40.912,49, calculados respectivamente à alíquota de 8% e com adicional de 4%, este último incidente a partir de 01/05/1999. Estes valores estão consubstanciados no presente auto de infração às fls. 7.

Esta fiscalização elaborou a planilha às fls. 11, onde foi consolidado os valores da COFINS recolhidos (fls. 68/70) referente ao período de 01/02/99 à 31/12/1999, cujo 1/3 (um terço) no valor de R\$ 22.785,59 foi compensado no presente Auto de Infração (fls. 7).

Verifica-se através da análise do extrato do sistema DCTF Gerencial às fls. 72/80 que a contribuinte não declarou quaisquer valores de débitos de CSSL.

Em 20/09/2004, foi elaborado FACS (fls. 120), alterando o valor compensado de Base de Cálculo Negativa de R\$ 1.534.762,94 para R\$ 0,00 (zero reais), o qual foi devidamente digitado e transmitido, gerando novo extrato SAPLI às fls. 12/15.

Ressalta-se que foram considerados neste auto de infração para os períodos de 01/01/1999 a 30/04/1999 e 01/05/1999 a 31/12/1999, respectivamente, as 'alíquotas' de 8% e 12% (8% + adicional de 4%).

Portanto, esta fiscalização está lançando através deste Auto de Infração o valor da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido do ano-calendário de 1999 com seu adicional, que deixou de ser lançado pela Empresa, em virtude da inobservância da mesma não possuir saldos compensáveis de base de cálculo negativa de CSLL de períodos anteriores.

(...)"

Na espécie, embora alegue seu direito de utilizar os prejuízos acumulados de períodos anteriores em razão da exploração de atividade rural, a apelante não conseguiu comprovar que possuía saldo suficiente para redução da CSLL apurada no período de 01.01.99 a 31.12.99.

De fato, a fiscalização fazendária verificou no sistema de acompanhamento de prejuízos fiscais, que em 31.12.1998, o saldo de base de cálculo negativo compensáveis para redução da CSLL era inexistente, e, embora intimada a demonstrar os demonstrativos para apuração da base de cálculo da CSLL de 1999, quedou-se inerte.

Ademais, o laudo pericial (Id 90336538, p. 73-74) apenas informou que a receita auferida pela apelante tinha origem de atividades rurais, porém não houve qualquer quesito acerca da existência, ou não, de eventual saldo de base de cálculo negativo compensável.

No caso, as provas trazidas aos autos não são suficientes para comprovar os fatos constitutivos do direito alegado, uma vez que a apelante não demonstrou a existência de saldo suficiente para compensação da CSLL apurada no período de 01.01.99 a 31.12.99.

(...)"

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada qualquer omissão, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. No caso, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.

4. Na espécie, o acórdão analisou a possibilidade de anulação de lançamentos tributários efetivados nos autos do Processo Administrativo Fiscal nº 10840-003403/2004-12, referentes a débito de Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL) relativa ao ano-calendário de 1999, no valor de R\$ 140.906,08, multa de R\$ 105.679,55 e juros de mora de R\$ 115.599,34, originado de auto de infração em razão da compensação da base de cálculo negativa de períodos anteriores em valor superior ao saldo existente, manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.

5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos

6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDeIno AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031892-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ALEXANDRE DAVI DE ALMEIDA, MARCOS DANIEL DE ALMEIDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031892-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ALEXANDRE DAVI DE ALMEIDA, MARCOS DANIEL DE ALMEIDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade oposta por sócio da executada principal, corresponsabilizado pela dívida, sob alegação de ilegitimidade passiva.

Alegou que: (1) a empresa executada encontra-se em pleno funcionamento, inexistindo encerramento irregular; (2) não houve prática de ato com excesso de poderes, nos termos do artigo 135, CTN, não cabendo redirecionamento por inadimplemento de tributos (Súmula 430/STJ); (3) possível constatar o funcionamento da empresa executada através de relatório juntado aos autos, declarações de imposto de renda e indicadores econômicos; e (4) houve demonstração de regular transmissão de declarações de IRPJ e DC'TFs, bem como de funcionamento à rua João Mafra, 270, Vila Brasília Machado, São Paulo, CEP 04288-000, endereço registrado na JUCESP através da 2ª alteração em contrato social.

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031892-50.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ALEXANDRE DAVI DE ALMEIDA, MARCOS DANIEL DE ALMEIDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de que a infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa deixou de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre, cumulativamente, que o administrador exercia a função ao tempo do fato gerador, em relação ao qual se pretende o redirecionamento, e que praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, especialmente, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade.

Neste sentido, entre outros, o seguinte julgado:

RESP1.795.248, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 29/05/2019: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE EMPRESA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. TEMA 630/STJ. [...] 4. Nos termos de precedentes deste STJ, o redirecionamento da Execução Fiscal contra o sócio-gerente da empresa é cabível quando demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou ao estatuto, ou no caso de dissolução irregular da empresa, não se incluindo como hipótese de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica o simples inadimplemento de obrigações tributárias ou não tributárias. 5. Nessa esteira, a certidão emitida pelo Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não mais funciona no endereço constante dos assentamentos da junta comercial, é indicio de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução para o sócio-gerente, de acordo com a Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 6. O STJ no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.371.128/RS fixou a seguinte tese jurídica (Tema 630/STJ): "Em execução fiscal de dívida ativa tributária ou não-tributária, dissolvida irregularmente a empresa, está legitimado o redirecionamento ao sócio-gerente". 7. O distrato social, ainda que registrado na junta comercial, não garante, por si só, o afastamento da dissolução irregular da sociedade empresarial e a consequente viabilidade do redirecionamento da execução fiscal aos sócios gerentes. Para verificação da regularidade da dissolução da empresa por distrato social, é indispensável a verificação da realização do ativo e pagamento do passivo, incluindo os débitos tributários, os quais são requisitos conjuntamente necessários para a decretação da extinção da personalidade jurídica para fins tributários. Nesse sentido: REsp 1.777.861/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/2/2019; REsp 1.766.931/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/11/2018; AgInt no AREsp 697.578/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 4/12/2018. 8. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."

Na espécie, o oficial de justiça certificou, em 24/04/2018, que a executada não mais se localiza, já havia três anos, no endereço cadastral à rua Ophélia L Rivitti, 122, São Paulo/SP (Id 107781136, f. 02), apontando indícios de dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ, o que, à luz da firme e consolidada jurisprudência, permite o redirecionamento.

Embora alegue o agravante a alteração do endereço da executada, esta foi arquivada na JUCESP apenas em maio/2019 (Id 107781136, f. 38), portanto, mais de um ano após a diligência do oficial de justiça. Em tal endereço, que coincide com o de um dos corresponsabilizados, houve diligência para penhora de bens, em junho/2019, em que constatado se tratar apenas de endereço formal sem quaisquer bens necessários e úteis (Id 107781136, f. 56) a guarnecer empresa e provar a continuidade das atividades, relacionadas à "restauração em imóveis em geral, restauração em fachadas, pinturas, dedetização e serviços auxiliares e construção em geral com fornecimento de materiais" (Id 107781136, f. 40), a revelar assim a continuidade das atividades.

Tampouco a alegação de que a executada transmite regularmente declarações de IRPJ e DCTFs merece acolhimento para afastar indícios de dissolução irregular, pois o extrato juntado pela exequente (Id 107781135, f. 61) revela que tais obrigações acessórias foram cumpridas até 2014, fato que, ao contrário de afastar, confirma os indícios de dissolução irregular em análise conjunta com a certidão do oficial de justiça (Id 107781136, f. 02).

Por fim, sequer a existência de avaliação e elaboração de indicadores de econômico-fiscais e patrimoniais revela continuidade das atividades da executada, pois, elaborados tais indicadores pela PFN com fundamento nos artigos 34, 35 e 36, §3º, da Portaria PGFN 33/2018, tendo por base dados das declarações do próprio contribuinte, a última delas transmitidas em 2014 muito antes da constatação dos indícios de dissolução irregular nos termos da Súmula 435/STJ.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REDIRECIONAMENTO. ARTIGO 135, III, CTN. NÃO LOCALIZAÇÃO DA EXECUTADA NO ENDEREÇO CADASTRAL. INDÍCIOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR NÃO AFASTADOS.

1. A infração, capaz de suscitar a aplicação do artigo 135, III, CTN, não ocorre com a mera inadimplência fiscal, daí que não basta provar que deixou a empresa deixou de recolher tributos na gestão societária de um dos sócios, pois necessário que se demonstre, cumulativamente, que o administrador exercia a função ao tempo do fato gerador, em relação ao qual se pretende o redirecionamento, e que praticou atos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatuto, o que inclui, especialmente, a responsabilidade por eventual dissolução irregular da sociedade.

2. Em diligência do oficial de justiça em 24/04/2018, certificou-se que a empresa não mais estava localizada há mais de três anos no endereço cadastral, revelando indícios de dissolução irregular, nos termos da Súmula 435/STJ, o que, à luz da firme e consolidada jurisprudência, permite o redirecionamento.

3. Embora alegue o agravante alteração do endereço da executada, esta foi arquivada na JUCESP apenas em maio/2019, portanto, mais de um ano após a diligência do oficial de justiça. Também não procedem alegações de regularidade da empresa na transmissão de declarações de IRPJ e DCTFs, pois extrato juntado pela exequente revela que as obrigações acessórias foram cumpridas somente até 2014, confirmando a constatação feita em diligência judicial. A avaliação e elaboração de indicadores de econômico-fiscais e patrimoniais decorreram de dados declarados até 2014, em cumprimento aos artigos 34, 35 e 36, §3º, da Portaria PGFN 33/2018, não elidindo os indícios de dissolução irregular em 2018.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001158-63.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

APELADO: IPREM - INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DE SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO., INMETRO

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001158-63.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

APELADO: IPREM - INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DE SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO., INMETRO

INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos S.A. – GRU Airport (Id 107693667, p. 1-7), e pelo INMETRO (Id 107679291, p. 1-2), em face do acórdão (Id 10734327, p. 9-10), que negou provimento à apelação, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO ÀS NORMAS DO INMETRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com a finalidade de obter a anulação do Auto de Infração nº 2790105, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e seu respectivo Processo Administrativo nº 21.435/15, lavrado em 29.09.2015, por "Erro absoluto superior ao máximo admissível em serviço, conforme ensaio de fidelidade, na diferença entre os resultados" na balança de número de série 31266, número do INMETRO 4416, Marca Filizola, carga máxima 150 Kg, valor de divisão 100g, em violação aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/99 c/c item 2 da Portaria Inmetro nº 261/2002 e subitens 10.2, 3.5.2 e 12.1, alínea "a", do Regulamento Técnico Metroológico aprovado pela Portaria Inmetro nº 235/1994 (Id 4986846).

2. Na petição inicial, a apelante alega que na posição C41 do aeroporto não existe balança com nº 31266, tratando-se, provavelmente, da balança de nº 41266. Ocorre que, no caso, tal balança não se encontrava em operação no dia da fiscalização, impondo-se a decretação da nulidade do processo administrativo em questão, em razão de erro essencial na identificação da balança mencionada no auto de infração, além da inexistência de individualização da conduta imputada à autora.

3. Afirma também que a decisão que julgou o recurso administrativo interposto pela GRU Airport é nula, pois teria sido utilizado modelo padronizado, sem análise dos argumentos da defesa, havendo vício de fundamentação, alegando, ainda, a boa-fé da GRU Airport, que submete suas balanças a manutenção periódica, e ausência de dano ao consumidor, pois a balança não estava em operação no dia da fiscalização, além do excesso da multa aplicada, em desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo a penalidade de advertência mais adequada ao caso concreto.

4. A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.102.578/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que "estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais". Precedentes."

A embargante GRU Airport alega que o acórdão padece de omissão relativa à ausência de fundamentação dos argumentos tecidos, caracterizando cerceamento de defesa e ausência de motivação, em violação aos art. 489 e 492 do Código de Processo Civil, art. 5º, da Constituição Federal, e art. 2º da Lei nº 9.784/99 (Id 107693667, p. 1-7).

Por sua vez, alega o INMETRO que o acórdão restou omisso em relação à fixação de honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC (Id 107679291, p. 1-2).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, as partes embargadas apresentaram contrarrazões (Id 123768018, p. 1-3 e Id 109282379, p. 1-5).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001158-63.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO LORENZI DE CASTRO - SP129134-A

APELADO: IPEM - INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DE SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO., INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A

Advogado do(a) APELADO: ROGERIO APARECIDO RUY - SP155325-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

A GRU Airport alega omissão do acórdão em razão da ausência de fundamentação dos argumentos tecidos, caracterizando cerceamento de defesa e ausência de motivação, em violação aos art. 489 e 492 do Código de Processo Civil, art. 5º, da Constituição Federal, e art. 2º da Lei nº 9.784/99 (Id 107693667, p. 1-7).

Ao contrário do que alega a embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a questão da anulação do Auto de Infração nº 2790105, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e seu respectivo Processo Administrativo nº 21.435/15.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 107346327, p. 4-8):

"(...)

Trata-se de ação ajuizada com a finalidade de obter a anulação do Auto de Infração nº 2790105, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e seu respectivo Processo Administrativo nº 21.435/15, lavrado em 29.09.2015, por "Erro absoluto superior ao máximo admissível em serviço, conforme ensaio de fidelidade, na diferença entre os resultados" na balança de número de série 31266, número do INMETRO 4416, Marca Filizola, carga máxima 150 Kg, valor de divisão 100g, em violação aos artigos 1º e 5º da Lei 9.933/99 c/c item 2 da Portaria Inmetro nº 261/2002 e subitens 10.2, 3.5.2 e 12.1, alínea "a", do Regulamento Técnico Metroológico aprovado pela Portaria Inmetro nº 235/1994 (Id 4986846).

Na petição inicial, a apelante alega que na posição C41 do aeroporto não existe balança com nº 31266, tratando-se, provavelmente, da balança de nº 41266. Porém, tal balança não se encontrava em operação no dia da fiscalização, impondo-se a decretação da nulidade do processo administrativo em questão, em razão de erro essencial na identificação da balança mencionada no auto de infração, além da inexistência de individualização da conduta imputada à autora.

Afirma também que a decisão que julgou o recurso administrativo interposto pela GRU Airport é nula, pois teria sido utilizado modelo padronizado, sem análise dos argumentos da defesa, havendo vício de fundamentação, alegando, ainda, a boa-fé da GRU Airport, que submete suas balanças a manutenção periódica, e ausência de dano ao consumidor, pois a balança não estava em operação no dia da fiscalização, além do excesso da multa aplicada, em desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo a penalidade de advertência mais adequada ao caso concreto.

Inicialmente, cumpre asseverar que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.102.578/MG, submetido ao rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que "estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais".

(...)

Por sua vez, ao IPEM/SP, representante do INMETRO no Estado de São Paulo, compete exercer a fiscalização delegada no âmbito do Estado, com intuito de verificar se a regulamentação metroológica do INMETRO está sendo respeitada pelos administrados.

Nesse sentido, o disposto no Decreto Estadual nº 55.964/2010, conforme segue:

"Artigo 2º- O Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo - IPEM/SP tem por finalidades exercer as atividades relacionadas com a metrologia e com a normalização, a qualidade e a certificação de produtos e serviços, além de:(...)III - fiscalizar produtos e serviços, na área de sua atuação, tendo em vista a constatação de defeitos e irregularidades que prejudiquem o consumidor, nos termos da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;(...)V - apurar as infrações cometidas no campo de sua atuação, instaurando os respectivos procedimentos administrativos para aplicação das penalidades. (...)".

Prosseguindo, não há que se falar, in casu, em cerceamento à defesa, tampouco procedem as alegações de que a sentença não teria analisado os argumentos da apelante, quais sejam, vício procedimental do processo administrativo. Vejamos (Id 4987311):

(...)

No que tange à existência ou não de uma balança com número de série 31266, inicialmente deve-se ressaltar que os únicos documentos que poderiam demonstrar a inexistência dessa balança são aqueles constantes das fls. 2-3 do ID 1133992, fl. 16 do ID 1133993, fls. 1-7 do ID 1133994 e fls. 1-8 do ID 1133995. No entanto, esses documentos são absolutamente incompreensíveis, consistindo em listagens e telas de computador sem identificação e completamente apócrifos. Assim, não se pode saber, com base neles, se inexistia uma balança com o número de série em tela.

Ainda que assim não fosse, a própria autora informa que, com base nas características da balança descrita no auto de infração, conseguiu localizar aquela que seria objeto da autuação (cujo número de série é 41266).

Portanto, mesmo que realmente não existisse a balança apontada no auto de infração, verifica-se que teria havido mero erro de digitação que não gerou prejuízo à ora autora, que pode efetivamente identificar o equipamento de que se trata.

Destarte, não existe prova de qualquer erro essencial que pudesse informar a autuação.

A conduta que gerou a multa está descrita de modo bastante claro no auto de infração: a balança em tela possuía "erro absoluto superior ao máximo admissível em serviço, conforme ensaio de fidelidade, na diferença entre os resultados" (ID 1133991, fl. 3). Há um registro da medição que registrou o ensaio de fidelidade efetuado (ID 1133991, fl. 4), demonstrando de forma clara a irregularidade encontrada pelas autoridades.

Ademais, a própria autora assevera, na petição inicial, que "há outros processos contra a GRU AIRPORT instaurados pelo IPEM em que a estrutura das decisões são ABSOLUTAMENTE IGUAIS" (ID 1133986, fl. 11). Disso conclui-se que existem repetidas irregularidades semelhantes encontradas nas instalações da autora que geram a imposição de penalidades semelhantes. Da própria réplica (ID 8630244, fl. 13), consta a descrição de duas condutas bastante semelhantes.

Em hipóteses assim, de aplicação de penalidades em massa, em virtude da repetição de condutas vedadas, é razoável a existência de decisões padronizadas. Os próprios recursos da autora não de obedecer a um padrão que exige uma resposta igual das autoridades administrativas.

Em suma, não se verifica – ao menos levando-se em consideração apenas os elementos probatórios constantes dos autos – que exista ausência de fundamentação das decisões das autoridades administrativas.

Do mesmo modo, a existência de condutas reiteradas – cujo número, pelos elementos que constam destes autos, sequer é possível aquilatar – permite o agravamento da sanção, não demonstrando o cabimento, de plano, da mera advertência. Não se pode deixar de salientar, neste tocante, que cabe à autoridade administrativa efetuar a dosimetria da multa, com base em uma série de critérios, devendo a intervenção judicial fundamentada na proporcionalidade ocorrer apenas em hipóteses teratológicas – e não é isso o que se verifica no presente feito.

A boa-fé do agente econômico não é suficiente para afastar a imposição da penalidade, se uma conduta vedada pela norma foi verificada no caso concreto. Com efeito, a infração em tela – erro na medição de balanças superior ao tolerado – não exige dolo para sua configuração.

Também não socorre a autora a alegação de que não houve dano ao consumidor; uma vez que a balança não estava sendo utilizada no dia da fiscalização. Da própria argumentação da autora percebe-se que em outros dias a balança deveria ser utilizada, o que por si só afasta a linha argumentativa apresentada na petição inicial.

Em suma, não se comprovou, de forma cabal, nos presentes autos, qualquer vício da autuação guerreada ou do processo administrativo em que ela foi aplicada, motivo pelo qual o pedido deve ser julgado improcedente. (...)"

De fato, os documentos trazidos pela parte autora como prova da alegada inexistência da balança com número de série 31266 (p. 2-3 do ID 1133992, p. 16 do ID 1133993, p. 1-7 do ID 1133994 e p. 1-8 do ID 1133995), dada sua generalidade e ausência de identificação, não são aptos para demonstrar coisa alguma.

Ademais, como argumentou o Juízo a quo, "Ainda que assim não fosse, a própria autora informa que, com base nas características da balança descrita no auto de infração, conseguiu localizar aquela que seria objeto da autuação (cujo número de série é 41266). Portanto, mesmo que realmente não existisse a balança apontada no auto de infração, verifica-se que teria havido mero erro de digitação que não gerou prejuízo à autora, que pode efetivamente identificar o equipamento de que se trata."

Finalmente, também não procede a alegação de nulidade em razão de decisões absolutamente iguais.

Com efeito, assim concluiu o Juízo a quo na sentença: "Ademais, a própria autora assevera, na petição inicial, que "há outros processos contra a GRU AIRPORT instaurados pelo IPEM em que a estrutura das decisões são ABSOLUTAMENTE IGUAIS" (ID 1133986, fl. 11). Disso conclui-se que existem repetidas irregularidades semelhantes encontradas nas instalações da autora que geram a imposição de penalidades semelhantes. Da própria réplica (ID 8630244, fl. 13), consta a descrição de duas condutas bastante semelhantes. Em hipóteses assim, de aplicação de penalidades em massa, em virtude da repetição de condutas vedadas, é razoável a existência de decisões padronizadas. Os próprios recursos da autora não de obedecer a um padrão que exige uma resposta igual das autoridades administrativas. Em suma, não se verifica – ao menos levando-se em consideração apenas os elementos probatórios constantes dos autos – que exista ausência de fundamentação das decisões das autoridades administrativas".

Como se observa, a sentença analisou todas as questões abordadas na petição inicial, encontrando-se devidamente motivada, merecendo, portanto, ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, NEGOPROVIMENTO à apelação. É como voto."

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada a violação aos art. 489 e 492 do Código de Processo Civil, art. 5º, da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº 9.784/99, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte como julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

Ademais, não há que se falar em ausência de motivação, porquanto o princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz possibilita ao magistrado apreciar livremente as provas, conforme as circunstâncias constantes dos autos, conferindo, fundamentadamente, a sua devida valoração.

Nesse sentido, *verbis*:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. VALORAÇÃO DA PROVA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. SÚMULA Nº 7/STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 1199377/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2019, DJe 25/04/2019) AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. COMPROVAÇÃO DA CULPA E DO NEXO DE CAUSALIDADE DA EMPRESA EMPREGADORA. LAUDO PERICIAL. NÃO ADSTRIÇÃO DO JULGADOR. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A teor do livre convencimento motivado, o julgador não está adstrito às conclusões do laudo pericial se as demais provas produzidas nos autos revelaram a culpa e o nexo de causalidade, pressupostos configuradores da responsabilidade civil do empregador.

2. O empregador tem obrigação de garantir a segurança do trabalho e a incolumidade dos seus empregados durante a prestação de serviços, possuindo o dever de indenizar pelo não cumprimento de seus deveres.

3. O Tribunal de origem concluiu pela comprovação dos danos e a demonstração da culpa da recorrente pelo acidente em que o empregado sofreu uma queda quando consertava uma escavadeira, de grande altura, no ambiente de trabalho da empresa demandada, durante o exercício de suas funções.

4. A reforma do acórdão recorrido, de modo a afastar os elementos da responsabilidade civil da empregadora, demandaria, necessariamente, reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada no âmbito estreito do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no REsp 1406117/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017)

No que se refere ao questionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, “os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado” (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Por sua vez, os embargos de declaração opostos pelo INMETRO devem ser acolhidos, pois, desprovido o apelo da parte autora, o acórdão não fixou os honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Assim sendo, acolho os embargos de declaração, para sanar a omissão quanto à fixação de honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majorando em 5% (cinco por cento) o valor fixado na sentença, a serem divididos igualmente entre o INMETRO e o IPEM.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração opostos pela GRU Airport e **acolho** os embargos de declaração opostos pelo INMETRO, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS REJEITADOS. HONORÁRIOS RECURSAIS. OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO INMETRO ACOLHIDOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.

2. No caso dos embargos de declaração opostos pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Guarulhos, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.

4. Na espécie, o acórdão abordou a questão da anulação do Auto de Infração nº 2790105, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), e seu respectivo Processo Administrativo nº 21.435/15, manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.

5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento.

6. No que se refere ao questionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, “os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado” (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

7. Por sua vez, os embargos de declaração opostos pelo INMETRO devem ser acolhidos, pois, desprovido o apelo da parte autora, o acórdão não fixou os honorários recursais, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos pela GRU Airport e acolheu os embargos de declaração opostos pelo INMETRO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030101-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RAFAELLA ROSA MODAS LEME LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030101-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RAFAELLA ROSA MODAS LEME LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, frente ao pedido de redirecionamento da ação à sócia-gerente, determinou a suspensão do feito até o exame do Tema 981 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Alegou a exequente que não se aplica a decisão que, no Tema 981/STJ, determinou o sobrestamento de todas as ações executivas que tratam do assunto, pois a sócia-gerente SAMARA BORGHI ALEXANDRE figurava nos quadros sociais tanto no momento da constituição do crédito executado quanto no momento em que constatados os indícios de dissolução irregular da empresa executada RAFAELLA ROSA MODAS LEME LTDA-ME.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030101-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: RAFAELLA ROSA MODAS LEME LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão agravada determinou o sobrestamento da execução fiscal até julgamento de recurso especial repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, sob fundamento do requerimento de redirecionamento da ação executiva identificar-se como objeto do Tema 981/STJ (Id 107309556, f. 40):

“Vistos.

Em decisão exarada em 09 de agosto de 2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais n. 1.645.333-SP, 1.643.944-SP e 1.645.281-SP, para uniformizar o entendimento da matéria sobre a questão:

‘À luz do art. 135, III, do CTN, o pedido de redirecionamento da Execução Fiscal, quando fundado na hipótese de dissolução irregular da sociedade empresária executada ou de presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), pode ser autorizado contra: (i) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), e que, concomitantemente, tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador da obrigação tributária não adimplida; ou (ii) o sócio com poderes de administração da sociedade, na data em que configurada a sua dissolução irregular ou a presunção de sua ocorrência (Súmula 435/STJ), ainda que não tenha exercido poderes de gerência, na data em que ocorrido o fato gerador do tributo não adimplido.’

E, nos termos do art. 1.037, II, do Código de Processo Civil, determinou a suspensão do processamento de todos os processos que versam sobre a mesma matéria.

Nesse cenário, determino a suspensão do processo até o julgamento dos Recursos Repetitivos - Tema Repetitivo nº 981.”

Cabe ressaltar, no entanto, que o recurso foi interposto diretamente contra tal decisão, que determinou o sobrestamento por identidade da questão levantada com julgamento de recurso especial repetitivo, hipótese não prevista no rol do artigo 1.015, CPC.

Em casos que tais, segundo o Código de Processo Civil, deve a parte formular pedido de prosseguimento do feito, em razão da distinção do caso concreto em relação ao tema aplicado para suspensão do processo, nos termos do artigo 1.037, § 9º. Caso indeferido o requerimento, somente então cabe agravo de instrumento ao Tribunal, na forma do artigo 1.037, § 13 (“Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá [...] I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau”).

Neste sentido o seguinte julgado da Corte:

AI 5021907-91.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 29/08/2019: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOBRESTAMENTO DO PROCESSO EM RAZÃO DE MATÉRIA AFETADA. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ARTIGO 1.015 DO CPC. REQUERIMENTO DE DISTINÇÃO NÃO APRESENTADO. ARTIGO 1.037, § 9º, DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O pronunciamento judicial que determina a suspensão do processo em razão da afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do artigo 1.037, inciso II, do CPC/2015, não está contemplado no rol taxativo das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento (artigo 1.015 daquele diploma legal). 2. Somente é cabível agravo de instrumento da decisão que resolver o requerimento de distinção a que alude o artigo 1.037, § 9º, do CPC/2015, o qual não foi deduzido pela parte interessada perante o juízo de primeira instância. 3. Agravo não conhecido."

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMA REPETITIVO. AFETAÇÃO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SOBRESTAMENTO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ARTIGO 1.015, CPC. PRÉVIO REQUERIMENTO DE PROSSEGUIMENTO. DEMONSTRAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE O REPETITIVO E A HIPÓTESE DOS AUTOS. NECESSIDADE. ARTIGO 1.037, § 13, CPC.

1. O agravo de instrumento foi interposto diretamente contra decisão que, diante de requerimento de redirecionamento da ação executiva fiscal, determinou o sobrestamento da ação por identidade da questão levantada com julgamento de recurso especial repetitivo, hipótese não prevista no rol do artigo 1.015, CPC, para possibilitar a interposição do agravo de instrumento.

2. Inexistindo prévio requerimento de prosseguimento do processo em primeiro grau, nos termos do artigo 1.037, §9º, CPC, com demonstração da "distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado", inviabiliza-se o conhecimento do agravo de instrumento, somente admissível depois de indeferido o pedido feito diretamente ao Juízo de origem, na forma do artigo 1.037, §13, CPC ("Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá [...] agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau").

3. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027481-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ACS INFORMATICA COMERCIO E MANUTENCAO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE ARCOLINI CASSUCCI DE LIMA - SP262975-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027481-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ACS INFORMATICA COMERCIO E MANUTENCAO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE ARCOLINI CASSUCCI DE LIMA - SP262975-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento ao indeferimento de liminar em tutela cautelar antecedente de sustação de protesto.

Alegou-se que: (1) houve o protesto de certidão de dívida ativa da União, apesar de pendente de aceitação o oferecimento de garantias hábeis a quitar o débito executado (execução fiscal 5004932-21.2018.403.610); (2) o protesto acarreta prejuízos, comprometendo diretamente o funcionamento da empresa; e (3) não se pode admitir que o protesto perdure até a apreciação das garantias ofertadas, não se podendo "atribuir a qualquer das partes, as mazelas e prejuízos ocasionados pela demora do judiciário".

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027481-61.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ACS INFORMATICA COMERCIO E MANUTENCAO LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELE ARCOLINI CASSUCCI DE LIMA - SP262975-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o protesto representa modalidade alternativa para cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e a persecução do crédito fiscal não é feita exclusivamente pela via executiva, sendo condizente com as inúmeras prerrogativas que o crédito tributário possui a permissão para que a Fazenda Pública se valha do meio mais eficiente para a satisfação de seus créditos, sem que constitua sanção política.

Neste sentido, a jurisprudência consolidada:

ADI 5.135, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJE 07/02/2018: "Direito tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 9.492/1997, art. 1º, parágrafo único. Inclusão das certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto. Constitucionalidade. 1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que incluiu as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material. 2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber; Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia ex nunc à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI. 3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada "sanção política" vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs. 3.1. Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício. 3.2. Em segundo lugar, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo. 4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (e.g., protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (e.g., créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade). 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política." (g.n.)

AINTARESP 1.214.231, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJE de 16/09/2019: "ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. PEDIDO DE CANCELAMENTO. ILEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROTESTO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PROTESTO EFETIVADO ANTES DA VIGÊNCIA DO PERMISSIVO LEGAL. I - Na origem, trata-se de ação de cancelamento de protesto de certidão de dívida ativa, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Na sentença, confirmou-se a decisão que antecipou os efeitos da tutela para cancelar o protesto. No Tribunal a quo a sentença foi reformada no julgamento da apelação. Nesta Corte deu-se provimento ao recurso especial do particular para cancelar o protesto. II - O recurso de agravo interno não merece provimento. O acórdão objeto do recurso especial contraria a jurisprudência desta Corte, firmada em recurso especial repetitivo, no sentido da legalidade da utilização do protesto de certidão de dívida ativa. Nesse sentido: REsp 1686659/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 11/03/2019. No repetitivo (TEMA 777) fixou-se a seguinte tese: "A Fazenda Pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012". III - Na hipótese dos autos, a CDA foi levada a protesto em 26.1.2012 (fl. 5). Todavia, a alteração legislativa que possibilitou o protesto de certidões de dívida ativa se efetivou com a Lei n. Lei n. 12.767/2012, publicada em 27 de dezembro de 2012, que alterou o parágrafo único do art. 1º da Lei do protesto (Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997). Verifica-se, então, que o protesto foi praticado quando não havia o permissivo legal autorizativo. IV - Correta, portanto, a decisão recorrida que determinou o cancelamento do protesto. V - Agravo interno improvido. (g.n.)

Por sua vez, encontra-se assente a jurisprudência da Turma no sentido de que pode ser viabilizada a expedição de certidão de regularidade, suspensão da inscrição do devedor no CADIN e a sustação de protesto da CDA, caso seja formalizada garantia idônea e suficiente em resguardo à pretensão executória.

A propósito, os seguintes precedentes da Turma:

AI 5015917-85.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, intimação via sistema 10/02/2020: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SEGURO GARANTIA. SUSPENSÃO DA INSCRIÇÃO NO CADIN E DO PROTESTO DO TÍTULO. TUTELA DE URGÊNCIA. ARTIGO 300 DO CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Afastada a ausência de fundamentação da decisão agravada. 2. Embora seja pacífica a orientação jurisprudencial quanto à inviabilidade de equiparação do seguro garantia ou da fiança bancária ao depósito judicial em dinheiro e integral para efeito de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (STJ, AgInt no TP 178/SP e REsp nº 1.156.668/DF), esta Corte Regional já decidiu sobre a possibilidade de antecipação da garantia nos autos de ação anulatória de débito fiscal, antes do ajuizamento da execução, visando à emissão de certidão de regularidade fiscal, à suspensão de eventual inscrição no CADIN e à sustação de protesto. Precedentes. 3. Na hipótese dos autos, o juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência do seguro garantia prestado, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito, para o fim de atribuição dos efeitos jurídicos almejados, sob pena de supressão de instância. 4. Reformada a decisão agravada para garantir ao contribuinte a suspensão de eventual inscrição no CADIN e protesto do título relativamente aos débitos discutidos, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016, a serem verificadas perante o juízo a quo. 5. Agravo parcialmente provido." (g.n.)

AI 5001592-08.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e - DJF3 de 31/07/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. GARANTIA DO DÉBITO. SEGURO GARANTIA. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE PROTESTO E INSCRIÇÃO NO CADIN. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1. A nomeação e a substituição dos bens penhorados constituem um dos privilégios da Fazenda Pública, mas a vontade do sujeito passivo será decisiva se o bem oferecido corresponder a depósito pecuniário, fiança bancária ou seguro garantia. 2. Com o advento da Lei nº 13.043/14, o seguro garantia foi incluído no rol das garantias elencadas no artigo 9º, da Lei de Execuções Fiscais, sendo também alterado o artigo 15, da Lei nº 6.803/80. 3. Por fim, o novo Código de Processo Civil conferiu o mesmo "status" e ordem de preferência à penhora de dinheiro, à fiança bancária e ao seguro garantia, nos termos do artigo 835, §2º. 4. Portanto, não há óbice à nomeação de seguro garantia para garantir a dívida, não podendo o referido débito ensejar o protesto e a inclusão do nome da autora no CADIN. Por outro lado, não há que se falar em suspensão da exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do CTN, que somente se aplica às hipóteses de depósito em dinheiro. Desta forma, referida garantia ficará à disposição do Juízo onde for proposta a ação de execução, independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, desde que atendidas as condições formais específicas, previstas na Portaria PGF nº 440/2016. 5. Agravo de instrumento provido." (g.n.)

No caso, a agravante informa ter oferecido em garantia do débito executado "penhora sobre o faturamento, e oferta de títulos" (ID 99744874, f. 4), porém o Juízo consignou que "a presente medida cautelar incidental tem como processo principal a Execução Fiscal n. 5004932-21.2018.403.6102, que objetiva a cobrança das CDAs ns. 80.7.17.042812-39, 80.6.17.119687-27, 80.2.17.059583-50 (objeto do protesto), 80.6.17.119688-08, 80.7.18.004818-80, 80.6.18.010454-31, 80.6.18.010484-57, 80.6.18.010485-38, 80.2.18.004562-50 e 80.6.18.010486-19, na qual não há pedido da executada, ora autora, relativo à oferta dos títulos do BESC para o pagamento da dívida, mas sim oferta de 3% de seu faturamento, em que a exequente requer a informação acerca do faturamento e se ele foi oferecido para pagamento de outras dívidas" (grifamos - ID 997446972, f. 8).

Como se verifica, não houve ainda formalização da garantia, de maneira idônea e integral, não estando, efetivamente, assegurados os débitos, pois pendente de providências a cargo da própria agravante, sobretudo quanto à existência de faturamento penhorável, disponibilidade e suficiência para a integral cobertura assecuratória do débito em discussão.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR. CDA. SUSTAÇÃO DE PROTESTO. GARANTIA IDÔNEA E SUFICIENTE.

1. O protesto representa modalidade alternativa para cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública e a persecução do crédito fiscal não é feita exclusivamente pela via executiva, sendo condizente com as inúmeras prerrogativas que o crédito tributário possui a permissão para que a Fazenda Pública se valha do meio mais eficiente para a satisfação de seus créditos, sem que constitua sanção política: constitucionalidade e legalidade da medida.
2. Encontra-se assente a jurisprudência da Turma no sentido de que pode ser viabilizada a expedição de certidão de regularidade, suspensão da inscrição do devedor no CADIN e a sustação de protesto da CDA, caso seja formalizada garantia idônea e suficiente em resguardo à pretensão executória.
3. No caso, a agravante informa ter oferecido em garantia do débito executado "penhora sobre o faturamento, e oferta de títulos", porém o Juízo consignou que "a presente medida cautelar incidental tem como processo principal a Execução Fiscal n. 5004932-21.2018.403.6102, que objetiva a cobrança das CDAs ns. 80.7.17.042812-39, 80.6.17.119687-27, 80.2.17.059583-50 (objeto do protesto), 80.6.17.119688-08, 80.7.18.004818-80, 80.6.18.010454-31, 80.6.18.010484-57, 80.6.18.010485-38, 80.2.18.004562-50 e 80.6.18.010486-19, na qual não há pedido da executada, ora autora, relativo à oferta dos títulos do BESC para o pagamento da dívida, mas sim oferta de 3% de seu faturamento, em que a exequente requer a informação acerca do faturamento e se ele foi oferecido para pagamento de outras dívidas".
4. Como se verifica, não houve ainda formalização da garantia, de maneira idônea e integral, não estando, efetivamente, assegurados os débitos, pois pendente de providências a cargo da própria agravante, sobretudo quanto à existência de faturamento penhorável, disponibilidade e suficiência para a integral cobertura securatória do débito em discussão.
5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000767-53.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADOS DALBEN LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A
APELADO: SUPERMERCADOS DALBEN LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000767-53.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADOS DALBEN LTDA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A
APELADO: SUPERMERCADOS DALBEN LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO FRONER MINATEL - SP210198-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Supermercados Dalben Ltda.**, em face do acórdão de id nº 486525523, assimmentado:

"PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. JUNTADA DE COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 9.430/96 E ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDOS. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO.

1. O atual Código de Processo Civil tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda e, como no caso dos autos se trata de mandado de segurança, no qual é certo que ausência da juntada da prova pré-constituída acarretaria no julgamento sem resolução do mérito, entende-se plenamente possível a juntada de tal documentação neste momento processual. De mais a mais, tal fato não acarreta nenhum prejuízo à defesa da administração pública.
2. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
4. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
5. O reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, o procedimento de compensação vigente era o disposto na Lei nº 9.430/96. Portanto, procede nesta parte o pleito da impetrante, em relação à norma aplicável à compensação, ressaltando-se a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, conforme delimitado adrede.
6. Reexame necessário e recurso de apelação interposto pelo contribuinte parcialmente providos; e, recurso de apelação da União desprovido."

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

- 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
- 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 153, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
- 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
- 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”*

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

- 1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 4. Agravo de instrumento provido.”*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Em razão do próprio acolhimento dos embargos de declaração opostos, mister se faz o reconhecimento de que não se configuraram como protelatórios, tomando-se indevida a alegação de litigância de má-fé.

Quanto à majoração dos honorários, por oportunidade do julgamento dos recursos interpostos pela União, melhor sorte não acompanha a embargada, haja vista que se trata de mandado de segurança e, portanto, incabível o arbitramento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0020728-17.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ABB LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0020728-17.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ABB LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pela União, em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do Delegado Especial Da Receita Federal De Administração Tributária (Derat) em São Paulo - SP.

O Juízo *a quo* declarou o direito da impetrante incluir, na base de cálculo do crédito atinente ao Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – REINTEGRA, o valor das vendas realizadas na Zona Franca de Manaus, relativos às operações realizadas entre 2.12.2011 e 31.12.2013 e a partir de 1º.10.2014, enquanto vigente tal benefício, de modo que a autoridade impetrada não crie óbices à transmissão/retificação ou recepção de PER/DCOMP, com a inclusão de tais créditos, devidamente atualizados pela taxa SELIC, desde a data do encerramento do trimestre-calendário correspondentes às vendas realizadas.

A União alega que a venda para a Zona Franca de Manaus, conforme prescreve o art. 4º do Decreto-lei nº 288/67, somente se equipara a uma exportação para os efeitos fiscais constantes da legislação então vigente, não se estendendo aos benefícios instituídos pela legislação superveniente, mormente porque a legislação que outorga isenções deve ser interpretada restritivamente, consoante orientação do art. 111 do CTN e do art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do E. Procurador Regional da República, Synval Tozzini, opinou pelo parcial provimento da remessa oficial e do recurso de apelação, para que a pretensão deduzida pela impetrante seja reconhecida, tão-só, desde 1º de outubro de 2014, enquanto vigorar o REGIME ESPECIAL DE REINTEGRAÇÃO DE VALORES TRIBUTÁRIOS PARA AS EMPRESAS EXPORTADORAS (REINTEGRA).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0020728-17.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ABB LTDA
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O REINTEGRA foi instituído pela Lei nº 12.546/11, conversão da MP nº 540/11, com o objetivo de ressarcir o exportador dos custos tributários federais, incidentes na cadeia de produção, mediante a formação de créditos, a partir da receita proveniente das exportações.

O regime teve vigência de dezembro de 2011 a dezembro de 2013, ganhando caráter de permanência com a edição da MP nº 651/14, convertida na Lei nº 13.043/14.

Por seu turno, a Zona Franca de Manaus teve sua criação na Lei nº 3.173/57, posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei 288/67. Para desenvolvê-la economicamente, equiparou-se a alienação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na região, à exportação, atribuindo-se-lhe os mesmos benefícios fiscais. Os arts. 40, 92 e 92-A do ADCT mantiveram e mantêm vigente a área de livre comércio, com prazo até o ano de 2.073.

Dadas as características legais conferidas à região, há de se reconhecer que as operações destinadas à Zona Franca de Manaus garantem aos alienantes o direito de crédito previsto no Regime de REINTEGRA, obedecendo-se à regra de equiparação. Ao contrário do alegado pela União Federal, esta regra não se restringiu à legislação então vigente quando da instituição da Zona Franca, já que o aperfeiçoamento econômico da área exige tratamento tributário diferenciado de longo prazo, absorvendo os benefícios fiscais supervenientemente concedidos às exportações.

Assim já se manifestou a E. Mir^a Carmen Lúcia no julgamento da ADIN n.º 310, onde ficou afastada a possibilidade de revogação da ordem jurídica que afasta a incidência do ICMS sobre operações destinadas à Zona Franca de Manaus (STF – Pleno / 19.02.2014):

“Assim, considerando-se não apenas os conceitos de permanência e de transitoriedade, mas também os conceitos de generalidade e de especificidade das normas constitucionais discutidas, não se há cogitar de incompatibilidade do regramento pré-constitucional referente aos incentivos fiscais conferidos à Zona Franca de Manaus com o sistema tributário nacional surgido com a Constituição de 1988, pelo que persiste vigente a equiparação procedida pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 288/1967, cujo propósito foi atrair a não incidência do imposto sobre circulação de mercadorias estipulada no art. 23, inc. II, § 7º, da Carta pretérita, desonerando, assim, a saída de mercadorias do território nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus.”

A jurisprudência pátria é assente em reconhecer que a venda de produtos para a Zona Franca de Manaus é equiparada à exportação para fins fiscais, veja-se:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Incentivos fiscais à Zona Franca de Manaus. Artigo 40 do ADCT. Imunidade. Recepção do elenco de incentivos. DL n.º 288/67. Equiparação. Alcance. Questão infraconstitucional.

1. O Plenário da Corte, nos autos da ADI n.º 310/AM, analisou o alcance do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e assentou que referida norma transitória permitiu a recepção do elenco pré-constitucional de incentivos à Zona Franca de Manaus, persistindo vigente a equiparação procedida pelo art. 4º do Decreto-lei n.º 288/1967.

2. As discussões relativas à equiparação prevista no art. 4º do Decreto-lei n.º 288/67, para fins da isenção concedida na venda de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, ensejam reinterpretação de normas infraconstitucionais, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

3. Agravo regimental não provido.”

(RE 826779 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-252 DIVULG 15-12-2015 PUBLIC 16-12-2015)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DE OFENSA A PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. REINTEGRA. ZONA FRANCA DE MANAUS. EXPORTAÇÃO. EQUIVALÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Não cabe recurso especial para análise de possível ofensa a preceitos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a venda de mercadorias para empresas estabelecidas na Zona Franca de Manaus equivale à venda efetivada para empresas estabelecidas no exterior, para efeitos fiscais, razão pela qual a contribuinte faz jus ao benefício instituído no Reintegra.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.”

(REsp 1688621/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - ZONA FRANCA DE MANAUS - PRESCRIÇÃO - REMESSA DE MERCADORIAS EQUIPARADA À EXPORTAÇÃO - CRÉDITO PRESUMIDO DO IPI - ISENÇÃO DO PIS E DA COFINS.

1. Descabe a esta Corte se pronunciar sobre violação de dispositivos constitucionais.

2. Deve ser afastada violação do art. 535 do CPC quando o recorrente não indica, com clareza e precisão, as teses sobre as quais o Tribunal de origem deixou de se pronunciar.

3. Aplicável a Súmula 282/STF quando não há prequestionamento das teses apresentadas no recurso especial.

4. A destinação de mercadorias para a Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, em termos de efeitos fiscais, segundo interpretação do Decreto-lei 288/67.

5. Direito da empresa ao crédito presumido do IPI, nos termos do art. 1º da Lei 9.363/96, e à isenção relativa às contribuições do PIS e da COFINS.

6. O Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na ADI MC 2348-9, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, havia suspenso a eficácia da expressão “na Zona Franca de Manaus”, contida no inciso I do § 2º do art. 14 da MP 2.037-24, de 23.11.2000, que revogara a isenção relativa à COFINS e ao PIS sobre receitas de vendas efetuadas na Zona Franca de Manaus. Ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo relator, com prejuízo da medida liminar deferida, porque não aditada a petição inicial após as sucessivas reedições da Medida Provisória 2.037/2000.

7. Entendimento do STJ inalterado em razão de ter sido excluída a expressão “na Zona Franca de Manaus” do texto do art. 14, § 2º, inciso I, nas reedições da MP 2.037/2000, acompanhando-se o entendimento do STF no julgamento da liminar na ADI MC 2348-9.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.”

(STJ - 2ª Turma, REsp 817777/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 12/09/2006, DJ em 26/10/2006)

Hodiernamente já decidiu essa E. Terceira Turma sobre o tema em debate nos presentes autos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO.

1. Pretende a impetrante seja computada a receita decorrente de vendas à Zona Franca de Manaus como receita de exportação ao exterior para fins de determinação dos valores relativos ao REINTEGRA, em respeito às determinações constantes no artigo 4º do Decreto-Lei n. 288/67 e artigo 40 do ADCT da CF/88.

2. A bem lançada sentença merece ser mantida em sua integralidade. Encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais, no sentido de que, no âmbito do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), instituído pela Lei 12.456/2001, a venda de mercadorias para empresas situadas na Zona Franca de Manaus equivale à exportação de produto brasileiro para o estrangeiro, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei 288/67, fazendo jus o contribuinte à compensação e aos benefícios fiscais de decorrentes.

3. Apelação e remessa oficial não providas.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 366625 - 0006819-76.2015.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 19/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017)

Nesta seara, conforme devidamente explicitado, o artigo 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias acabou por recepcionar a equiparação das operações com a Zona Franca de Manaus com as exportações. Emato contínuo, a jurisprudência dos tribunais, sob o enfoque infraconstitucional, tem reconhecido também aquela equiparação para fins fiscais.

Assim, por ser equiparada à exportação, às operações de venda realizadas com a Zona Franca de Manaus, devem se aplicar, por extensão, os benefícios concedidos à exportação, nos termos do quanto já delimitado nesse voto.

Insta salientar que as provas dos autos demonstram que a impetrante realiza operações de seus produtos com pessoas jurídicas situadas na Zona Franca de Manaus, o que acarreta no reconhecimento do direito pretendido aos créditos decorrentes do REINTEGRA unicamente para aquela área (Zona Franca de Manaus, pois equiparada à exportação).

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário e ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

RECURSO DE APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. REINTEGRA. ZONA FRANCA DE MANAUS. EQUIPARAÇÃO À EXPORTAÇÃO.

1. A Zona Franca de Manaus teve sua criação na Lei nº 3.173/57, posteriormente regulamentada pelo Decreto-Lei 288/67. Para desenvolvê-la economicamente, equiparou-se a alienação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na região, à exportação, atribuindo-se-lhe os mesmos benefícios fiscais. Os arts. 40, 92 e 92-A do ADC T mantiveram e mantêm vigente a área de livre comércio, com prazo até o ano de 2.073.
2. O REINTEGRA foi instituído pela Lei nº 12.546/11, conversão da MP nº 540/11, com o objetivo de ressarcir o exportador dos custos tributários federais, incidentes na cadeia de produção, mediante a formação de créditos, a partir da receita proveniente das exportações. O regime teve vigência de dezembro de 2011 a dezembro de 2013, ganhando caráter de permanência com a edição da MP nº 651/14, convertida na Lei nº 13.043/14.
3. A jurisprudência pátria é assente em reconhecer que a venda de produtos para a Zona Franca de Manaus é equiparada à exportação para fins fiscais.
4. As provas dos autos demonstram que a impetrante realiza operações de seus produtos com pessoas jurídicas situadas na Zona Franca de Manaus, sendo de rigor o reconhecimento do direito pretendido aos créditos decorrentes do REINTEGRA.
5. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001177-08.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO
Advogados do(a) APELANTE: FATIMA GONCALVES MOREIRA FECHIO - SP207022-A, MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
APELADO: BEBIDAS GRAGNANI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ELAINE PERPETUA SANCHES SILVA - SP131577-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001177-08.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO
Advogados do(a) APELANTE: FATIMA GONCALVES MOREIRA FECHIO - SP207022-A, MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
APELADO: BEBIDAS GRAGNANI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ELAINE PERPETUA SANCHES SILVA - SP131577-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Química da IV Região**, em face da sentença que julgou procedente ação anulatória cumulada com pedido de nulidade de multa, ajuizada por **Bebidas Gragnani Ltda.**

O MM. Juiz de primeiro grau, julgou procedente o feito, nos termos do artigo 487, I e II, do CPC, para determinar a anulação Auto de Infração nº 18.220-2015, e em consequência a multa interposta, bem como declarou a desnecessidade de filiação da parte autora no Conselho Regional de Química. O Conselho Regional de Química da IV Região foi condenado ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (valor da causa: R\$ 10.000,00 (dez mil reais)).

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que:

- a) no caso, a apelada é uma empresa responsável pela fabricação e comercialização de bebidas, cuja responsabilidade técnica só pode ser assumida por um profissional da área química que execute o controle de qualidade de seus produtos, que são repassados diretamente ao consumidor final;
- b) a legalidade da multa aplicada advém dos seguintes dispositivos legais: artigos 27 e 28 da Lei nº 2.800/56, artigos 325, 335 alínea c, e 341 da CLT, artigo 1º, incisos II, III e IV e art. 2º, incisos II, III e IV, alíneas "a" e "b" do Decreto nº 85.877/81, e, artigo 1º da Lei nº 6.839/80;
- c) a fabricação de bebidas, indubitavelmente, está relacionada com a atividade química, conforme restou comprovado de todas as provas produtivas nos autos.

Nas contrarrazões apresentadas, a apelada requer a manutenção da sentença, bem como a condenação do apelante aos honorários recursais. Em seguida, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA IV REGIÃO
Advogados do(a) APELANTE: FATIMA GONCALVES MOREIRA FECHIO - SP207022-A, MARCELO JOSE OLIVEIRA RODRIGUES - SP106872-A
APELADO: BEBIDAS GRAGNANI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ELAINE PERPETUA SANCHES SILVA - SP131577-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A Lei Federal nº 6.839/80 estabelece no seu art. 1º que, *in verbis*:

"O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros".

Interpretando o dispositivo em questão, percebe-se que a atividade básica desenvolvida na empresa é fator determinante para vincular o seu registro perante os Conselhos Profissionais, bem como para avaliar a contratação de profissional especializado em conformidade com a natureza de serviços por ela prestados.

No caso em apreço, verifica-se que o objeto social da empresa é a industrialização e a comercialização de gêneros alimentícios, bebidas alcoólicas e não alcoólicas (ID de nº 59129248, página 01). Assim, não há como exigir a obrigatoriedade de seu registro no Conselho Regional de Química, bem como a contratação de responsável técnico, porque a atividade básica desenvolvida não se insere no âmbito de competência do aludido Conselho.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes, que guardadas as especificidades aplicam-se ao presente caso. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO. INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. INEXIGIBILIDADE. 1. A atividade básica desenvolvida pela empresa é que determina a que Conselho Profissional deve ela se vincular (Lei 6.830/80, art. 1º). 2. A pretensão de se exigir pagamento de multa por inexistência de contratação de um profissional da área de química, por empresa do ramo de produção de alimentos, não encontra guarida no nosso ordenamento jurídico. Não há fundamentação legal para a exigência de contratação de profissional da área de química pelo simples fato de a empresa de laticínios não exercer atividades básicas inerentes à química. 3. Recurso especial improvido." (STJ, REsp 371797/SC, Primeira Turma, Relator Ministro José Delgado, Julgamento 26/03/2002, DJ 29/080).

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. ART. 1º DA LEI 6.839/80. ATIVIDADE BÁSICA. METALURGIA. REGISTRO NO CRQ IV/SP. NÃO OBRIGATORIEDADE. APELAÇÃO PROVIDA. 1. O fator determinante do registro em conselho profissional é a atividade principal exercida pelo estabelecimento. O art. 1º da Lei 6.839/80 prevê que as empresas estão obrigadas a inscrever-se nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, em razão da atividade básica exercida ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. 2. In casu, depreende-se que a empresa, ora apelante, explora a atividade básica de fabricação de máquinas e equipamentos para terraplenagem, pavimentação e construção, peças e acessórios, atuando no setor metalúrgico. 3. Nessa senda, considerando que a metalúrgica tem como atividade básica a produção dos artigos mencionados acima, aquela não tem obrigação legal de inscrever-se no Conselho Regional de Química, vez que embora na fase final ou mesmo intermediária de seu processo industrial possam os produtos por ela fabricados sofrerem algum tipo de tratamento físico-químico (galvanização, zincagem ou cromagem), este estágio da cadeia produtiva não desvirtua a atividade-fim da empresa, qual seja: a metalurgia. 4. Precedentes de Cortes Regionais. 5. Apelação provida". (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2183023 - 0015919-42.2011.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 17/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/05/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. REGISTRO DE EMPRESA - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS - NÃO OBRIGATORIEDADE. 1. Trata-se de embargos à execução de anuidades referentes aos anos de 2001 a 2005 cobradas pelo Conselho Regional de Química da 4ª Região - CRQ4. 2. Não colhe a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual. A competência da Justiça Estadual para processamento e julgamento de executivos fiscais (inclusive aqueles ajuizados por Conselhos de Classe) nas localidades que não possuem Varas Federais tem fundamento no disposto no artigo 109, § 3º, da CF, bem como no artigo 15, inciso I, da Lei nº 5.010/66. Precedente: STJ, Primeira Seção, Processo 200701219703, CC 86108, Des. Fed. Convocado Carlos Fernando Mathias, DJE em 05/05/08. 3. A empresa embargante tem como objeto social a indústria e comércio de bebidas. 4. Em sua motivação, ateu-se o MM. Juiz à circunstância de ter a própria embargante solicitado o registro de responsável técnico perante o CRQ, bem como que o seu pleito teria sido deferido pelo Conselho (58/59). Entendeu, ainda, o Magistrado, que em razão de não ter sido solicitada a baixa e/ou cancelamento deste registro, o pagamento das anuidades é de rigor. 5. Na presente hipótese, verifica-se que a atividade básica da embargante está relacionada à indústria e comércio de bebidas (especialmente vinhos). Reconhece a jurisprudência que o exercício de tais atividades não obriga a empresa a se registrar no CRQ, nem a manter profissional da área da química como responsável técnico pelo serviço, uma vez que na produção de seus produtos não ocorrem reações químicas. Precedentes: STJ, Primeira Turma, RESP 200400213733, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ em 01/10/07, página 213; TRF 1ª Região, Quinta Turma, AC 2000.01.99.119187-5/MG, Relator Des. Fed. João Batista Moreira, DJ em 29/04/02, página 479. 6. A questão de a empresa haver requerido seu registro junto ao Conselho mostra-se irrelevante, na medida em que a atividade básica por ela desenvolvida não a obriga a tanto. Precedentes: TRF 1ª Região - 8ª Turma, AC 200238000073204/MG, Rel. Des. Fed. Leomar Barros Amorim de Sousa, v.u., DJ 28-04-2006, p. 167; TRF 4ª Região, Terceira Turma, AC 200472030011577, Relator Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, DJ em 20/07/05, página 538. 7. Acolhimento dos embargos, com a inversão do ônus da sucumbência. 8. Preliminar de incompetência rejeitada. Apelação provida. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1257274 0048591-03.2007.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/12/2009).

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA-IV- REGIÃO. ATIVIDADE BÁSICA DA EMPRESA (ART. 1º DA LEI 6839/1980). DESOBRIGATORIEDADE DE REGISTRO E MANUTENÇÃO DE UM QUÍMICO NOS QUADROS DA EMPRESA (arts 334 e 335 da CLT). MULTA POR RESISTÊNCIA À FISCALIZAÇÃO. DESCABÍVEL. 1-O critério legal para a obrigatoriedade ou não de registro junto aos conselhos profissionais determina-se pela atividade básica da empresa, ou pela natureza da prestação de serviços a terceiros, a teor do artigo 1º da Lei nº 6.839/80. 2- Empresa cujo objeto social é: 'Serviços de lavanderia Industrial e Doméstica e Passandaria, Comércio Varejistas de Produtos de limpeza', não desenvolve atividade ligada à química, não estando sujeita ao registro no Conselho Regional de Química. 3- Descabível a multa imposta por resistência à fiscalização, porquanto, não restou devidamente configurada nos autos. 4- Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e ao recurso do Conselho Regional de Química, todavia, dou provimento ao recurso da impetrante, para cassar a multa por oposição à fiscalização que lhe foi aplicada." (TRF3 - AMS 0013520-50.2014.4.03.6100/SP, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, Quarta Turma, j. 19/04/2017. D.E. 19/05/2017).

Desse modo, a sentença deve ser mantida.

Com relação à majoração dos honorários advocatícios em grau recursal, o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, dispõe que:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Assim, à luz do disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC, devem ser majorados em 2% (dois por cento) os honorários fixados na sentença.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. OBJETO SOCIAL DA EMPRESA. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA. INEXIGIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1º DA LEI N.º 6.839/80. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A atividade básica desenvolvida na empresa é fator determinante para vincular o seu registro perante os Conselhos Profissionais, bem como para avaliar a contratação de profissional especializado em conformidade com a natureza de serviços por ela prestados.

2. No caso em apreço, verifica-se que o objeto social da empresa é a industrialização e a comercialização de gêneros alimentícios, bebidas alcoólicas e não alcoólicas (ID de n.º 59129248, página 01). Assim, não há como exigir a obrigatoriedade de seu registro no Conselho Regional de Química, bem como a contratação de responsável técnico, porque a atividade básica desenvolvida não se insere no âmbito de competência do aludido Conselho (Precedentes do STJ e deste Tribunal).

3. Majoração dos honorários advocatícios em 2% (dois por cento) do percentual fixado na sentença, nos termos do disposto nos §§ 2º e 11 do art. 85 do CPC.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011138-42.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: LUDMILA APARECIDA MARIANO DA COSTA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011138-42.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: LUDMILA APARECIDA MARIANO DA COSTA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo CRC/SP**, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Ludmila Aparecida Mariano da Costa**.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou extinta a execução fiscal, nos termos do art. 485, IV, c/c art. 803, I, ambos do Código de Processo Civil, por entender que os títulos executivos padecem de nulidade, visto que não apresentam como fundamento legal para cobrança das anuidades a Lei n.º 12.514/11.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

a) é legítima a cobrança das anuidades, pois os débitos foram fixados em conformidade com a Lei n.º 12.249/2010 que alterou a redação do artigo 21 do Decreto de n.º 9.295/46;

b) o Decreto de n.º 9.295/46 e a Lei n.º 12.249/2010 constam como fundamento legal das Certidões de Dívida Ativa.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011138-42.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: LUDMILA APARECIDA MARIANO DA COSTA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A **Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora)**: Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de n.º 90183261, páginas 2-6, posteriormente substituídas pelas CDA's de ID de n.º 90183273, páginas 1-5.

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. (MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar o princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn nº 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei nº 9.649/1998. Vejam-se: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (STF, Tribunal Pleno, ADIn nº 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido. (ARE 640937 Agr-segundo, I, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei nº 11.000/2004 houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES. 1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal. 2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes." (TRF3, AMS nº 0009092-74.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 15/12/2011, e-DJF3 12/01/2012).

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Assim, a cobrança de anuidades deve obedecer ao princípio da legalidade.

No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA. Veja-se:

"Art. 21. Os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de Contabilidade são obrigados ao pagamento da anuidade. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)
§ 1º O pagamento da anuidade será efetuado até 31 de Março de cada ano, devendo, no primeiro ano de exercício da profissão, realizar-se por ocasião de ser expedida a carteira profissional.
§ 2º As anuidades pagas após 31 de março serão acrescidas de multa, juros de mora e atualização monetária, nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)
§ 3º Na fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Contabilidade, serão observados os seguintes limites: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)
I - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), para pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)
II - R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), para pessoas jurídicas. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)
§ 4º Os valores fixados no § 3º deste artigo poderão ser corrigidos anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)"

Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária.

Nesse sentido, trago a colação precedentes desta C. Turma. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. COBRANÇA DE ANUIDADES. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabelece em seu Art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.
2. Com razão o embargante, uma vez que a decisão embargada deixou de observar o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que, recepcionado pela CF/88 com status de lei ordinária em razão da matéria e com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.
3. Verifica-se, portanto, que resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.
4. Estabelece o art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".
5. A anuidade cobrada do contador em 2015, ano do ajuizamento da execução fiscal, era de R\$472,00, de forma que o valor da dívida cobrada (R\$2.492,48) supera o equivalente a 4 anuidades vigentes quando do protocolo da inicial.
6. Embargos de declaração acolhidos para dar provimento à apelação, determinando-se o regular prosseguimento da execução. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2314114 - 0001271-46.2015.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 03/07/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2019)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. APELAÇÃO PROVIDA.

- 1 - O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.717/DF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98.
- 2- Além disso, a Suprema Corte, em repercussão geral, no julgamento do RE 704292, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".
- 3- Com relação ao Conselho de Contabilidade, a Lei nº 12.249/2010, que deu nova redação ao Decreto-Lei nº 9.245/46, regularizou a questão acerca da fixação ou majoração dos valores exigidos a título de anuidades devidas. Dessa forma, resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.

(...)
6 - Apelação provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001499-90.2015.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONÇALVES MAIA JUNIOR, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019)

No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (seja as CDA's de ID de nº 90183261, páginas 2-6 - seja as de ID de nº 90183273, páginas 1-5), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DECRETO-LEI Nº 9.295/46, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 12.249/2010. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de n.º 90183261, páginas 2-6, posteriormente substituídas pelas CDA's de ID de n.º 90183273, páginas 1-5.
2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.
5. Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária (precedentes deste E. Tribunal).
6. No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (seja as CDA's de ID de n.º 90183261, páginas 2-6 - seja as de ID de n.º 90183273, páginas 1-5), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.
7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025628-29.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DIGITRON SERVICOS DE DIGITACAO SOCIEDADE SIMPLES - ME
Advogado do(a) APELADO: RITA DE CASSIA MORETO - SP155517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025628-29.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DIGITRON SERVICOS DE DIGITACAO SOCIEDADE SIMPLES - ME
Advogado do(a) APELADO: RITA DE CASSIA MORETO - SP155517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União (Id 123783485, p. 1-4), em face do acórdão (Id 122610422, p. 7-8) assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE IMPOSTO E CONTRIBUIÇÕES DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES. ENQUADRAMENTO RETROATIVO. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO SRF 16/2002. POSSIBILIDADE. BOA-FÉ OBJETIVA. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a autora obter a declaração de opção ao Sistema Simples Nacional, com efeitos retroativos ao período entre 09/1998 a 04/2004, com a consequente desconstituição dos débitos cobrados por meio da Execução Fiscal nº 2005.61.82.0244672, bem como das multas referentes às DCTF's do período entre 09/1998 a 04/2004, tornando indevida a exigência dos PIS, COFINS, IRPJ e CSSL, entre 2001 e 04/2004, e do ISS, de 09/98 a 04/2004.

2. Na inicial (Id 90211576, p. 2-40), a autora alega, em síntese, que, orientada por seu contador, aderiu ao regime SIMPLES no momento da abertura da empresa, efetuando regularmente o recolhimento dos tributos em DARF's, nos termos da Lei nº 9.317/96, durante todo o período (09.1998 a 04.2004), sem nenhuma objeção da União.

3. Porém, no ano de 2004, seu novo Contador verificou que a adesão ao SIMPLES não havia sido efetivamente protocolada, o que acarretou diferenças do IRPJ, COFINS, PIS e CSSL do exercício de 1999, apuração de 2000, além de outras cobranças que ainda virão em razão do erro cometido pelo antigo Contador.

4. Aduz que se enquadra nos termos da Lei nº 9.317/96 desde a abertura da empresa, pois é microempresa que presta serviços de digitação e correlatos, sendo que, antes de 2004, atuava na prestação de serviços de manutenção de máquinas e serviços correlatos. Alega que a falta de formalização do ato de adesão ao SIMPLES, por erro do antigo contador, não pode privá-la do direito de se enquadrar no referido sistema simplificado, uma vez que sempre recolheu pontualmente os tributos.

5. A autora trouxe aos autos o contrato social original (Id 90211702, p. 53-56), demonstrando que o primeiro objeto de sua constituição, em 16.07.1998, sob a denominação de "Adel Salomão Moldagem de Peças S/C Ltda. - ME, posteriormente alterada para "Adel Salomão Moldagem de Peças Sociedade Simples-ME" (Id 90211573, p. 39-44) cujo objeto era "prestação de serviços de moldagem de peças e serviços correlatos".

6. Posteriormente, com as alterações realizadas em 16.09.2004, a denominação da autora passou a ser “Digitron Serviços de Digitação Sociedade Simples – ME”, cujo objeto é “digitação e serviços correlatos” (Id 90211573, p. 45-46).

7. Todas essas atividades, tanto a moldagem de peças como a digitação, não se enquadram no dispositivo legal proibitivo de inclusão no SIMPLES, nos termos do art. 9º, XIII, da Lei nº 9.317/96. 8. Conforme dispõe o Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 16/2002, que regula a possibilidade de retificação de ofício da opção pelo SIMPLES por parte da autoridade fiscal nos casos de erro de fato, desde que seja possível identificar a intenção inequívoca de o contribuinte aderir ao SIMPLES.

9. Nos termos da referida norma, comprovada a ocorrência de erro de fato, a autoridade fiscal pode retificar tanto o Termo de Opção (TO) quanto a inclusão no SIMPLES de pessoas jurídicas inscritas no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), desde que preenchidas as seguintes condições: os pagamentos mensais por intermédio do DARF-SIMPLES e a apresentação da Declaração Anual Simplificada.

10. Na espécie, embora a empresa apelada não tenha sido formalmente incluída no SIMPLES por erro do contador, é inequívoco que desde sua constituição, em 09.1998, pagou pontualmente todos os recolhimentos mensais unificados de impostos e contribuições por DARF-SIMPLES de 30.09.1998 a 30.04.2004 (Id 90211576, p. 53-120) e apresentou a Declaração Anual Simplificada dos anos-calendário de 1998 a 2003 (Id 90211576, p. 121-126), comprovando a boa-fé da apelada e sua manifestação inequívoca de aderir ao programa.

11. Assim, estão preenchidos os requisitos legais para obter a declaração de opção ao Sistema Simples Nacional, com efeitos retroativos ao período entre 09/1998 a 04/2004, uma vez que os débitos inscritos em Dívida Ativa da União referem-se à desconsideração dos pagamentos e declarações realizados pela apelante, tendo como base o sistema simplificado, como decidiu a sentença.

12. Remessa Necessária e Apelação desprovidas.”

A União alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que (Id 123783485, p. 1-4), em relação à verba honorária, não restou apreciado nos autos o princípio da causalidade, pois a União não foi a responsável pela instauração indevida do processo, na medida em que a própria apelada confessa erro por parte da atuação de seu contador, que não protocolou seu pedido de opção pelo regime do Simples.

A embargada apresentou manifestação (Id 126052433, p. 1-2).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0025628-29.2005.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DIGITRON SERVICOS DE DIGITACAO SOCIEDADE SIMPLES - ME
Advogado do(a) APELADO: RITA DE CASSIA MORETO - SP155517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Os embargos de declaração não merecem prosperar.

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta Turma.

Pela leitura da peça recursal, depreende-se o mero inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, visto que os declaratórios devem apontar, precisamente, os pontos da decisão que precisam ser integrados, o que não foi observado no caso em comento.

O acórdão negou provimento à remessa necessária e à apelação, mantendo a sentença (Id 90211705, p. 21) que declarou a opção retroativa da ora embargada ao SIMPLES, e desconstituiu os créditos tributários discutidos, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, atualizado (RS 2.000,00 – dois mil reais - Id 90211576, p. 40).

De fato, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Por fim, divergindo a embargante do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 1022 do Código de Processo Civil.
2. *In casu*, o acórdão negou provimento à remessa necessária e à apelação, mantendo a sentença (Id 90211705, p. 21) que declarou a opção retroativa da ora embargada ao SIMPLES, e desconstituiu os créditos tributários discutidos, condenando a União ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, atualizado (R\$ 2.000,00 – dois mil reais - Id 90211576, p. 40).
3. Depreende-se o mero inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, visto que os declaratórios devem apontar, precisamente, os pontos da decisão que precisam ser integrados, o que não foi observado no caso em comento.
4. O que se percebe é o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002728-44.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SIMONE CAMPETTI BASTIAN - SP269300-A, JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002728-44.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SIMONE CAMPETTI BASTIAN - SP269300-A, JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Ingredion Brasil Ingredientes Industriais Ltda.**, em face do acórdão de id nº 8699666, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO PREMATURA DO ART. 496, § 4º, II, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, o artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09 torna-se dispositivo plenamente aplicável nos julgamentos em detrimento da Administração Pública, em sede de mandado de segurança.

2. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

4. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior

5. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.”

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a União propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002728-44.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INGREDION BRASIL INGREDIENTES INDUSTRIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SIMONE CAMPETTI BASTIAN - SP269300-A, JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018128-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO BARAO DE ANDRADINALTDA
Advogados do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S, MICHELLE INOUE - SP339295-A
APELADO: INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018128-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO BARAO DE ANDRADINALTDA
Advogados do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S, MICHELLE INOUE - SP339295-A
APELADO: INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Auto Posto Barão de Andradina Ltda.** em face do acórdão assentado (ID 106089808 - Pág. 67-76):

“ADMINISTRATIVO. IPEM/SP. BOMBA MEDIDORA DE COMBUSTÍVEL. PLANO DE SELAGEM DO BLOCO MEDIDOR DESLACRADO. AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. PORTARIA INMETRO Nº 23/1985. LEI 9.933/99. MULTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de ação ajuizada em face do Instituto de Pesos e Medidas do Estado de São Paulo – IPEM/SP, em que a autora busca a anulação do Auto de Infração nº 1553913, lavrado em decorrência da constatação de irregularidades na bomba de combustível de marca Wayne, que apresentava o plano de selagem do bloco medidor irregular (deslacrado), permitindo acesso aos dispositivos de regulagem. 2. O item 13.2 da Portaria INMETRO nº 23/1985, em vigor à época dos fatos, estabelecia que todos os pontos previstos no plano de selagem das bombas medidoras deveriam permanecer lacrados. 3. O agente fiscalizador, então, verificou que uma delas apresentava o plano de selagem do bloco medidor irregular (deslacrado), o que ensejou a imposição de pena de multa, com fundamento no artigo 5º da Lei nº 9.933/99. 4. No caso sub judice, a bomba de combustível somente foi liberada após ensaios metrológicos e nova selagem, não sendo possível à parte autora se eximir da aplicação da multa com base nessa constatação, pois a existência de instrumento deslacrado, posto à disposição dos consumidores, já configura infração administrativa, independentemente de ter havido ou não efetivo prejuízo à coletividade. 5. Registre-se que para a mensuração da multa, deve-se considerar, além da gravidade da infração, também a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes, bem como o prejuízo causado ao consumidor. In casu, a penalidade foi aplicada no valor de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), montante este fixado com razoabilidade e proporcionalidade, considerando os limites mínimo e máximo definidos no artigo 9º, 1, da Lei nº 9.933/99, em sua redação original, para as infrações leves. 6. A legislação não impõe uma gradação entre as penas, de sorte que, embora o artigo 8º da Lei nº 9.933/99 traga o rol das penalidades de forma sucessiva, as sanções ali previstas são autônomas, a demonstrar que a intenção do legislador não foi, de forma alguma, condicionar a imposição da multa à prévia advertência. 7. O auto de infração é dotado de fé pública e presunção relativa de legitimidade e veracidade, o que significa que as informações e conclusões que contenha somente podem ser afastadas se houver prova em contrário. Precedentes. 8. Apelação desprovida”.

Alega a embargante que o acórdão foi omissivo em relação à inexistência de circunstâncias agravantes que permitam a fixação da multa no valor de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), quando o menor valor previsto na Lei nº 9.933/1999 é de R\$ 100,00 (cem reais), e tampouco se manifestou expressamente sobre a possibilidade de aplicação da pena de advertência. Aduz, ainda, que o auto de infração não especificou qual plano de selagem encontrava-se supostamente violado, de sorte que, não existindo clara indicação do local, a autuação deve ser anulada.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018128-62.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO BARAO DE ANDRADINALTDA
Advogados do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S, MICHELLE INOUE - SP339295-A
APELADO: INSTITUTO DE PESOS E MEDIDAS DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELADO: HELENA CARINA MAZOLA RODRIGUES - SP254719-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

Os seguintes trechos do julgado comprovam apreciação, por esta Turma, de todos os temas trazidos, sob a alegação de omissão, nos declaratórios. Confira-se:

“Por sua vez, o item 13.2 da Portaria INMETRO nº 23/1985, em vigor à época dos fatos, estabelecia que todos os pontos previstos no plano de selagem das bombas medidoras deveriam permanecer lacrados. No caso em apreço, todavia, o agente fiscalizador verificou que uma delas apresentava o plano de selagem do bloco medidor irregular (deslacrado), o que ensejou a imposição de pena de multa, com fundamento no artigo 5º da Lei nº 9.933/99 (...). Note-se que a autuação, diferentemente do alegado pela autora, apresenta a descrição exata da infração, bem como o dispositivo normativo infringido, de modo a se reconhecer a validade/legalidade do auto de infração (...). Registre-se que para a mensuração da multa, deve-se considerar, além da gravidade da infração, também a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes, bem como o prejuízo causado ao consumidor. No caso sub judice, a penalidade foi aplicada no valor de R\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos reais), montante este fixado com razoabilidade e proporcionalidade, considerando os limites mínimo e máximo definidos no artigo 90, I, da Lei nº 9.933/99, em sua redação original, para as infrações leves. Aliás, a legislação não impõe uma gradação entre as penas, de sorte que, embora o artigo 8º da Lei no 9.933/99 traga o rol das penalidades de forma sucessiva, as sanções ali previstas são autônomas, a demonstrar que a intenção do legislador não foi, de forma alguma, condicionar a imposição da multa à prévia advertência”. (ID 106089808 - Pág. 70-71).

Logo, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. O que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008490-26.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RODOFORTS.A.
Advogado do(a) APELADO: ISAILDO PIRES DE CALDAS - SP366891-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009982-95.2018.4.03.6112
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LRCF - LOGISTICA E TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSELITO FERREIRA DA SILVA - SP124937-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013680-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: HOSPITAL DE OLHOS ALTA PAULISTA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO HENRIQUE SCALABRINI - SP156496
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013680-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: HOSPITAL DE OLHOS ALTA PAULISTA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO HENRIQUE SCALABRINI - SP156496
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hospital de Olhos Alta Paulista LTDA, contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença (autos nº 0000752-55.2016.4.03.6122) fixou honorários advocatícios em seu desfavor.

Narra a exequente, ora agravante, que restou vencedora na fase cognitiva da referida ação de repetição de indébito, e que, iniciada a fase executória, apresentou cálculos equivocados.

A firma que, após a impugnação da União Federal no sentido do excesso de execução, procedeu ao pedido de homologação dos cálculos apresentados pelo ente público. Argumenta que não houve resistência de sua parte, motivo pelo qual requer a aplicação do art. 90, §4º, do atual Código de Processo Civil.

Com contraminuta, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013680-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: HOSPITAL DE OLHOS ALTA PAULISTA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO HENRIQUE SCALABRINI - SP156496
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Estabelece o art. 90, §4º, do atual Código Processo Civil:

Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

(...)

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido da inaplicabilidade da norma do art. 90, §4º do código processualista aos casos de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública. *Verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS PELA METADE EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NÃO IMPUGNADO. ART. 90, § 4º, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE NORMA ESPECÍFICA. ART. 85, § 7º, DO CPC/2015. NORMA INCOMPATÍVEL COM A SISTEMÁTICA DOS PRECATÓRIOS. INCIDÊNCIA DE HONORÁRIOS. RECURSO REPETITIVO. TEMA 973. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a previsão do § 4º do art. 90 do CPC/2015 se aplica aos cumprimentos de sentença não impugnados, total ou parcialmente, pela Fazenda Pública.

2. Da análise sistemática do diploma legal, verifica-se não haver espaço para a incidência da norma em comento no cumprimento de sentença, pois a aplicação de dispositivos legais relativos ao procedimento comum nos procedimentos especiais e no processo de execução é expressamente subsidiária, nos termos do parágrafo único do art. 318 do Código de Ritos.

3. Com relação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, há previsão específica de isenção de honorários em caso de ausência de impugnação, qual seja, o § 7º do art. 85 do CPC/2015. Portanto, o próprio Código de Processo Civil rege a hipótese de ausência de impugnação, não havendo de se cogitar a aplicação de outra disposição normativa de forma subsidiária.

4. Por outro lado, deve-se ressaltar que a previsão legal é incompatível com o procedimento de execução ao qual está sujeita a Fazenda Pública, por não haver possibilidade de adimplemento simultâneo da dívida reconhecida, ante a necessidade de expedição de precatório ou requisição de pequeno valor.

5. Não assiste razão à autarquia recorrente em pretender obter o mesmo benefício dos particulares. Primeiro, porque os entes públicos já possuem prerrogativas constitucionais e legais que os colocam em situação favorável em relação aos particulares. Segundo, porque o art. 90, § 4º, do CPC/2015 não se aplica ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa, tendo em vista a existência de norma específica que isenta o executado do pagamento de honorários, em caso de pagamento voluntário do débito no prazo legal de 15 (quinze) dias (art. 523, caput e § 1º, do CPC/2015).

6. Impende ainda destacar que a Corte Especial, no julgamento do REsp 1.648.238/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos, estabeleceu que o art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1691843/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020)

Pelo mesmo entendimento, já decidiu esta E. Turma:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RESISTÊNCIA À PRETENSÃO DA PARTE AUTORA. BENEFÍCIO PREVISTO NO ART. 90, §4º, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. Cinge-se a discussão acerca (i) da possibilidade de condenação da União ao pagamento de honorários sucumbenciais ou, subsidiariamente, (ii) do cabimento de sua redução pela metade, em virtude do alegado reconhecimento do pedido.

2. No curso da presente demanda, restou apurado pela Superintendência Regional da Receita Federal/7ª RF que os fatos que ensejaram a constituição do débito consubstanciado na CDA nº 70.1.11018538-51 eram inconsistentes, o que ocasionou o correspondente cancelamento administrativo.

3. Conquanto a apelante tenha alegado que a "administração fazendária federal se utiliza de um sistema informatizado de dados para controle de suas receitas, de maneira que qualquer omissão ou divergência de dados no processamento das declarações de rendimentos pode gerar erros quanto a existência ou não do crédito tributário", tal fundamento não se afigura idôneo para afastar sua responsabilidade no que tange à propositura da presente ação anulatória. Entendo, portanto, que a União é sim responsável pelo ajuizamento indevido, ficando obrigada, pelo princípio da causalidade, a reparar o prejuízo causado ao autor, ora apelado, na medida em que esta teve despesas para se defender.

4. Estabelece o art. 90, §4º, do CPC que "se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade".

5. Nada obstante, contrapondo-se ao pleito formulado pela parte autora, inaplicáveis as disposições constantes do art. 90, §4º, do CPC, cuja ratio repousa na diminuição da litigiosidade, bem como na célere solução do conflito e consequente efetivação do direito vindicado, o que não configura a hipótese dos autos.

6. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000031-69.2016.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/03/2020)

No caso dos autos, a impossibilidade de incidência do referido dispositivo legal é ainda mais evidente. Isto porque a norma veicula benefício expressamente direcionado ao réu, ou seja, ao executado por ocasião de cumprimento de sentença.

Incabível, portanto, a redução da verba honorária, por tais fundamentos, pela exequente, que figura no polo ativo da demanda.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. IMPUGNAÇÃO DO ENTE PÚBLICO ACOLHIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 90, §4º, DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICÁVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. A questão posta nos autos diz respeito à fixação de honorários advocatícios em cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu no sentido da inaplicabilidade da norma do art. 90, §4º do código processualista, a qual prevê redução pela metade da verba honorária quando houver reconhecimento do pedido pelo réu e imediato cumprimento da prestação, aos casos de cumprimento de sentença contra Fazenda Pública. Precedente: *REsp 1691843/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 17/02/2020*.

3. No caso dos autos, a impossibilidade de incidência do referido dispositivo legal é ainda mais evidente. Isto porque a norma veicula benefício expressamente direcionado ao réu, ou seja, ao executado por ocasião de cumprimento de sentença. Incabível, portanto, a redução da verba honorária, por tais fundamentos, pela exequente.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017718-02.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: VUL ADMINISTRADORA E INCORPORADORA LTDA

Advogado do(a) AGRAVADO: PAULO ROBERTO SATIN - SP94832-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que, em sede de Mandado de Segurança, deferiu a liminar pleiteada para postergar o recolhimento das parcelas referentes ao parcelamento da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, relativas às competências março e abril de 2020, para os prazos de vencimento dessas contribuições devidas nas competências julho e setembro de 2020, respectivamente.

Alega a União que a decisão agravada viola o princípio da separação dos poderes bem como pode trazer sérios prejuízos ao Estado.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório.

Decido.

A questão cinge-se sobre a possibilidade de postergação do pagamento de tributos federais durante a crise provocada pelo COVID-19.

Independente da gravidade da situação instalada ou da opinião deste magistrado sobre a necessidade de medidas regulatórias para amenizar os danos provocados pela pandemia, no âmbito deste processo limita-se a discussão sobre a legalidade ou não da cobrança do crédito tributário na data do vencimento.

Corroborando a adequada divisão dos Poderes, algumas medidas já foram editadas para regulamentar tributos específicos, como o diferimento do pagamento de FGTS (Medida Provisória nº 927/2020), do SIMPLES Nacional (Resolução CGSN nº 152/2020), da contribuição previdenciária patronal, da COFINS e da contribuição ao PIS/PASEP (Portaria do Ministério da Economia nº 139/2020).

Saliente-se que, na forma da jurisprudência dominante do STJ, "a suspensão da exigibilidade do crédito tributário reclama, na forma do disposto no artigo 141, CTN, a observância das hipóteses previstas no artigo 151 do mesmo diploma legal", sendo certo que, "a teor do art. 97, VI, a suspensão do crédito tributário sujeita-se ao princípio da legalidade estrita" (STJ, REsp 219.651/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJU de 06/11/2000), bem como "interpreta-se literalmente a legislação que dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 111, I, do CTN)" (STJ, AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/08/2009).

Os instrumentos adequados às situações de calamidade pública são: a moratória, prevista no artigo 152 e seguintes do CTN, para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; e, nos termos do artigo 66 da Lei nº 7450/85, postergação de vencimento por norma infralegal.

Seguem referidos artigos:

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refere;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior:

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos:

I - o prazo de duração do favor;

II - as condições da concessão do favor em caráter individual;

III - sendo caso:

a) os tributos a que se aplica;

b) o número de prestações e seus vencimentos, dentro do prazo a que se refere o inciso I, podendo atribuir a fixação de uns e de outros à autoridade administrativa, para cada caso de concessão em caráter individual;

c) as garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiado no caso de concessão em caráter individual.

Art 66 - Fica atribuída competência ao Ministro da Fazenda para fixar prazos de pagamento de receitas federais compulsórias.

Não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de se malferir o ditame constitucional da separação dos poderes, criar políticas públicas e resolver a situação das empresas caso a caso conforme a necessidade, crise ou força maior, por mais grave que seja a situação do contribuinte; sendo legal e constitucional a cobrança, não se deve obstá-la.

Esse é o entendimento do e. STF, sendo-lhe pacífica a Jurisprudência "no sentido de ser impossível ao Poder Judiciário, por não possuir função legislativa típica, conceder benefício fiscal sem amparo legal, ao fundamento de concretização do princípio da isonomia" (RE 949278 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 26/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 22-09-2016 PUBLIC 23-09-2016).

Nesse sentido é a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege" ("Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, SP, p. 601).

No caso, não há qualquer ilegalidade na cobrança do crédito fazendário.

Por fim, observo que a portaria nº 12/2012 do Ministério da Fazenda não possui aplicação imediata, conforme preceitua seu artigo 3º: "A RFB e a PGFN expedirão, nos limites de suas competências, os atos necessários para a implementação do disposto nesta Portaria, inclusive a definição dos municípios a que se refere o art. 1º".

A interpretação sistemática da supracitada norma infralegal também consigna sua eficácia limitada, posto que imprudente considerar desnecessárias a Medida Provisória nº 927/2020, a Resolução CGSN nº 152/2020 e a Portaria do Ministério da Economia nº 139/2020; muito mais razoável concluir que estas disciplinaram aquela.

Pelo exposto, defiro o efeito suspensivo.

Comunique-se o Juízo de origem

Intime-se a agravada para contraminuta.

Após, ao MPF.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006557-92.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CARLOS JOSE RIBEIRO DO VAL
Advogado do(a) AGRAVADO: IRIO JOSE DA SILVA - SP148683-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, determinou o cancelamento de registro de penhora incidente sobre imóvel, afastando, desta forma a alegação de fraude à execução.

Nas razões recursais, alegou a agravante UNIÃO FEDERAL que a exclusão do corresponsável Carlos José Ribeiro do Val do polo passivo da execução fiscal é objeto do Agravo de Instrumento nº 5002913-15.2018.4.03.0000, pendente de apreciação.

Destacou o disposto nos artigos 185, 186 e 187, CTN.

Sustentou que "a adjudicação declarada pelo banco ocorreu em 26/07/2000, em patente fraude à execução fiscal".

Afirmou que, "ao tempo da adjudicação, não só havia execução fiscal ajuizada em face dos executados, como também penhora dos imóveis adjudicados, e seu registro nas referidas matrículas".

Requeru, nesse passo, "seja a adjudicação dos bens pela instituição financeira declarada ineficaz, uma vez realizada em patente fraude à execução fiscal, prosseguindo-se os atos exccussórios com relação aos imóveis de matrículas 2237 e 7555".

Afirmou que "o Ilustre Magistrado de primeiro grau determinou o levantamento da penhora dos imóveis (decisão de fl. 1461 dos autos originários), o que está sendo objeto deste agravo de instrumento".

Requeru a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do presente agravo.

Decido.

Neste sumário exame cognitivo, não vislumbro relevância na argumentação expendida nas razões aventadas na minuta recursal, porquanto indeferida também a tutela recursal nos autos do Agravo de Instrumento nº 5002913-15.2018.4.03.0000.

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

Intimem-se, também o agravado CARLOS JOSE RIBEIRO DO VAL para contraminuta.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007203-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BAHAMAS (B 52) MODAS LTDA - EPP, CONFIDENCIA FASHION MODAS LTDA - EPP, ROBINSON 44 MODAS LTDA, CESSNA 206 MODAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SANDO VAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A, MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
Advogados do(a) APELADO: SANDO VAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A, MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
Advogados do(a) APELADO: SANDO VAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A, MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
Advogados do(a) APELADO: SANDO VAL VIEIRA DA SILVA - SP225522-A, MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para que apresente resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002093-60.2017.4.03.6000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DISMART DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE HIGIENE LTDA
Advogados do(a) APELADO: FELIPE TOMEZO NUKARIYA - MS23463-A, CARLOS HENRIQUE SANTANA - MS11705-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para que apresente resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000805-71.2018.4.03.6124
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: R. L. DE OLIVEIRA VIDROS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO RODRIGUES MARINO - SP300393-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011888-44.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: G V S DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANIELA COSTA ZANOTTA - SP167400-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002833-63.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE MOLAS SANTA FE LTDA.
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO HENRIQUE ULIAN - SP305023-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Intime-se a embargada para que apresente resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000644-38.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAQTIVA INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: LEANDRO FERREIRA DA SILVA - SP149076, CESAR FRANCISCO DE OLIVEIRA - SP154836-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003995-80.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARIVILLE COMERCIO DE CALCADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: CANDIDO PORTO MENDES - SP123930-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003396-43.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WERFEN MEDICAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARIA RITA FERRAGUT - SP128779-A, JULIANA DE SAMPAIO LEMOS - SP146959-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003887-15.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUCIANO LACERDA PASSIANOTTO, FLAVIO LACERDA PASSIANOTTO
Advogados do(a) APELADO: PATRICIA YOSHIKO TOMOTO - SP183929-A, KARLA FABRICIO DE GODOY - SP185496-A
Advogados do(a) APELADO: PATRICIA YOSHIKO TOMOTO - SP183929-A, KARLA FABRICIO DE GODOY - SP185496-A
OUTROS PARTICIPANTES:
SUCEDIDO: WANDERLEY FREITAS PASSIANOTTO

ADVOGADO do(a) SUCEDIDO: PATRICIA YOSHIKO TOMOTO

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010088-93.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BARBI DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: CESAR LOPEZ MASPES - SP375455-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009842-93.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
AGRAVADO: MASTER SAUDE ASSISTENCIA MEDICA LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE ARNAUT DE ARAUJO - SP127680-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo r. Juízo *a quo*.

Não identificado *periculum in mora* imediato, intime-se a agravada para contraminuta previamente ao exame do mérito.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005330-72.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: JOAO APARECIDO MARTINS, NELSON TALON
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005330-72.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: JOAO APARECIDO MARTINS, NELSON TALON
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONHECIMENTO – PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS.

1. A assistência judiciária é garantia constitucional, prevista no art. 5.º, LXXIV, da Magna Carta, na qual se confere o dever do Estado de proporcionar a o acesso ao Judiciário todos, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos. O indeferimento do pedido, previsto no art. 5º, Lei nº 1.060/50, manteve-se vigente com o novo Código de Processo Civil.

2. Não dispõe a declaração de imposto de renda apresentada do condão da comprovar a hipossuficiência alegada, seja porque nela existe patrimônio declarado, seja porque não representa o momento atual, no qual é pleiteado o benefício em questão, refletindo tão somente sua situação financeira em 2010.

3. Precedentes do C. STJ.

Alega o embargante JOÃO APARECIDO MARTINS E NELSON TALON a existência de omissão e contradição na decisão embargada.

Afirma que há omissão “em relação a tese do agravante que se funda na determinação legal contida no § 2º do art. 99, do CPC”, que estabelece que “antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos” e que “o r. acórdão ignorou os documentos comprobatórios da miserabilidade dos agravantes”.

Sustenta que há contradição quando se “nega pedido de Justiça Gratuita formulado pelo embargante em 2017, lastreado negativa em Declaração de Imposto de Renda Ano-Calendarário 2010 [ID 575037 e 575038]” e que “a contradição decorre da absurda hipótese de que os valores recebidos pelos embargantes em decorrência da ação trabalhista em 2010 se mantiveram intactos até 2017, sem fazer o imprescindível cotejo das condições econômico-financeiras com as despesas correntes utilizadas para preservar o sustento próprio e o da família”.

Pugna pelo acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos infringentes.

Intimada, a embargada UNIÃO FEDERAL apresentou resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005330-72.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: JOAO APARECIDO MARTINS, NELSON TALON
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: NELSON LUIZ NUNES DE FREITAS - SP167588-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, inexistente qualquer omissão em relação ao art. 99, § 2º, CPC, que prevê a necessidade de intimação da parte para que comprove o preenchimento dos pressupostos para a concessão da gratuidade da justiça, antes de indeferir-la.

Isto porque o Relator intimou o agravante, ora embargante, nos exatos termos do dispositivo elencado, consoante se depreende da decisão ID 779925.

Outrossim, cumpre ressaltar que a contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. AGRAVO INTERNO. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES. I - Trata-se, na origem, de ação anulatória de ato administrativo com pedido de indenização por dano moral objetivando anular questões de prova de concurso público da Polícia Militar do Estado de Goiás para cargo de Soldado com o fito de atribuir nova nota e assim reclassificar o agravante no certame. Na sentença, julgou-se extinto o processo sem resolução do mérito por ausência do interesse de agir. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Nesta Corte, não se conheceu do agravo em recurso especial. II - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante vícios no acórdão embargado. Não há vício no acórdão. A matéria foi devidamente tratada com clareza e sem contradições. III - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão. IV - Se o recurso é inapto ao conhecimento, a falta de exame da matéria de fundo impossibilita a própria existência de omissão quanto a esta matéria. Nesse sentido: EDcl nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.337.262/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 21/3/2018, DJe 5/4/2018; EDcl no AgRg no AREsp n. 174.304/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018; EDcl no AgInt no REsp n. 1.487.963/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 7/11/2017. V - A contradição que vicia o julgado de nulidade é a interna, em que se constata uma inadequação lógica entre a fundamentação posta e a conclusão adotada, o que, a toda evidência, não retrata a hipótese dos autos. Nesse sentido: EDcl no AgInt no RMS n. 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; EDcl no REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/5/2017, DJe 2/6/2017. VI - Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1480319 / GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 24/04/2020) (grifos)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ART. 1.022 DO NCPC. CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a contradição ou obscuridade remediáveis por embargos de declaração são aquelas internas ao julgado embargado, devido à desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão. Já a omissão consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito ventilado nas razões recursais. 3. Reconhecida contradição na decisão que julgou o primeiro agravo interno, os embargos de declaração devem ser acolhidos para corrigi-la, mantendo, no mais, os termos do acórdão embargado. 4. Os aclaratórios não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado que não conheceu do agravo interno. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (STJ, EDcl no AgInt no EDcl nos AREsp 1450410 / RJ, Rel. Min. Mauro Ribeiro, Terceira Turma, DJe 01/04/2020) (grifos)

No caso, a fundamentação da decisão embargada considerou todas as provas constantes nos autos, cotejando-as com a legislação aplicável à hipótese, culminando na rejeição do pedido dos recorrentes, inexistindo, desta forma, alegada contradição.

Infere-se, tão somente, a intenção de rediscutir a questão, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – ART. 99, § 2º, CPC – INTIMAÇÃO – REDISCUSSÃO DA QUESTÃO – DESCABIMENTO – EMBARGOS REJEITADOS.

1. Inexiste qualquer omissão em relação ao art. 99, § 2º, CPC, que prevê a necessidade de intimação da parte para que comprove o preenchimento dos pressupostos para a concessão da gratuidade da justiça, antes de indeferir a, pois o agravante, ora embargante, foi intimado nos exatos termos do dispositivo elencado, consoante se depreende da decisão ID 779925.

2. A contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.

3. No caso, a fundamentação da decisão embargada considerou todas as provas constantes nos autos, cotejando-as com a legislação aplicável à hipótese, culminando na rejeição do pedido dos recorrentes, inexistindo, desta forma, alegada contradição.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023610-91.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CARLOS ANDRE ZARA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A

AGRAVADO: AGROPECUARIA ANEL VIARIO S/A. PROCURADOR CHEFE DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ANTONIO ZUFELLATO - SP91646

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023610-91.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CARLOS ANDRE ZARA

Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A

AGRAVADO: AGROPECUARIA ANEL VIARIO S/A. PROCURADOR CHEFE DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ANTONIO ZUFELLATO - SP91646

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - ALIENAÇÃO DO BEM PENHORADO POR INICIATIVA PARTICULAR - FACULDADE DO CREDOR.

1. A execução deve ser promovida pelo modo menos gravoso ao executado. Contudo, referida disposição deve ser interpretada em conjunto como princípio de que a execução se realiza no interesse do credor:

2. Promovida a execução, esta deve ser útil ao credor, de modo que a execução deva expropriar do devedor o máximo de bens a fim de satisfazer aquilo que o credor teria direito.

3. Pleiteou o terceiro interessado a aquisição do imóvel penhorado pelo valor da avaliação realizada nos autos da execução fiscal, utilizando-se do instituto da alienação por iniciativa particular. A análise dos elementos constantes dos autos revela que a alienação pelo valor da avaliação do bem, realizada em 2016 não atende o interesse do credor:

4. A alienação por iniciativa particular é faculdade do credor. (REsp 1312509/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 14/12/2017).

Sustenta o embargante CARLOS ANDRÉ ZARA, em síntese, a existência de omissão, pois a alienação proposta, por iniciativa de terceiro, atenderia aos interesses dos credores e que a demora na resolução da demanda somente faria crescer o débito/crédito dos Procuradores da Fazenda, onerando, excessivamente a Agravada Agropecuária Anel Viário. Requer seja dado provimento ao recurso, autorizando a alienação por iniciativa de terceiro, mediante nova avaliação pelo perito do Juízo de Primeira Instância.

Intimada, a embargada UNIÃO FEDERAL apresentou resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023610-91.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CARLOS ANDRE ZARA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A
AGRAVADO: AGROPECUARIA ANEL VIARIO S/A, PROCURADOR CHEFE DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ ANTONIO ZUFELLATO - SP91646
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes embargos de declaração.

Quanto ao mérito, o embargante não logrou êxito em indicar a omissão em que o acórdão embargado teria incorrido, em inobservância, portanto, ao disposto no art. 1.023, *caput*, CPC, uma vez que se limitou a pugnar pelo rejuízo da questão devolvida.

Os argumentos apresentados nas razões recursais do agravo de instrumento foram apreciados, inexistindo qualquer omissão a ser sanada. Confira-se:

“Estipula o art. 805 do Código de Processo Civil dever ser promovida a execução pelo modo menos gravoso ao executado. Contudo, o dispositivo em epígrafe deve ser interpretado em conjunto como princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC art. 797).

Com efeito, dentre os princípios que regem o processo de execução, encontra-se o Princípio da Máxima Utilidade. De acordo com este princípio, promovida a execução, esta deve ser útil ao credor, de modo que a execução deva expropriar do devedor o máximo de bens a fim de satisfazer aquilo que o credor teria direito. Pois bem, é princípio de resultado dentro do processo de execução.

No presente caso, pleiteou o terceiro interessado a aquisição do imóvel penhorado pelo valor da avaliação realizada nos autos da execução fiscal, utilizando-se do instituto da alienação por iniciativa particular, previsto no art. 879, “caput”, do CPC.

Entretanto, a análise dos elementos constantes dos autos, não revela o atendimento dos princípios mencionados. Nesse sentido, a alienação pelo valor da avaliação do bem, realizada em 2016, tal com pretendida pelo ora agravante, não atende, “a priori”, o interesse do credor.

(...)

Outrossim, consoante mencionado na decisão agravada “a análise da certidão referente à matrícula do imóvel, datada de 08.03.16 revela que o bem – até aquela data, - já estava penhorado também em outro feito, assim como foi objeto de arrolamento de bens e direitos nos autos do P.A. nº 15956.000018/2008-55”.

Nada obsta, porém, que uma vez atualizado o valor o bem, o interessado renove seu pleito, se assim o desejar.

Como os embargos de declaração não se prestam para rediscutir a questão, não merecem acolhimento, sem impedimento, porém, para a realização do novo avaliação do bem, mediante requerimento junto ao juízo de 1ª instância.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - NÃO INDICAÇÃO - ART. 1.023, CAPUT, CPC - INOBSERVÂNCIA - REDISCUSSÃO DA MATÉRIA - DESCABIMENTO - EMBARGOS REJEITADOS.

1. A embargante não logrou êxito em apontar a omissão em que o acórdão teria incorrido, não observando, portanto, o disposto no art. 1.023, *caput*, CPC.

2. O embargante não logrou êxito em indicar a omissão em que o acórdão embargado teria incorrido, em inobservância, portanto, ao disposto no art. 1.023, *caput*, CPC, uma vez que se limitou a pugnar pelo rejuízo da questão devolvida.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002540-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARIA ELISABETH WIEDERSPAHN MARCONDES TORRES
Advogado do(a) AGRAVANTE: CLEBER ROBERTO BIANCHINI - SP117527-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002540-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARIA ELISABETH WIEDERSPAHN MARCONDES TORRES
Advogado do(a) AGRAVANTE: CLEBER ROBERTO BIANCHINI - SP117527
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA ELISABETH WIEDERSPAHN MARCONDES TORRES em face de decisão que, ao acolher parcialmente Exceção de Pré-executividade, de modo a excluir parte do débito em cobro, deixou de condenar a exceção em honorários advocatícios.

Entendeu o MM Juízo de origem que “eventual condenação da Exequeute ao pagamento dos honorários advocatícios é possível, todavia, o momento oportuno para tanto é o de prolação da sentença de extinção da execução, na qual será aferida a sucumbência como um todo”.

Alegou a recorrente que “a não estipulação de honorários advocatícios é contrária ao quanto já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Repetitivo sob o Tema 410, que determina o arbitramento de honorários, ainda que haja o acolhimento parcial da Exceção”.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo, para suspender a execução fiscal até a decisão final deste recurso e, ao final, seu provimento, para reformar a decisão agravada, estipulando os honorários advocatícios.

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

A agravada UNIÃO FEDERAL apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002540-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARIA ELISABETH WIEDERSPAHN MARCONDES TORRES
Advogado do(a) AGRAVANTE: CLEBER ROBERTO BIANCHINI - SP117527
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No que tange à condenação em honorários advocatícios, cumpre ressaltar que o acolhimento da exceção de pré-executividade não se equipara a sua rejeição, pois enquanto esta é mero incidente processual, a primeira hipótese extingue a execução, ainda que em relação a determinada pessoa ou parte do débito, pondo fim ao processo - em relação a essa parte - e, portanto, ensejando na condenação de honorários sucumbenciais, tendo em vista o princípio da causalidade.

Esse é o entendimento dos tribunais:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A fixação da verba sucumbencial é cabível quando a procedência do incidente de exceção de pré-executividade resultar na extinção parcial da dívida ou na redução do valor. Jurisprudência do STJ. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, AgInt nos EDCI no REsp 1326400/SP, Rel. Des. Fed convocado LÁZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, DJe 09/02/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA PARA EXTINGUIR PARTE DA DÍVIDA FISCAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E DA SUCUMBÊNCIA. CABIMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. 1 - No julgamento do REsp nº 1.134.186/RS pela Corte Especial do STJ - que sob a sistemática do art. 543-C, do CPC definiu que são cabíveis honorários advocatícios quando do acolhimento da impugnação ao cumprimento de sentença, ainda que parcial - ficou estabelecido que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, por extingui parcialmente a execução, gerará o arbitramento dos honorários. 2 - Em referido julgamento, firmou-se a seguinte tese (Tema/Repetitivo 410): "O acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução". 3 - Portanto, na linha dos precedentes jurisprudenciais, é cabível a fixação da verba honorária quando a exceção de pré-executividade é acolhida para extinguir total ou parcialmente a execução, em homenagem aos princípios da sucumbência e da causalidade. 4 - Agravo de instrumento provido com fixação da verba honorária. (TRF 3ª Região, AI 5026492-55.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Antonio Cedeno, Terceira Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos, decidiu, nos autos do REsp nº 1.134.186/RS (Tema 410), que "o acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução".

Destarte, tem cabimento a condenação da excepta em honorários advocatícios, observados os percentuais mínimos, diante da pouca complexidade da hipótese, previstos no § 3º do art. 85, CPC, tendo como base o valor do crédito extinto.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXTINÇÃO PARCIAL DO DÉBITO – CONDENAÇÃO DA EXCEPTA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO – RECURSO REPETITIVO – AGRAVO PROVIDO.

1.No que tange à condenação em honorários advocatícios, cumpre ressaltar que o acolhimento da exceção de pré-executividade não se equipara a sua rejeição, pois enquanto esta é mero incidente processual, a primeira hipótese extingue a execução, ainda que em relação a determinada pessoa ou parte do débito, pondo fim ao processo - em relação a essa parte - e, portanto, ensejando na condenação de honorários sucumbenciais, tendo em vista o princípio da causalidade.

2.O Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos, decidiu, nos autos do REsp nº 1.134.186/RS (Tema 410), que "o acolhimento ainda que parcial da impugnação gerará o arbitramento dos honorários, que serão fixados nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, do mesmo modo que o acolhimento parcial da exceção de pré-executividade, porquanto, nessa hipótese, há extinção também parcial da execução".

3.Tem cabimento a condenação da excepta em honorários advocatícios, observados os percentuais mínimos, diante da pouca complexidade da hipótese, previstos no § 3º do art. 85, CPC, tendo como base o valor do crédito extinto.

4.Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012812-07.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SINCO INDUSTRIA E COMERCIO DE AUTOPECAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: JOAO LUIZ FREGONAZZI - ES25508-A, JULIANA BAQUE BERTON - ES16431-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004381-66.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ELETRO FORTE COMERCIAL ELETRICA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A, GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, DIOGENYS DE FREITAS BARBOZA - SP394794-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008600-54.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JOSE PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELE DOMINGOS MONTEIRO - SP291034-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO INSS CAMPINAS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008600-54.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JOSE PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELE DOMINGOS MONTEIRO - SP291034-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO INSS CAMPINAS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **JOSE PEREIRA DA SILVA** em face do **GERENTE DA AGÊNCIA CENTRAL DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL DE CAMPINAS/SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para que a autoridade impetrada analise e informe a decisão sobre seu requerimento administrativo, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, para a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Narrou o impetrante que protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, em 11/12/2016, que resultou no benefício de nº 181.168.686-6. À vista da ausência da análise dos períodos especiais, interps recurso administrativo, tendo a 1ª Junta de Recursos determinado a apresentação de documentos e designado perícia médica. Apresentada a documentação, em 03/01/2019, porém, até a presente data, não foi dado mais nenhum andamento, extrapolado o prazo de 30 dias previsto nos artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal. Sustentou, ainda, violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, da CF/88) e aos artigos 691 e 692 da IN 77/15. Por fim, requereu a fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 123205817).

Liminar deferida para determinar que a autoridade impetrada, no prazo das informações, procedesse ao julgamento do pedido administrativo ou justificasse eventual impossibilidade por culpa imputável à parte impetrante, com prova de que a comunicou para a providência necessária. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 123205824).

Informou a autoridade impetrada que foi mantido o indeferimento da aposentadoria especial e ou aposentadoria por tempo de contribuição, por não preencher os requisitos do Art. 56 do Decreto 3048/99 e Art. 64 do Decreto 3048/99. Processo, encaminhado para 01ª Junta de Recursos, em cumprimento a diligência, que de acordo com a MPV nº 726/2016, convertida na Lei nº 13.341/2016, não fica mais sob a jurisdição do INSS, passando a integrar o Ministério do Desenvolvimento Social, hoje integrado ao Ministério da Economia (Id 123205831).

Peticionou o impetrante noticiando o julgamento, em 23/08/2019, de seu recurso administrativo, restando atendido seu pleito judicial (Id 123205834).

O juízo de origem confirmou a liminar anteriormente concedida e concedeu a segurança para assegurar ao impetrante a análise conclusiva de seu requerimento administrativo em tempo razoável. Custas pelo INSS, que é isento. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Sentença submetida ao reexame obrigatório, na forma do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009 (Id 123205835).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 123943068).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 123946053).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008600-54.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: JOSE PEREIRA DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIELE DOMINGOS MONTEIRO - SP291034-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO INSS CAMPINAS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como o escopo de se ver analisado o recurso administrativo relativo ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição formulado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante protocolizou, em 03/01/2019, a documentação determinada pela 1ª Junta de Recursos, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a liminar para determinar que a autoridade impetrada, no prazo das informações, procedesse ao julgamento do pedido administrativo ou justificasse eventual impossibilidade por culpa imputável à parte impetrante (Id 123205824), peticionou o próprio impetrante, noticiando o julgamento, em 23/08/2019, de seu recurso administrativo (Id 123205834).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022024-48.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

AGRAVADO: DISTRIBUIDORA ELY MARTINS LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: SILVIO FRIGERI CALORA - SP193645
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, emanação anulatória, afastou a preliminar de incompetência da Justiça Estadual em primeira instância.

Foi transacionado acordo entre as partes nos autos de origem, extinguindo o processo sem resolução de mérito, acarretando a perda de objeto do presente agravo de instrumento.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento e do agravo interno, nos termos do art. 932, III, CPC.

Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, baixem-se os autos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005980-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: SONIA REGINA BAILONI DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005980-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: SONIA REGINA BAILONI DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Sonia Regina Bailoni de Moraes em face de sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais e resolveu o mérito, no bojo desta ação ordinária.

A presente ação foi ajuizada por Sonia Regina Bailoni de Moraes, ex-empregada da Petrobrás, contra a União Federal e a Petrobrás, objetivando a condenação das requeridas no pagamento do complemento denominado "Remuneração Mínima por Nível e Regime", instituído a partir de 2007, através de acordo coletivo de trabalho, sem as deduções de valores decorrentes de adicionais (de periculosidade, noturno e outros), da concessão das promoções por antiguidade e reposição de níveis do Termo de Aceitação do PCA de 2007 ou intermível indenizatório.

Formula os seguintes pedidos:

- a) a declaração do direito de recebimento do valor do complemento de RMNR, sem as deduções promovidas pela PETROBRAS;
- b) o pagamento das diferenças da reparação econômica decorrente do complemento de RMNR desde a sua instituição, no ano de 2007, em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;
- c) a declaração do direito às promoções por antiguidade, devidas e não concedidas;
- d) a condenação das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas ao mesmo, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão das promoções por antiguidade e reposição de níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado" (no último nível salarial do regulamento), em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;
- e) a declaração do direito à reposição de 4 (quatro) níveis prevista no Termo de Aceitação do PCAC ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", determinando-se à PETROBRAS que passe a informar o Ministério do Planejamento corretamente o valor dos salários e demais parcelas vinculadas ao mesmo;
- f) a condenação das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas ao mesmo, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão da reposição de 4 (quatro) níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 6370363).

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença, que julgou improcedente os pedidos iniciais e resolveu o mérito, nos termos do art. 487, I do CPC/15, e condenou a demandante em custas e honorários advocatícios no percentual de 10% do valor da causa, corrigido, a ser rateado entre as corrés.

Opostos embargos de declaração (ID 6370363), o juízo singular reconheceu a improcedência dos aclaratórios, mantendo a r. sentença, na íntegra (ID 6370363).

Em suas razões recursais (ID 6370364), o recorrente alega, em síntese, que a manutenção do pagamento na forma implementada pela Petrobrás afronta o disposto no art. 7º, XXVI da CF/88 e o princípio da isonomia, na medida em que os empregados que não se expõem a atividades de risco recebem um valor maior de complemento RMNR do que aqueles que laboram nessa condição.

Aduz que a sistemática correta do cálculo para se apurar o valor do complemento RMNR é pela dedução, tão somente, do salário base, não se considerando os adicionais laborais percebidos como parcelas dedutíveis, independentemente de se encontrar na ativa.

Argumenta que o TST já pacificou entendimento no sentido de que o adicional de periculosidade e outros não podem ser subtraídos do valor pago a título de complemento RMNR.

Alega que compete à justiça federal a apreciação do pedido de concessão do benefício, nos moldes formulados na inicial, com fundamento na inconstitucionalidade da subtração de adicionais previstos em normas constitucionais através de acordo coletivo de trabalho.

Sustenta, por fim, que não cabe ao julgador a verba RMNR consta da Carta Declaração de Salário, motivo pelo qual não cabe ao julgador "opinar ou decidir se tais rubricas são devidas ou não, eis que já integrantes do patrimônio jurídico do apelante, restando ao julgador determinar se o valor que vem sendo pago encontra-se correto".

Contrarrazões juntadas pela União Federal e pela Petrobrás (ID 6370364).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005980-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: SONIA REGINA BAILONI DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a controvérsia sobre a interpretação de cláusula normativa implementada em acordo coletivo de trabalho que fixou o critério de cálculo do complemento RMNR, sem a consideração dos adicionais percebidos como parcelas dedutíveis.

Inicialmente, consignar-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pela recorrente, notadamente, o adicional de trabalho noturno, horas extras, periculosidade e outros.

Nesse sentido, confirmam-se (grifei):

"AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE DA AUTORA. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONCEDIDO PELA PETROBRAS AOS FUNCIONÁRIOS ATIVOS E INATIVOS, PENSIONISTAS E DEPENDENTES. DIREITO ASSEGURADO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DA SEÇÃO QUANTO À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA DISTINTA DAQUELA EXAMINADA NO JULGAMENTO DO CC N. 157.664/SP. PROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

1. Conflito negativo estabelecido entre a Justiça comum estadual e a trabalhista acerca da competência para julgamento de ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais movida por beneficiária do programa de assistência à saúde oferecido pela Petrobras, em razão de haver sido recusada cobertura para procedimento cirúrgico, indicado pelo médico assistente, ao qual a empresa ré estaria

contratualmente obrigada.

2. Na esteira de sedimentada jurisprudência desta Corte, tendo em vista que o referido programa de assistência à saúde consiste em benefício concedido pela Petrobras, em acordo coletivo de trabalho, a seus funcionários ativos e inativos, pensionistas e dependentes, a competência para julgar as lides a ele relacionadas é da Justiça do Trabalho.

3. Hipótese dos presentes autos que é totalmente distinta daquela esquadrihada por esta Seção no julgamento do CC n. 157.664/SP.

4. Agravo interno provido para reafirmar a competência da Justiça do Trabalho."

(AgInt no CC 160.361/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 14/12/2018, destaque meu)

"PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE OFERECIDO EM SISTEMA DE AUTOGESTÃO E REGULADO POR ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL.

1. É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação que discute a inclusão de menor sob guarda como beneficiário de plano de assistência à saúde oferecido por companhia estatal em sistema de autogestão e regulado por acordo coletivo de trabalho.

2. A interpretação de cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho sempre foi de competência da Justiça Laboral, mesmo antes da EC nº 45/04, encontrando disciplina no art. 1º da Lei nº 8.984/95. Precedentes.

3. Não há sentido em subtrair da Justiça Laboral a apreciação de questões que se mostrem intimamente ligadas à relação de trabalho, sob pena de se contrariar a própria lógica do sistema de distribuição de competência adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido."

(STJ, RMS 30859/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 22.11.2010)

Ademais, a competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária -, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ.

Vejamos:

Súmula 170/STJ: "Compete ao Juízo onde primeiro foi intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, em juízo próprio."

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRETENSÕES DISTINTAS DIRIGIDAS CONTRA O EMPREGADOR E CONTRA A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE PEDIDOS. COMPETÊNCIAS MATERIAIS DIVERSAS. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 170/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Deduzidas de forma indevida duas pretensões distintas numa única ação, sem levar em conta as competências materiais diversas para análise dos pleitos formulados (Justiça do Trabalho e Justiça Comum), aplica-se, com as adaptações pertinentes, o teor da Súmula 170 desta Corte, segundo a qual "compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio".

2. Agravo interno provido."

(STJ, AgInt no CC 158989/BA, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, DJe 16.10.2018)

Afasto, portanto, a preliminar de competência.

Passo à apreciação do mérito.

Com efeito, não se desconhece que a reparação econômica a que faz jus o anistiado político possui caráter indenizatório, traduzida em prestação mensal, permanente e continuada, à luz do art. 8º do ADCT e dos arts. 5º a 9º, ambos da Lei 10.559/2002. Tal reparação civil foi reconhecida à apelante, em virtude da condição de anistiado político, e paga na espécie, com todas as vantagens inerentes.

Cumprir mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiados requer apenas a observância dos prazos de permanência exigidos pelas leis e regulamentos vigentes, conforme se observa na ementa do aludido precedente a seguir transcrita:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. Constituição de 1988, ADCT, artigo 8º.

1. - O que a norma do art. 8º do ADCT exige, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, é a observância, apenas, dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em conseqüência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido.

II. - RE conhecido e improvido”.

Nessa linha, colho os seguintes precedentes: RE596.827-AgR-ED/RJ, Rel. Min. Eros Grau; RE 528.163-ED/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 540.508-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 174.161-EDv-ED/DF e RE 628.570-ED/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Desse modo, a recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando ematividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa. A propósito, confirmam-se (grifêi):

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMPREGADO DA PETROBRÁS AFASTADO POR MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA. CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO RECONHECIDA, COM REPARAÇÃO ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI Nº 10.559/2002. A QUESTÃO ATINENTE À INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE INSTITUIU A RMNR (REMUNERAÇÃO MÍNIMA POR NÍVEL E REGIME) ENCONTRA-SE INSCRITA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ENVOLVENDO MATÉRIAS DE DIFERENTES COMPETÊNCIAS, SENDO UM DELES PREJUDICIAL, DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCESSÃO DE PROMOÇÕES OBSERVADOS OS PRAZOS DE PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PREVISTOS NAS LEIS E REGULAMENTOS VIGENTES. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. AGRAVO INTERNO interposto pelo autor DEMETRIO VILAGRA contra decisão monocrática proferida por este Relator em 29/8/2017 que negou seguimento à apelação em razão de sua manifesta improcedência, com fulcro no que dispõe o artigo 557, caput, do CPC/1973.

2. Restou claramente demonstrado na decisão vergastada que a questão relativa ao complemento da RMNR (remuneração mínima por nível e regime) diz respeito à interpretação das cláusulas do acordo coletivo de trabalho que a instituiu, encontrando-se inserida, portanto, na competência da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, colacionou-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 803.877/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016. Destacou-se, inclusive, que a questão atinente à RMNR paga aos empregados da PETROBRÁS encontra-se suspensa, conforme notícia veiculada em 29/3/2017 no site do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o DC - 23507-77.2014.5.00.0000, instaurado em 14/10/2014.

3. Na seqüência, a decisão impugnada asseverou que no caso de cumulação de pedidos envolvendo matérias de diferentes competências, sendo um deles prejudicial, de natureza trabalhista, hipótese dos autos, o julgamento da ação compete à Justiça do Trabalho, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no CC 144.129/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 01/07/2016; AgInt no CC 131.872/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017.

4. Quanto à questão das promoções, discorreu-se que as mesmas são deferidas como se o anistiado não tivesse sido afastado pelo ato de exceção; todavia, não se trata de se conceder promoções *ad aeternum*, como se o anistiado nunca se aposentasse, mas sim, observados os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, computando-se o tempo em que o anistiado esteve afastado pelo ato de exceção. Nesse particular, destacou a r. sentença que “a documentação coligida aos autos demonstra que a parte autora não tinha possibilidade de progredir na carreira no período descrito na cláusula 10 do referido acordo, uma vez que já teria recebido 23 níveis salariais (...) Na época da implantação do PCAC/2007, o autor passou para o nível 464B e seu provento hoje é de R\$ 22.127,12”.

5. Agravo interno improvido.”

(TRF3, 0003381-53.2016.4.03.6105/SP, Rel. Des. Federal JOHNSOMDI SALVO, SEXTA TURMA, J. 01/02/2018, DJe)

“ANISTIADOS POLÍTICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAJUSTES. MP 65/2002 E LEI 10.559/2002. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRAR O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA/APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRAR O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A ação, ajuizada em 1999, portanto antes da vigência da mencionada legislação, tem o objetivo de “adequar os benefícios dos Apelantes aos funcionários que ingressaram no Banco do Brasil, na mesma época e que não tiveram nenhuma punição ou envolvimento de caráter político, os quais notoriamente receberam promoções e chegaram à um nível elevado em relação aos Autores, ora Apelantes.” Assim, não se conhece do recurso, no que se refere ao pedido de reajuste nos termos da “Medida Provisória nº 65/2002, convertida na Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o artigo 8º do ADCT”.

2. O art. 8º do ADCT, a Lei n. 8.213/91 e o Decreto n. 611/92, trataram da RMI do benefício de segurado anistiado e não dos reajustes desse benefício, dispondo sobre a concessão e, acerca disso, garantindo, apenas, em relação às aposentadorias já concedidas aos anistiados, a revisão quanto às promoções na inatividade, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, e, ainda, os efeitos financeiros destas a partir da Constituição Federal de 1988.

3. Não há qualquer previsão, portanto, de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.

4. Indevido, ainda, também por falta de previsão legal, o reajuste das aposentadorias levando-se em conta promoções ou funções comissionadas, mormente quanto a períodos posteriores à data de concessão do benefício, uma vez que, como destacado, os benefícios devem ser concedidos com base no salário pago aos servidores da ativa, da mesma categoria dos autores, quando do ato de requerimento/concessão, não havendo que se falar em acréscimo de verbas de caráter pessoal, que não integram, de forma genérica, os salários pagos aos servidores da ativa.

5. Apelação conhecida apenas em parte e, na parte conhecida, desprovida.

(TRF3, AC nº 1999.61.83.000760-7, 5ª Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Giselle França, DJ 28.06.2012)

Na espécie, a aposentadoria da apelante encontra-se consolidada, razão pela qual a pretensão recursal relativa à promoção pela progressão funcional, nos moldes do art. 8º do ADCT, não prospera.

Quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste à recorrente. Isto porque a apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão pleiteada.

De igual modo, tampouco prospera o alegado direito à promoção por antiguidade, tendo em vista que não há amparo legal quanto à concessão de promoção após a fixação do valor da reparação econômica, nos termos do art. 8º do ADCT.

Neste ponto, andou bem a r. sentença:

“No que se refere à reposição de níveis, o atual plano de cargos da Petrobrás (PCAC/2007), estabelece que para os empregados em efetivo exercício em 01.01.2007 e que não tiveram no mínimo quatro avanços de nível no período de janeiro de 1995 a dezembro de 2002 e que estavam aptos a recebê-los, seria implementado até quatro níveis de avanço salarial, antes do enquadramento para a tabela do salário básico do PCAC-2007.

Contudo, no caso concreto, conforme restou esclarecido pela Petrobrás e confirmado pelos documentos anexados aos autos, a Autora não teria qualquer possibilidade de progredir na carreira no período descrito acima, uma vez que recebeu 23 níveis salariais.

Também não logrou êxito a Autora no que se refere às promoções por antiguidade, visto que, no caso, a Autora obteve a progressão funcional, conforme já visto, sendo que tal evolução teve por limite a promulgação da Lei nº 1.559/2002, quando fixado o valor da reparação econômica do anistiado, bem como por não se tratar de verba de caráter geral, haja vista a necessidade de preenchimento de requisito de natureza subjetiva, não guardando relação com a verba discutida nos presentes autos.

Logo, tem direito o anistiado apenas às promoções concedidas no tempo que em esteve ausente do trabalho e que teria direito se estivesse em serviço ativo, conforme o disposto no art. 8º do ADCT, não havendo amparo legal a concessão de promoção depois de fixado o valor da reparação econômica.

Confira-se:

“Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.”

Ainda, cumpre asseverar que as parcelas relativas às vantagens de natureza indenizatória pleiteadas pela recorrente têm caráter transitório, percebidas a título individual e portanto, não são incorporadas ao salário de benefício do aposentado anistiado.

Desse modo, quanto ao pleito relacionado à competência desta jurisdição, atinente à promoção, a negativa de provimento é medida que se impõe.

Ante o exposto, não conheço de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, nego provimento, nos termos da fundamentação supra.

É COMO VOTO.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANISTIADO. RMNR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACUMULAÇÃO DE PRETENSÕES. LIMITES DA JURISDIÇÃO. SÚMULA 170/STJ. REPARAÇÃO ECONÔMICA. ART. 8º ADCT. ART. 5º A 9º DA LEI 10.559/02. PROMOÇÕES. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APELO NÃO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO QUANTO AO PLEITO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Consigne-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pelo autor, notadamente, o adicional de trabalho noturno, alimentação *in natura* e hora de repouso e alimentação.
2. A competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária -, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ. Preliminar afastada.
3. Cumpre mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiados requer apenas a observância dos prazos de permanência em atividade exigidos pelas leis e regulamentos vigentes.
4. Desse modo, o recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando em atividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.
5. Ainda, quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isto porque o apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão no período descrito na cláusula 10 do referido acordo.
6. Apelo não conhecido em parte do pedido, por se tratar da competência da Justiça do Trabalho, e improvido, quanto ao pleito da competência da Justiça Federal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002340-92.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: JOSE CARLOS APARECIDO DA FONSECA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002340-92.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: JOSE CARLOS APARECIDO DA FONSECA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Jose Carlos Aparecido da Fonseca em face de sentença que rejeitou integralmente seus pedidos e resolveu o mérito, no bojo desta ação ordinária.

A presente ação foi ajuizada pelo recorrente, ex-empregado da Petrobrás, contra a União Federal e a Petróleo Brasileiro S.A., objetivando o pagamento das diferenças relativas ao valor que atualmente percebe em virtude do recebimento de benefício na condição de anistiado político e constante de acordos coletivos de trabalho firmados em 2007, notadamente, referente à parcela denominada Remuneração Mínima por Nível e Regime (RMNR), com efeitos retroativos a 27/05/2004.

Formula os seguintes pedidos:

- a) a declaração do direito de recebimento do valor do complemento de RMNR, sem as deduções promovidas pela PETROBRAS, qual seja, apenas com a dedução do salário básico, vantagem pessoal subsidiária, determinando-se à ela que informe ao Ministério do Planejamento o correto valor respectivo;
- b) o pagamento das diferenças da reparação econômica decorrente do complemento de RMNR desde a sua instituição, no ano de 2007, em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;
- c) a declaração do direito às promoções por antiguidade, devidas e não concedidas;

d) a condenção das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão das promoções por antiguidade e reposição de níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado" (no último nível salarial do regulamento), em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;

e) a declaração do direito à reposição de 4 (quatro) níveis prevista no Termo de Aceitação do PCAC ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", determinando-se à PETROBRAS que passe a informar o Ministério do Planejamento corretamente o valor dos salários e demais parcelas vinculadas ao mesmo;

f) a condenção das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas ao mesmo, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão da reposição de 4 (quatro) níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar.

Indeferido o pleito de justiça gratuita (ID 3360004), o autor emendou a inicial, comprovando o recolhimento das custas (ID 3360005).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 3360006).

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença, que rejeitou, integralmente, a pretensão autoral, resolveu o mérito, nos termos do art. 487, I do CPC/15, e condenou o demandante em honorários advocatícios no percentual de 10% do valor da causa.

Opostos embargos de declaração (ID 3360024), o juízo singular negou-lhes o provimento, mantendo a r. sentença, na íntegra (ID 3360027).

Em suas razões recursais (ID 3360028), o recorrente alega, em síntese, que a relação jurídica travada entre as partes não tem nuances trabalhistas, ao contrário, decorre de relação jurídica determinada por legislação especial que impõe à Justiça Federal a apreciação do litígio.

Argumenta que compete à justiça federal a apreciação do pedido de concessão do benefício, nos moldes formulados na inicial, com fundamento na inconstitucionalidade da subtração de adicionais previstos em normas constitucionais através de acordo coletivo de trabalho.

Requer a reforma da r. sentença, com a condenção das rés e inversão do ônus de sucumbência.

Contrarrazões juntadas pela União Federal e pela Petrobrás (ID 3360030 e ID 3360031).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002340-92.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: JOSE CARLOS APARECIDO DA FONSECA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA UNIÃO DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a controvérsia sobre a revisão de benefício excepcional de anistiado político de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 10.559/02, com efeitos retroativos a 27/05/2004, reconhecendo-se o pagamento de vantagens pecuniárias, tal como percebido pelo pessoal da ativa da Petrobrás.

Inicialmente, consignem-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pelo autor, notadamente, o adicional de trabalho noturno, alimentação *in natura* e hora de repouso e alimentação.

Nesse sentido, confirmam-se (grifei):

"AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE DA AUTORA. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONCEDIDO PELA PETROBRAS AOS FUNCIONÁRIOS ATIVOS E INATIVOS, PENSIONISTAS E DEPENDENTES. DIREITO ASSEGURADO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DA SEÇÃO QUANTO À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA DISTINTA DAQUELA EXAMINADA NO JULGAMENTO DO CC N. 157.664/SP. PROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

1. Conflito negativo estabelecido entre a Justiça comum estadual e a trabalhista acerca da competência para julgamento de ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais movida por beneficiária do programa de assistência à saúde oferecido pela Petrobras, em razão de haver sido recusada cobertura para procedimento cirúrgico, indicado pelo médico assistente, ao qual a empresa ré estaria contratualmente obrigada.

2. Na esteira de sedimentada jurisprudência desta Corte, tendo em vista que o referido programa de assistência à saúde consiste em benefício concedido pela Petrobras, em acordo coletivo de trabalho, a seus funcionários ativos e inativos, pensionistas e dependentes, a competência para julgar as lides a ele relacionadas é da Justiça do Trabalho.

3. Hipótese dos presentes autos que é totalmente distinta daquela esboçada por esta Seção no julgamento do CC n. 157.664/SP.

4. Agravo interno provido para reafirmar a competência da Justiça do Trabalho."

(AgInt no CC 160.361/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 14/12/2018, destaque meu)

"PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE OFERECIDO EM SISTEMA DE AUTOGESTÃO E REGULADO POR ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL.

1. É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação que discute a inclusão de menor sob guarda como beneficiário de plano de assistência à saúde oferecido por companhia estatal em sistema de autogestão e regulado por acordo coletivo de trabalho.

2. A interpretação de cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho sempre foi de competência da Justiça Laboral, mesmo antes da EC nº 45/04, encontrando disciplina no art. 1º da Lei nº 8.984/95. Precedentes.

3. Não há sentido em subtrair da Justiça Laboral a apreciação de questões que se mostrem intimamente ligadas à relação de trabalho, sob pena de se contrariar a própria lógica do sistema de distribuição de competência adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido."

Vejamos:

Ademais, a competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária -, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ.

Súmula 170/STJ: "Compete ao Juízo onde primeiro foi intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, em juízo próprio."

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRETENSÕES DISTINTAS DIRIGIDAS CONTRA O EMPREGADOR E CONTRA A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE PEDIDOS. COMPETÊNCIAS MATERIAIS DIVERSAS. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 170/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Deduzidas de forma indevida duas pretensões distintas numa única ação, sem levar em conta as competências materiais diversas para análise dos pleitos formulados (Justiça do Trabalho e Justiça Comum), aplica-se, com as adaptações pertinentes, o teor da Súmula 170 desta Corte, segundo a qual "compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio".

2. Agravo interno provido."

(STJ, AgInt no CC 158989/BA, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, DJe 16.10.2018)

Afasto, portanto, a preliminar de competência.

Passo à apreciação do mérito.

Com efeito, não se desconhece que a reparação econômica a que faz jus o anistiado político possui caráter indenizatório, traduzida em prestação mensal, permanente e continuada, à luz do art. 8º do ADCT e dos arts. 5º a 9º, ambos da Lei 10.559/2002. Tal reparação civil foi reconhecida ao apelante, em virtude da condição de anistiado político, e paga na espécie, com todas as vantagens inerentes.

Cumpra mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiados requer apenas a observância dos prazos de permanência em atividade exigidos pelas leis e regulamentos vigentes, conforme se observa na ementa do aludido precedente a seguir transcrita:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. Constituição de 1988, ADCT, artigo 8º.

1. - O que a norma do art. 8º do ADCT exige, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, é a observância, apenas, dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em conseqüência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido.

II. - RE conhecido e improvido".

Nessa linha, colho os seguintes precedentes: RE596.827-AgR-ED/RJ, Rel. Min. Eros Grau; RE 528.163-ED/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 540.508-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 174.161-EDV-ED/DF e RE 628.570-ED/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Desse modo, o recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando em atividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa. A propósito, confirmam-se (grifei):

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMPREGADO DA PETROBRÁS AFASTADO POR MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA. CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO RECONHECIDA. COM REPARAÇÃO ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI Nº 10.559/2002. A QUESTÃO ATINENTE À INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE INSTITUIU A RMNR (REMUNERAÇÃO MÍNIMA POR NÍVEL E REGIME) ENCONTRA-SE INSERIDA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ENVOLVENDO MATÉRIAS DE DIFERENTES COMPETÊNCIAS, SENDO UM DELES PREJUDICIAL, DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCESSÃO DE PROMOÇÕES OBSERVADOS OS PRAZOS DE PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PREVISTOS NAS LEIS E REGULAMENTOS VIGENTES. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. AGRAVO INTERNO interposto pelo autor DEMETRIO VILAGRA contra decisão proferida por este Relator em 29/8/2017 que negou seguimento à apelação em razão de sua manifesta improcedência, com fulcro no que dispõe o artigo 557, caput, do CPC/1973.

2. Restou claramente demonstrado na decisão vergastada que a questão relativa ao complemento da RMNR (remuneração mínima por nível e regime) diz respeito à interpretação das cláusulas do acordo coletivo de trabalho que a instituiu, encontrando-se inserida, portanto, na competência da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, colacionou-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 803.877/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016. Destacou-se, inclusive, que a questão atinente à RMNR paga aos empregados da PETROBRÁS encontra-se suspensa, conforme notícia veiculada em 29/3/2017 no site do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o DC - 23507-77.2014.5.00.0000, instaurado em 14/10/2014.

3. Na seqüência, a decisão impugnada asseverou que no caso de cumulação de pedidos envolvendo matérias de diferentes competências, sendo um deles prejudicial, de natureza trabalhista, hipótese dos autos, o julgamento da ação compete à Justiça do Trabalho, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no CC 144.129/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 01/07/2016; AgInt no CC 131.872/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017.

4. Quanto à questão das promoções, discorreu-se que as mesmas são deferidas como se o anistiado não tivesse sido afastado pelo ato de exceção; todavia, não se trata de se conceder promoções ad eternum, como se o anistiado nunca se aposentasse, mas sim, observados os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, computando-se o tempo em que o anistiado esteve afastado pelo ato de exceção. Nesse particular, destacou a r. sentença que "a documentação coligida aos autos demonstra que a parte autora não tinha possibilidade de progredir na carreira no período descrito na cláusula 10 do referido acordo, uma vez que já teria recebido 23 níveis salariais (...) Na época da implantação do PCA/C/2007, o autor passou para o nível 464B e seu provento hoje é de R\$ 22.127,12".

5. Agravo interno improvido."

(TRF3, 0003381-53.2016.4.03.6105/SP, Rel. Des. Federal JOHNSOMDI SALVO, SEXTA TURMA, J. 01/02/2018, DJe)

"ANISTIADOS POLÍTICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAJUSTES. MP 65/2002 E LEI 10.559/2002. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRA O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRA O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A ação, ajuizada em 1999, portanto antes da vigência da mencionada legislação, tem o objetivo de "adequar os benefícios dos Apelantes aos funcionários que ingressaram no Banco do Brasil, na mesma época e que não tiveram nenhuma punição ou envolvimento de caráter político, os quais notoriamente receberam promoções e chegaram à um nível elevado em relação aos Autores, ora Apelantes." Assim, não se conhece do recurso, no que se refere ao pedido de reajuste nos termos da "Medida Provisória nº 65/2002, convertida na Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o artigo 8º do ADCT".

2. O art. 8º do ADCT, a Lei n. 8.213/91 e o Decreto n. 611/92, trataram da RMI do benefício de segurado anistiado e não dos reajustes desse benefício, dispondo sobre a concessão e, acerca disso, garantindo, apenas, em relação às aposentadorias já concedidas aos anistiados, a revisão quanto às promoções na inatividade, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, e, ainda, os efeitos financeiros destas a partir da Constituição Federal de 1988.

3. Não há qualquer previsão, portanto, de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.

4. Indevido, ainda, também por falta de previsão legal, o reajuste das aposentadorias levando-se em conta promoções ou funções comissionadas, mormente quanto a períodos posteriores à data de concessão do benefício, uma vez que, como destacado, os benefícios devem ser concedidos com base no salário pago aos servidores da ativa, da mesma categoria dos autores, quando do ato de requerimento/concessão, não havendo que se falar em acréscimo de verbas de caráter pessoal, que não integram, de forma genérica, os salários pagos aos servidores da ativa.

5. Apelação conhecida apenas em parte e, na parte conhecida, desprovida.

(TRF3, AC nº 1999.61.83.000760-7, 5ª Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Giselle França, DJ 28.06.2012)

Na espécie, a aposentadoria do apelante encontra-se consolidada, razão pela qual a pretensão recursal relativa à promoção pela progressão funcional, nos moldes do art. 8º do ADCT, não prospera.

Quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isto porque o apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão no período descrito na cláusula 10 do referido acordo.

Ainda, cumpre asseverar que as parcelas relativas às vantagens de natureza indenizatória pleiteadas pelo apelante têm caráter transitório, percebidas a título individual, e portanto, não são incorporadas ao salário de benefício do aposentado anistiado.

Nesse ponto, o juízo *a quo*, com acerto, asseverou:

“Reitere-se que a PETROBRÁS, considerando a situação pessoal e particular da parte autora ressaltou nos autos, comprovando o alegado com documentos, que:

‘Reiteramos, assim, o tópico acima. Considerando que o próprio autor junta documentos provando que recebeu 23 níveis salariais em sua carreira. Na época da implantação do PCAC/2007, o autor passou para o nível 464 B e seu provento hoje é de R\$ 16.333,84’.

(...)

Malgrado o art. 8º do ADCT tenha o condão de assegurar ao anistiado inativo remuneração equivalente à do funcionário em atividade, com suporte na jurisprudência sedimentada, aquelas parcelas que são incompatíveis com a condição básica de inativo, não tem o condão de beneficiá-lo.

Reitere-se que apenas as vantagens caracterizadas pela generalidade e de natureza remuneratória são passíveis de serem incorporadas aos proventos, todavia, as vantagens de natureza indenizatória e transitória, percebidas a título pessoal, não são incorporadas ao salário de benefício do aposentado ou do pensionista, uma vez que traduzem situações específicas e individuais, não conquistadas pela categoria como um todo e dependem do efetivo exercício do cargo, ou seja, são verbas incompatíveis com a condição de inativo.”

Desse modo, quanto ao pleito relacionado à competência desta jurisdição, atinente à promoção, a negativa de provimento é medida que se impõe.

Ante o exposto, **não conheço** de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, **nego provimento**, nos termos da fundamentação.

É COMO VOTO.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANISTIADO. RMNR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACUMULAÇÃO DE PRETENSÕES. LIMITES DA JURISDIÇÃO. SÚMULA 170/STJ. REPARAÇÃO ECONÔMICA. ART. 8º ADC T, ART. 5º A 9º DA LEI 10.559/02. PROMOÇÕES. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

1. Consigne-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pelo autor, notadamente, o adicional de trabalho noturno, alimentação *in natura* e hora de repouso e alimentação.
2. A competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária –, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ. Preliminar afastada.
3. Cumpre mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiados requer apenas a observância dos prazos de permanência em atividade exigidos pelas leis e regulamentos vigentes.
4. Desse modo, o recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando em atividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.
5. Ainda, quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isto porque o apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão no período descrito na cláusula 10 do referido acordo.
6. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008430-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., AEGEA DESENVOLVIMENTO S.A., GSS - GESTÃO DE SISTEMAS DE SANEAMENTO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008430-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., AEGEA DESENVOLVIMENTO S.A., GSS - GESTÃO DE SISTEMAS DE SANEAMENTO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AEGEASANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A. e outros em sede de mandado de segurança impetrado em desfavor da União Federal, contra decisão que indeferiu a liminar.

Afirmam as agravantes que o PIS e a COFINS não integram os conceitos de receita bruta, razão pela qual não devem incidir sobre suas bases de cálculo. Citam, em defesa, a decisão relativa à impossibilidade inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme Recurso Extraordinário nº 574.706.

Requerem o provimento do agravo de instrumento para apurar e recolher o PIS/COFINS sem a indevida inclusão do próprio PIS/COFINS nas bases de cálculo, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do artigo 151, IV, do CTN.

Foi oferecida contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008430-30.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO

AGRAVANTE: AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., AEGEA DESENVOLVIMENTO S.A., GSS - GESTÃO DE SISTEMAS DE SANEAMENTO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA DIAS MURICY - SP352079-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O PIS e a COFINS compõem expressamente a receita bruta, conforme dispõe o art. 12, §5º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977, com redação dada pela Lei nº 12.973/2014 e não há qualquer previsão legal ou decisão vinculante excluindo a contribuição do PIS e da COFINS das suas próprias bases de cálculo.

Nos termos do §5º, do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, deve-se incluir, na receita bruta, os tributos sobre ela incidentes, determinando a nova composição da receita bruta como base de cálculo do PIS e da COFINS, em ambos os regimes, mediante alteração da Lei nº 9.718/98 e das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, bem como do IRPJ e da CSLL, mediante alteração do disposto nos arts. 25, 27 e 29 da Lei nº 9.430/1996, e no art. 20 da Lei nº 9.249/1995.

Assim, devem ser mantidos os valores de PIS e COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, sendo que contribuições ao PIS e COFINS são repassadas ao consumidor final de forma econômica, sendo que o destaque na nota fiscal é facultativo e existe apenas a título informativo.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante à tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, conforme julgado no RE nº 574.706/PR, com repercussão geral, não se aplica à hipótese dos autos.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, também se debruçando sobre o ICMS, entende que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”.

Do entendimento acima exposto, é possível extrair que a Corte Suprema continua a entender pela constitucionalidade do cálculo “por dentro”, o que ocorre no caso da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

Nesse sentido, precedentes que colho:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºS 282 E 356/STF. TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE. MULTA MORATÓRIA DE 10% SOBRE O VALOR DO DÉBITO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INEXISTÊNCIA.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS.

1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE.
2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE.
3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE.
4. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759877 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

Pela mesma vereda, caminha o Superior Tribunal de Justiça, inclusive em julgamento de recurso representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: 'XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos'.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009.

2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007.

2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

4. Consoante o disposto no art. 12 e §1º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, o ISSQN e o ICMS devidos pela empresa prestadora de serviços na condição de contribuinte de direito fazem parte de sua receita bruta e, quando dela excluídos, a nova rubrica que se tem é a receita líquida.

5. Situação que não pode ser confundida com aquela outra decorrente da retenção e recolhimento do ISSQN e do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ISSQN-ST e ICMS-ST). Nesse outro caso, a empresa não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Quando é assim, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa que se torna apenas depositária de tributo que será entregue ao Fisco, consoante o art. 279 do RIR/99.

6. Na tributação sobre as vendas, o fato de haver ou não discriminação na fatura do valor suportado pelo vendedor a título de tributação decorre apenas da necessidade de se informar ou não ao Fisco, ou ao adquirente, o valor do tributo embutido no preço pago. Essa necessidade somente surgiu quando os diversos ordenamentos jurídicos passaram a adotar o lançamento por homologação (informação ao Fisco) e/ou o princípio da não-cumulatividade (informação ao Fisco e ao adquirente), sob a técnica específica de dedução de imposto sobre imposto (imposto pago sobre imposto devido ou 'tax on tax').

7. Tal é o que acontece com o ICMS, onde autolancamento pelo contribuinte na nota fiscal existe apenas para permitir ao Fisco efetivar a fiscalização a posteriori, dentro da sistemática do lançamento por homologação e permitir ao contribuinte contabilizar o crédito de imposto que irá utilizar para calcular o saldo do tributo devido dentro do princípio da não cumulatividade sob a técnica de dedução de imposto sobre imposto. Não se trata em momento algum de exclusão do valor do tributo do preço da mercadoria ou serviço.

8. Desse modo, firma-se para efeito de recurso repetitivo a tese de que: 'O valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido pela empresa compõe seu faturamento, submetendo-se à tributação pelas contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, sendo integrante também do conceito maior de receita bruta, base de cálculo das referidas exações'.

9. Tema que já foi objeto de quatro súmulas produzidas pelo extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR e por este Superior Tribunal de Justiça - STJ: Súmula n. 191/TFR: 'É compatível a exigência da contribuição para o PIS com o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes'. Súmula n. 258/TFR: 'Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM'. Súmula n. 68/STJ: 'A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS'. Súmula n. 94/STJ: 'A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL'.

10. Tema que já foi objeto também do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015) que decidiu matéria idêntica para o ISSQN e cujos fundamentos determinantes devem ser respeitados por esta Seção por dever de coerência na prestação jurisdicional previsto no art. 926, do CPC/2015.

11. Ante o exposto, DIVIRJO do relator para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial do PARTICULAR e reconhecer a legalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS.

RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DOS VALORES COMPUTADOS COMO RECEITAS QUE TENHAM SIDO TRANSFERIDOS PARA OUTRAS PESSOAS JURÍDICAS. ART. 3º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.718/98. NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. NÃO-APLICABILIDADE.

12. A Corte Especial deste STJ já firmou o entendimento de que a restrição legislativa do artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9.718/98 ao conceito de faturamento (exclusão dos valores computados como receitas que tenham sido transferidos para outras pessoas jurídicas) não teve eficácia no mundo jurídico já que dependia de regulamentação administrativa e, antes da publicação dessa regulamentação, foi revogado pela Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001. Precedentes: AgRg nos EREsp. n. 529.034/RS, Corte Especial, Rel. Min. José Delgado, julgado em 07.06.2006; AgRg no Ag 596.818/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 28/02/2005; EDcl no AREsp 797544 / SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 14.12.2015, AgRg no Ag 544.104/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 28.8.2006; AgRg nos EDcl no Ag 706.635/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 28.8.2006; AgRg no Ag 727.679/SC, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 8.6.2006; AgRg no Ag 544.118/TO, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 2.5.2005; REsp 438.797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 3.5.2004; e REsp 445.452/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 10.3.2003.

13. Tese firmada para efeito de recurso representativo da controvérsia: 'O artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 não teve eficácia jurídica, de modo que integram o faturamento e também o conceito maior de receita bruta, base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS, os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica'.

14. Ante o exposto, ACOMPANHO do relator para DAR PROVIMENTO ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL.

(REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Esta Corte Federal, no mesmo sentido, já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO INTERNO - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO EFEITOS STF - OPOSIÇÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PIS/COFINS EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA RETIFICAR DECISÃO ANTERIOR QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. Não há falar em ocorrência de preclusão consumativa pela interposição anterior de agravo interno, uma vez que esta se deu antes da decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, corrigindo suposto erro material e ampliando os termos da decisão monocrática proferida para excluir as contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

2. No que se refere à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, eventual modulação do julgado não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes.

3. Impossibilidade de sobrestamento do feito, pois, consoante entendimento firmado pelo STJ, o instituto exige expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1035, § 5º, do CPC/15 e ao art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73.

4. Retífico entendimento esposado na decisão que deu provimento aos embargos de declaração, pois a pretensão da impetrante em excluir o valor das próprias contribuições das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS nos recolhimentos vincendos destas exações é tema que envolve créditos públicos que não cabe ao Judiciário dispensar inopinadamente. Até porque o STF já entendeu constitucional a incidência do ICMS sobre si mesmo (cálculo "por dentro" - AI 651873 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-210 DIVULG 03-11-2011 PUBLIC 04-11-2011 EMENT VOL-02619-03 PP-00372, etc.), sendo incabível invocar o quanto decidido pelo STF no RE n° 574.706 porque o caso aqui tratado se refere à tributação distinta.

3. Agravo interno parcialmente provido para retificar a decisão monocrática que deu provimento aos embargos de declaração, no ponto em que houve a exclusão das contribuições do PIS/COFINS de sua própria base de cálculo.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 371404 - 0002198-28.2017.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/11/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2018)

Logo, realizadas tais considerações, entendo válida a inclusão do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS EM SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

1. Nos termos do §5º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, deve-se incluir, na receita bruta, os tributos sobre ela incidentes, determinando a nova composição da receita bruta como base de cálculo do PIS e da COFINS, em ambos os regimes, mediante alteração da Lei nº 9.718/98 e das Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, bem como do IRPJ e da CSLL, mediante alteração do disposto nos arts. 25, 27 e 29 da Lei nº 9.430/1996, e no art. 20 da Lei nº 9.249/1995.
2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante à tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, conforme julgado no RE nº 574.706/PR, com repercussão geral, não se aplica à hipótese dos autos.
3. Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal, também se debruçando sobre o ICMS, entende que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente".
4. Do entendimento acima exposto, é possível extrair que a Corte Suprema continua a entender pela constitucionalidade do cálculo "por dentro", o que ocorre no caso da incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Precedentes do STF, STJ e desta Corte.
5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006060-23.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: METALARCO VERDE LTDA - ME, MANUEL ALONSO LUENGO
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006060-23.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: METALARCO VERDE LTDA - ME, MANUEL ALONSO LUENGO
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"EXECUÇÃO FISCAL - LEGITIMIDADE - ORDEM PÚBLICA - INCLUSÃO DO ESPÓLIO ANTERIORMENTE À CITAÇÃO DO DE CUJUS - IMPOSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO - TERMO A QUO DA CONTAGEM DO PRAZO - NOTIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - DECISÃO FINAL - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. CDA REGULARMENTE INSCRITA - PRESUNÇÃO RELATIVA - ÔNUS DA DESCONSTITUIÇÃO - CONTRIBUINTE - TAXA SELIC - JUROS DE MORA E MULTA - CUMULAÇÃO - CABIMENTO

1. A legitimidade passiva, por constituir matéria de ordem pública, é cognoscível a qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive de ofício. Precedentes.

2. Consoante entendimento assente perante esta E. Corte, na hipótese de o falecimento ocorrer no curso da execução fiscal, o redirecionamento em face do espólio não prescinde da citação prévia do devedor; neste caso, de Manuel Alonso Luengo, sócio com poderes de administração no âmbito da pessoa jurídica originariamente executada, Metal Arco Verde Ltda.

3. Afere-se de Certidão de Oficial de Justiça, em diligência realizada em 06/11/09, que a empresa executada, além de não ter sido encontrada em atividade em seu endereço informado ao fisco, paralisou definitivamente as suas atividades no início de 2008, sem a existência de bens passíveis de penhora, o que evidencia a sua dissolução irregular; apta a ocasionar o redirecionamento à figura dos sócios administradores.

4. Todavia, depreende-se de Certidão de Óbito acostada aos autos que Manuel Alonso Luengo, cujo espólio ora se pretende incluir no polo passivo, faleceu em 04/12/08, no curso da execução fiscal, proposta em 18/06/07, sem que tenha, entretanto, sido demonstrada a efetivação de sua citação.

5. De rigor, portanto, o reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade do espólio de Manuel Alonso Luengo para figurar no polo passivo do presente feito executivo fiscal.

6. O Superior Tribunal de Justiça elevou à sistemática dos recursos repetitivos o tema 383, sob a seguinte descrição: "Discute-se o termo inicial do prazo prescricional para o exercício da pretensão de cobrança judicial dos créditos tributários declarados pelo contribuinte (mediante DCTF ou GIA, entre outros), mas não pagos". A discussão culminou com a prolação do acórdão do REsp n. 1.120.295/SP, no qual restaram estabelecidas, sob a égide paradigmática, não apenas as balizas para o cômputo do termo inicial, mas também para o termo final do lustru prescricional na hipótese em tela.

7. No julgamento do REsp n. 1.120.295/SP, restou estabelecido, quanto ao termo inicial do cômputo do lapso prescricional nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação (créditos tributários constituídos por informações/declarações prestadas pelo próprio contribuinte mediante DCTF, GIA ou outro documento assemelhado) que, apesar de declarados, não foram pagos pelo contribuinte: a) se a Declaração do contribuinte (DCTF, GIA, etc) foi entregue/prestada antes dos vencimentos dos tributos respectivos, o termo inicial do curso do lapso prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança é estabelecido nas datas dos vencimentos dos tributos declarados e não pagos pelo contribuinte; b) se a hipótese é de declaração entregue pelo contribuinte, porém relativa a tributos que já deveriam ter sido pagos em meses ou exercícios anteriores (declaração entregue após os respectivos vencimentos), o termo inicial da prescrição para a cobrança tem início na data da apresentação da Declaração em apreço.

8. Noutro passo, nas hipóteses em que não há entrega da declaração pelo contribuinte, mas uma autuação fiscal (lavratura da NFLD), a respectiva notificação ao contribuinte constitui o crédito tributário e é a partir dela que tem início a fluência do lapso prescricional, a menos que o contribuinte impugne a autuação na esfera administrativa. Se há esta impugnação, o termo inicial da prescrição ocorrerá com a notificação ao contribuinte do resultado definitivo do recurso interposto na esfera administrativa.

9. Na hipótese em que o lançamento é procedido de ofício, constitui-se o crédito tributário a partir da lavratura do respectivo auto de infração, cuja eventual impugnação, a ser apresentada a partir da notificação, impede a fluência do lustru prescricional, a qual somente se inicia com a decisão definitiva proferida no âmbito do correspondente procedimento administrativo. Precedentes.

10. Estando regularmente inscrita, a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional, combinado com o artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Embora não sejam absolutas tais presunções, é certo que produzem efeitos até prova inequívoca acerca da respectiva invalidade. Precedentes.

11. Segundo disposição legal, o ônus desta prova é atribuído a quem alega ou dela tem proveito, sendo que a simples alegação genérica de nulidade é insuficiente para desconstituir o título executivo, pois, como visto, neste caso, cabe aos embargantes, ora apelantes, desconstituir a presunção que milita em favor da CDA.

12. Os acréscimos legais são devidos e integram o principal, consubstanciando o crédito fiscal, tendo cada um determinada finalidade, ou seja: a multa penaliza pela impuntualidade, os juros moratórios compensam o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação e a correção monetária restabelece o valor corroído pela inflação.

13. A cobrança cumulada de juros de mora, multa e correção monetária deriva exclusivamente de imposição legal, encontrando-se a Fazenda Pública adstrita ao princípio da legalidade. Precedentes.

14. A incidência da taxa Selic foi objeto de julgado alçado à sistemática dos recursos repetitivos no âmbito do STJ (REsp 879.844/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe em 25/11/2009), restando assentado o entendimento acerca de sua legitimidade como índice de correção monetária e de juros de mora para fins de atualização dos débitos tributários pagos em atraso.

15. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão atinente à utilização da Selic na atualização de débitos tributários, ocasião em que pacificou o entendimento no sentido da higidez de sua incidência, por traduzir rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco, bem como por não culminar em violação dos princípios da legalidade e da anterioridade (RE 582.461/SP; Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, DJe em 18/08/2011).

16. Ilegitimidade passiva de espólio de Manuel Afonso Luengo conhecida de ofício e apelação não provida."

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão no julgado, pois: (1) não enfrentou todos os argumentos do recurso, nos termos dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; (2) houve redirecionamento da execução fiscal ao sócio, ainda vivo, à época da dissolução irregular da empresa, sendo legítima a inclusão, no polo passivo do executivo fiscal, do espólio do executado, vez que, instaurada a demanda executiva antes do seu falecimento; (3) decidiu-se pela impossibilidade de ajuizamento da execução fiscal contra sócio falecido e não do redirecionamento da execução fiscal, como no caso dos autos; e (4) houve violação aos artigos 131 e 135, III do CTN; artigos 110 e 976 do CPC; artigos 1.784 e 1.997 do CC e artigo 4º, III e IV, § 2º da Lei 6.830/1980.

Não houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006060-23.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: METALARCO VERDE LTDA - ME, MANUEL ALONSO LUENGO
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro *in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, o acórdão embargado tratou da ilegitimidade do espólio no polo passivo da execução fiscal, pois instaurada a demanda executiva antes do falecimento do sócio, porém sem que tenha havido a respectiva citação, nos termos abaixo transcritos:

"Sob tal perspectiva, consoante entendimento assente perante esta E. Corte, na hipótese de o falecimento ocorrer no curso da execução fiscal, o redirecionamento em face do espólio não prescinde da citação prévia do devedor, neste caso, de Manuel Alonso Luengo, sócio com poderes de administração no âmbito da pessoa jurídica originariamente executada, Metal Arco Verde Ltda.

Nestes termos (g.n.):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. ESPÓLIO. SÓCIOS JÁ FALECIDOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC. 2. O entendimento da Corte regional está em conformidade com a jurisprudência do STJ, tendo em vista que, para fins de redirecionamento contra o espólio, nas hipóteses em que a morte ocorra no curso do processo de execução, é necessário que tenha havido a prévia citação válida do devedor (ou do responsável tributário, como na hipótese dos autos). 3. Não se justifica tratamento diferenciado quando o redirecionamento é requerido contra o espólio do devedor pessoa física e quando a medida pleiteada se dá em face de espólio de sócio falecido, então na condição de responsável tributário. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1773154/2018.02.56489-7, HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/12/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VERIFICAÇÃO. CONTRADIÇÃO. EFEITOS INFRIGENTES. - Razão assiste ao embargante. Conforme se verifica na ficha cadastral da JUCESP, após decretada, a falência foi suspensa e, portanto, não há que se falar em dissolução regular. - O pedido de redirecionamento da sócia Maria Aprile já havia sido deferido nos autos. Com a notícia de seu falecimento, a União requereu a citação dos herdeiros, dado que não havia informação sobre abertura de espólio. O juiz a quo indeferiu por entender que a citação somente poderia ocorrer na pessoa do inventariante. - No entanto, de acordo com o princípio da saisine, com a morte do de cujus, a propriedade e a posse da herança são transmitidas imediatamente aos herdeiros, independentemente da abertura do inventário. No entanto, em que pese configurar o princípio da saisine, há que verificar outro requisito, conforme se demonstrará a seguir: - A inclusão de diretores, gerentes ou representantes da executada no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 4º, inciso V, da Lei n.º 6.830/80 e 135, inciso III, do CTN (in casu, também, nos artigos 134, inciso VII, 43, 110, 568, inciso I e VI e 779 do CPC e 1.023 do CC) e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. - Relativamente à inclusão do espólio de sócio administrador falecido no polo passivo da execução fiscal, o redirecionamento contra ele só é admitido quando ocorrer depois de sua regular citação. No caso dos autos, a União ajuizou execução fiscal, em 26/02/1999 (fl. 15), contra Indústria Inter Textil Brasileira Ltda com o objetivo de cobrar débitos inscritos na dívida ativa em seu nome (fls. 16/22). Citada (fl. 30), houve penhora de uma gleba de terras (fls. 17/20), que restou anulada (fl. 183). Posteriormente, em 24.04.2007, foi pleiteada a inclusão dos sócios no polo passivo (fls. 197/203), o que foi deferido pelo juízo de primeiro grau (fl. 213). A executada Maria Aprile foi procurada para citação via AR, no entanto sem êxito (fl. 215). Pedido de bloqueio por meio de BACENJUD deferido (fls. 217/230) restou infrutífero (fl.233). Na sequência, a exequente se manifestou nos autos em 17.03.2009, ocasião em que informou o falecimento da executada Maria, bem como requereu a citação de seu espólio e do coexecutado João Ewald Losasso (fl. 237/238), o que foi indeferido pelo juiz a quo (fl. 253). **Dessa forma, verifico que, não obstante a possibilidade de responsabilização do espólio pelo pagamento do tributo cobrado, na forma dos artigos 131, incisos II e III, e 135, inciso III, do CTN, 1.997 do CC, 4º, inciso VI, da Lei n.º 6.830/80, 43 e 597 do CPC, denota-se que a sócia falecida não foi citada nos autos do executivo fiscal, o que torna inviável a pretensão da agravante.** - Embargos de declaração rejeitados.

(TRF3 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 408309 0016815-04.2010.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ÔBITO DE SÓCIO ANTES DA CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.102.431-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJE 01.02.2010, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso do tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. - O C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.222.444-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJE 25.04.2012, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que a configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação, devendo também ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente. - O redirecionamento da execução fiscal somente é possível no momento em que a Fazenda Pública fica sabendo da insolvência da empresa, quando então deve ter início a contagem do prazo prescricional, aplicando-se o princípio da actio nata (v.g., STJ, AgRg no REsp 1196377/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010). - No presente caso não houve paralisação do feito por mais de cinco anos por inércia exclusiva da exequente, além do que não houve o decurso de prazo superior a cinco anos entre a certidão que constatou a dissolução irregular da empresa executada (02.04.2013) e o pedido de redirecionamento da execução fiscal (10.06.2013), devendo ser afastada a prescrição intercorrente. - O artigo 135 do Código Tributário Nacional estabelece, no seu inciso III, a responsabilidade tributária dos "diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado", que têm, por lei, contrato ou estatuto social, poderes para pessoalmente praticar atos sociais, inclusive o de cumprir ou mandar cumprir as obrigações tributárias da pessoa jurídica. - Pacificou-se no E. Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente" (Súmula nº 435/STJ), e de que a certidão do Oficial de Justiça atestando que a empresa devedora não foi encontrada no endereço fornecido como domicílio fiscal constitui indício suficiente de dissolução irregular, permitindo, portanto, a responsabilização do gestor, nos termos do art. 135, III, do CTN, e o redirecionamento da execução contra ele. - **A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da ação executiva. Precedentes.** - O óbito de MARIA LEONOR DE CAMARGO CABELO CAMPOS ocorreu em 24.01.2004, antes de ser citada nos autos da execução fiscal, já que sua inclusão no polo passivo foi deferida tão somente em 09.12.2016 (decisão de fls. 347/349vº), devendo ser reconhecida sua ilegitimidade passiva. - Agravo interno parcialmente provido.

(TRF3 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 531015 0011259-79.2014.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/02/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIDO. - Se é certo que as contribuições sociais constituem espécie tributária e, em razão disso, se submetem, no que couber, ao CTN, também é certo que, conforme o ordenamento jurídico, as pessoas jurídicas possuem personalidade diversa da dos seus membros, sendo sujeito de direitos e obrigações. - Em razão disso, o mero inadimplemento ou a inexistência de bens para garantir a execução não são suficientes para estender a responsabilidade da empresa à pessoa do sócio. - Nos termos do art. 135, do CTN, ocorre a descon sideração da pessoa jurídica, respondendo os sócios pessoalmente pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. - Também ocorre a descon sideração da pessoa jurídica no caso de dissolução irregular da empresa, que, configurando infração à lei, dá ensejo ao redirecionamento para o sócio. É o entendimento da Súmula n.º 435 do STJ. - Deve, ainda, haver contemporaneidade da gerência da sociedade ou de qualquer ato de gestão vinculado ao fato gerador para redirecionamento a pessoa do sócio, não sendo legítima sua inclusão se admitido depois na sociedade ou dela se retirou antes da sua ocorrência, competindo à parte exequente o ônus de comprovar a ocorrência dos pressupostos autorizadores do art. 135, do CTN. - **Diante do falecimento do sócio executado, antes de sua citação, a jurisprudência vem acatando a sua impossibilidade de redirecionamento da execução em face dos herdeiros.** - Precedentes desta Corte. - Agravo de instrumento desprovido.

(TRF3 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 592066 0021845-10.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2018)

Com efeito, afere-se de Certidão de Oficial de Justiça, em diligência realizada em 06/11/09, que a empresa executada, além de não ter sido encontrada em atividade em seu endereço informado ao fisco, paralisou definitivamente as suas atividades no início de 2008, sem a existência de bens passíveis de penhora, o que evidencia a sua dissolução irregular, apta a ocasionar o redirecionamento à figura dos sócios administradores (fl.54-v dos autos da execução fiscal apensa).

Sobre o tema (g.n.):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO. CABIMENTO. SÓCIOS ADMINISTRADORES NA ÉPOCA DO FATO GERADOR E DA DISSOLUÇÃO IRREGULAR. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não se conseguiu afastar a presunção de liquidez e certeza da CDA. A apresentação de eventual procedimento fiscal ensejador do débito é ônus da parte executada, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1580219/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJE 12/09/2016. 2. A certidão do Oficial de Justiça acostada aos autos dá conta de que a empresa não se encontra estabelecida no endereço indicado ao fisco. Neste cenário, é possível concluir que houve dissolução irregular, de sorte que pertinente o entendimento consubstanciado na Súmula nº 435 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o caso autoriza a inclusão dos sócios administradores no polo passivo da execução fiscal. 3. No caso, os agravantes eram sócios e administradores da pessoa jurídica na época do fato gerador e da dissolução irregular. 4. Agravo desprovido.

(TRF3 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 552945 0005569-35.2015.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS - ARTIGO 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR - EMPRESA NÃO ENCONTRADA NO DOMICÍLIO FISCAL - SÚMULA 435 DO STJ - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO - INAPLICABILIDADE DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LC 147/14 - AFASTAMENTO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. 1. A legislação processual permite que o relator negue provimento, monocraticamente, ao recurso interposto em contrariedade a Súmula de Tribunal Superior; entendimento firmado pelo regime da repetitividade ou em incidente de resolução de demandas coletivas 2. É obrigação do sócio gerente a manutenção da atualidade dos cadastros fiscais da empresa. Certificado que a empresa não foi encontrada em seu endereço fiscal, presume-se a dissolução irregular e autoriza-se o redirecionamento aos sócios gerentes. Súmula nº. 435 do Superior Tribunal de Justiça. 3. A alteração legislativa apenas poderá modificar a análise de casos em que a averbação de distrato tenha se dado após sua vigência. 4. Não deve ser aplicada a multa do artigo 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil/2015, por analogia ao entendimento firmado, pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da análise da incidência da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil/1973. 5. Agravo interno improvido.

(TRF3 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 578887 00055785-59.2016.4.03.0000, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

Entretanto, depreende-se de Certidão de Óbito acostada aos autos que Manuel Alonso Luengo, cujo espólio ora se pretende incluir no polo passivo, faleceu em 04/12/08, no curso da execução fiscal, proposta em 18/06/07, sem que tenha, entretanto, sido demonstrada a efetivação de sua citação (fls. 2 e 74 dos autos apensos).

Desta feita, na linha dos precedentes acima colacionados, não tendo Manuel Alonso Luengo sido previamente citado, incabível a pretensão de redirecionamento da execução fiscal ao seu espólio, motivo por que fica afastada a pretensão deduzida pela exequente.

De rigor, portanto, o reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade do espólio de Manuel Alonso Luengo para figurar no polo passivo do presente feito executivo fiscal."

Ao contrário do suposto, o acórdão decidiu a controvérsia em termos, reputando que não basta apenas ter eventualmente havido redirecionamento da execução fiscal ao responsável tributário, pois o que importa é se este foi citado ainda em vida para que, após o falecimento, o respectivo espólio ou herdeiros possam ser chamados a suceder o *de cujus* na lide, sendo este o ponto fulcral da controvérsia atinente à ilegitimidade passiva, concluindo o aresto recorrido por ser suficiente e bastante a fundamentação externada para a resolução do recurso interposto.

Se ainda assim entende a embargante que o acórdão violou os preceitos invocados (artigos 110, 976, 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; 131 e 135, III, CTN; 1.784 e 1.997, CC; e 4º, III e IV, § 2º da Lei 6.830/1980), deve insurgir-se através de recurso próprio junto à instância superior competente, e não por meio de embargos de declaração que, sabidamente, não se prestam a corrigir suposto *error in iudicando*.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DO ESPÓLIO ANTERIORMENTE À CITAÇÃO DO DE CUJUS - IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. Ao contrário do suposto, o acórdão decidiu a controvérsia em termos, reputando que não basta apenas ter eventualmente havido redirecionamento da execução fiscal ao responsável tributário, pois o que importa é se este foi citado ainda em vida para que, após o falecimento, o respectivo espólio ou herdeiros possam ser chamados a suceder o *de cujus* na lide, sendo este o ponto fulcral da controvérsia atinente à ilegitimidade passiva, concluindo o aresto recorrido por ser suficiente e bastante a fundamentação externada para a resolução do recurso interposto.
4. Se ainda assim entende a embargante que o acórdão violou os preceitos invocados (artigos 110, 976, 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; 131 e 135, III, CTN; 1.784 e 1.997, CC; e 4º, III e IV, § 2º da Lei 6.830/1980), deve insurgir-se através de recurso próprio junto à instância superior competente, e não por meio de embargos de declaração que, sabidamente, não se prestam a corrigir suposto *error in iudicando*.
5. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0014630-16.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: EVERSON DIAS PEREIRA
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0014630-16.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: EVERSON DIAS PEREIRA
ADV: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO AOS CURSOS DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS MÚSICOS. ARTIGO 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 3º, INCISO III, ALÍNEA "G", DA LEI Nº 12.705/2012. FIXAÇÃO DE LIMITE DE IDADE – POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada com o intuito de obter provimento jurisdicional que reconheça o direito à participação no Concurso Público para Admissão aos Cursos de Formação de Sargentos Músicos, regido pelo Edital nº 3/SCA, de 06 de maio de 2016, sem a observância do limite de idade de 26 (vinte e seis) anos a que se refere o seu artigo 3º, inciso III.
2. De acordo com a Súmula nº 683 do STF, o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição Federal, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.
3. Por ocasião do julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, do RE nº 600.885/RS, o Pretório Excelso manifestou entendimento no sentido de que, em se tratando de concursos públicos para ingresso nas Forças Armadas, esse limite de idade deve ser fixado em lei, conforme disciplina o artigo 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal.
4. A Lei nº 12.705/2012 cumpriu o mister a que se referem o RE nº 600.885 e o artigo 142, inciso X, da Lei Maior, estabelecendo os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército.
5. Referida lei estipulou a faixa etária de 17 (dezesete) a 26 (vinte e seis) anos (artigo 3º, inciso III, alínea "g", da Lei nº 12.705/2012) para admissão nos Cursos de Formação de Sargentos das Qualificações Militares de Músico e de Saúde, previsão igualmente estampada no artigo 3º, inciso III, do edital de regência do certame.
6. Os candidatos a tais cursos de formação estão sujeitos a um limite de idade menos rigoroso do que aquele exigido para os candidatos que concorrem aos cursos de formação de Sargentos das demais qualificações militares (alínea "f" do inciso III), de modo que o legislador já procurou adequar o limite etário à natureza das atribuições dos Sargentos Músicos, em consonância com o enunciado da Súmula nº 683 do STF.
7. O fato de o autor/apelante já se qualificar como Cabo Músico não o exonera da limitação etária exigida no certame em apreço, visto se tratar de concurso público para admissão a cursos de formação relativos a cargo diverso (Sargento) e que possui regimento e atribuições próprios, de modo que os candidatos devem adimplir todos os requisitos exigidos no certame. Ademais, há expressa disposição de lei acerca do tema (artigo 3º, inciso III, alínea "g", da Lei nº 12.705/2012), a qual possui suporte constitucional (artigo 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal).
8. Não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no limite de idade previsto no Edital nº 3/SCA, de 06 de maio de 2016, tampouco desconformidade com o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal.
9. Precedentes (TRF3 e TRF2).
10. Acréscimo do percentual de 2% (dois por cento) ao importe fixado na sentença a título de verba honorária (artigo 85, § 11, do CPC).
11. Apelação a que se nega provimento."

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão no julgado, pois: (1) não enfrentou todos os argumentos do recurso, nos termos dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC; (2) "o Acórdão proferido pela tribunal padeceu de contradição com a súmula 683 do Supremo Tribunal Federal que apresenta em sua redação a alegação de que as limitações de idade só possuem legitimação no artigo 7º, inciso XXX da CF/88 quando essas possam se justificar pela natureza de atribuição do cargo"; e (3) falta de razoabilidade na aplicação da limitação etária no caso, vez que a função de sargento músico requer habilidades artísticas, sendo certo que o embargante, já pertencente ao serviço militar, não deveria ser submetido à exigência etária mínima.

Houve impugnação da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014630-16.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: EVERSON DIAS PEREIRA
ADV: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro *in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, constou do acórdão embargado o seguinte:

"A Constituição Federal estabelece como um dos direitos fundamentais dos trabalhadores a "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" (artigo 7º, inciso XXX – sem grifos no original).

Objetivando dar adequada interpretação a essa disposição constitucional no que concerne aos concursos públicos, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 683, segundo a qual "O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido" (sem grifos no original).

Outrossim, por ocasião do julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, do RE nº 600.885/RS, o Pretório Excelso manifestou entendimento no sentido de que, em se tratando de concursos públicos para ingresso nas Forças Armadas, esse limite de idade deve ser fixado em lei, conforme disciplina o artigo 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal:

"Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.” (sem grifos no original)

A Lei nº 12.705/2012 cumpriu o mister a que se referem o RE nº 600.885 e o artigo 142, inciso X, da Lei Maior, estabelecendo os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército. Confira-se:

“Art. 3º São requisitos específicos para o candidato ao ingresso nos cursos de formação de oficiais e sargentos de carreira do Exército, nas formas definidas na legislação e regulamentação vigentes e nos editais dos concursos públicos:

[...]

III - atender aos seguintes requisitos de idade em 31 de dezembro do ano de sua matrícula:

[...]

f) nos Cursos de Formação de Sargentos das diversas Qualificações Militares, exceto de Músico e de Saúde: possuir no mínimo 17 (dezesete) e no máximo 24 (vinte e quatro) anos de idade; e

g) nos Cursos de Formação de Sargentos das Qualificações Militares de Músico e de Saúde: possuir no mínimo 17 (dezesete) e no máximo 26 (vinte e seis) anos de idade: ” (sem grifos no original)

Da transcrição supra, verifica-se que a lei em apreço estipulou a faixa etária de 17 (dezesete) a 26 (vinte e seis) anos (artigo 3º, inciso III, alínea “g”, da Lei nº 12.705/2012) para admissão nos Cursos de Formação de Sargentos das Qualificações Militares de Músico e de Saúde, previsão igualmente estampada no artigo 3º, inciso III, do edital de regência do certame (Id nº 7325526, página 19).

É relevante anotar que os candidatos a tais cursos de formação estão sujeitos a um limite de idade menos rigoroso do que aquele exigido para os candidatos que concorrem aos cursos de formação de Sargentos das demais qualificações militares (alínea “f” do inciso III), de modo que o legislador já procurou adequar o limite etário à natureza das atribuições dos Sargentos Músicos, em consonância com o enunciado da Súmula nº 683 do STF.

O fato de o autor/apelante já se qualificar como Cabo Músico não o exonera da limitação etária exigida no certame em apreço, visto se tratar de concurso público para admissão a cursos de formação relativos a cargo diverso (Sargento) e que, portanto, possui regimento e atribuições próprios, de modo que os candidatos devem adimplir todos os requisitos exigidos no certame. Ademais, cumpre frisar que há expressa disposição de lei acerca do tema (artigo 3º, inciso III, alínea “g”, da Lei nº 12.705/2012), a qual possui suporte constitucional (artigo 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal).

Desta forma, em que pese esta Terceira Turma tenha se manifestado em sentido diverso por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº 0013669-42.2016.4.03.0000 (Id nº 7325528, páginas 25/32), entendo que não há ilegalidade ou inconstitucionalidade no limite de idade previsto no Edital nº 3/SCA, de 06 de maio de 2016, tampouco desconformidade com o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, nos termos acima expostos.

A sentença, portanto, deve ser mantida.

Sobre o tema, destaco precedentes desta Corte e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DO EXÉRCITO. LIMITE ETÁRIO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. A decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 600.885/RS, estabeleceu que a limitação etária em concurso público para ingresso nas Forças Armadas somente é válida se prevista em lei em sentido formal, sendo inconstitucional a limitação baseada exclusivamente em ato normativo infralegal.

II. Considerando que o C. STF, órgão máximo incumbido da interpretação constitucional, declarou que as regras atinentes ao limite de idade para ingresso no serviço militar devem ser previstas em lei, e que, no caso em questão, há lei nesse sentido, não se vislumbra a inconstitucionalidade apontada.

III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5008998-51.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal VALDECI DOS SANTOS, julgado em 08/10/2018, Intimação via sistema DATA: 16/10/2018)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. MÚSICO. EXÉRCITO BRASILEIRO. LIMITE DE IDADE.

1. Não está presente a probabilidade do direito do agravante, eis que o mesmo afirma que possui 28 (vinte e oito) anos de idade e que a idade admitida no concurso, para a qualificação militar de músico, é de no máximo 26 (vinte e seis) anos, não preenchendo o requisito previsto no artigo 3º, III, do Edital nº 3/SCA, de 05 de maio de 2017, do concurso público para admissão e matrícula nos cursos de formação de Sargentos Músicos, referente ao concurso de admissão para matrícula em 2018.

2. A limitação etária no concurso em questão possui amparo no art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal/88, e no artigo 3º, III, alínea g, da Lei nº 12.705, de 08 de agosto de 2012, que dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército. Além disso, não se vislumbra a alegada incompatibilidade entre a limitação relativa à idade e as atribuições do cargo pretendido, porquanto o concurso não é para formação de músico, mas sim, de Sargentos do Exército Brasileiro, ainda que na especialidade de música. Logo, os candidatos devem ostentar as condições físicas previstas no edital, até porque, a eles serão impostos os deveres, a hierarquia e a disciplina militares, tal qual são impostos a todos os demais militares integrantes da corporação.

3. Recurso desprovido.” (sem grifos no original)

(TRF2 - 7ª TURMA ESPECIALIZADA, AG - Agravo de Instrumento - Agravos - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0008329-13.2017.4.02.0000, Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, publicado em 25/10/2017).”

Como se observa, restou extensamente motivado o acórdão nos pontos pertinentes à controvérsia, não padecendo de falta de fundamentação para efeito dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC.

A alegação de contradição com o enunciado da Súmula 683/STF não diz respeito a vício de incongruência entre premissas e conclusões do acórdão, mas veicula tese de suposta violação da jurisprudência consolidada, o que não é passível de exame na via eleita, embora esteja fartamente demonstrada a improcedência da assertiva, reiterada, de resto, na alegação de falta de razoabilidade na aplicação da faixa etária ao caso concreto, o que demonstra, pois, que o intento do recurso não é, propriamente, suprir vício sanável na via eleita, mas, em verdade, rediscutir a causa, por inconformismo e suposto *error in iudicando*, pretensão inviável.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aprofundado, como os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO AOS CURSOS DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS MÚSICOS. FIXAÇÃO DE LIMITE DE IDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.
2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.
3. A leitura do voto condutor revela que restou extensamente motivado o acórdão nos pontos pertinentes à controvérsia, não padecendo de falta de fundamentação para efeito dos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, CPC. A alegação de contradição com o enunciado da Súmula 683/STF não diz respeito a vício de incongruência entre premissas e conclusões do acórdão, mas veicula tese de suposta violação da jurisprudência consolidada, o que não é passível de exame na via eleita, embora esteja fartamente demonstrada a improcedência da assertiva, reiterada, de resto, na alegação de falta de razoabilidade na aplicação da faixa etária ao caso concreto, o que demonstra, pois, que o intento do recurso não é, propriamente, suprir vício sanável na via eleita, mas, em verdade, rediscutir a causa, por inconformismo e suposto *error in iudicando*, pretensão inviável.
4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015860-67.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WMF COMERCIO DE GENEROS ALIMENTICIOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: TARCISIO NORONHA MENDONCA - MG158660
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015860-67.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WMF COMERCIO DE GENEROS ALIMENTICIOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: TARCISIO NORONHA MENDONCA - MG158660
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra rejeição de exceção de pré-executividade, afastando as alegações de nulidade da citação e prescrição intercorrente.

Alegou-se que: (1) a citação via postal do coexecutado Walter Minchetti Filho não foi válida, pois o aviso de recebimento foi assinado por pessoa sem relação com os executados; (2) o Código Processual de 1973, vigente à época, não autorizava citação via postal em processos de execução, devendo ser declarada a nulidade da citação; (3) não tendo havido citação, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente pelo transcurso de mais de cinco anos entre o despacho citatório (30/03/2010) e a publicação do edital (17/08/2017); (4) os marcos interruptivos adotados pela decisão agravada não devem ser acolhidos, em vista da nulidade da citação do coexecutado e o fato de que o pedido de citação por edital não interrompe o prazo prescricional.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015860-67.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: WMF COMERCIO DE GENEROS ALIMENTICIOS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: TARCISIO NORONHA MENDONCA - MG158660
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a exceção de pré-executividade foi oposta exclusivamente pela empresa, que agravou da decisão de rejeição da pretensão, não cabendo, pois, analisar questão atinente à nulidade da citação do sócio, pois não é parte no incidente nem o recurso em exame.

Neste sentido:

AI 0009345-09.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 15/07/2016: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE PESSOA JURÍDICA NO PÓLO PASSIVO. RECURSO INTERPOSTO PELA SÓCIA. ILEGITIMIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO-CONHECIDO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DEMONSTRAÇÃO DE FRAUDE EM CONTRATO DE ALUGUEL. PESSOA JURÍDICA. LOCADORA MERAMENTE FORMAL. PESSOA FÍSICA SÓCIA. REAL BENEFICIÁRIA. COBRANÇA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE ALUGUERES. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS DE PESSOA JURÍDICA E FÍSICA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELA EMPRESA. IMPERTINÊNCIA. EQUIVOCO NO PREENCHIMENTO DA DIMOB. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOCUMENTAL EM SEDE DE EXCEÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A agravante, pessoa física originalmente executada, não possui legitimidade para contestar a decisão impugnada, no que incluiu a pessoa jurídica no pólo passivo, sendo aplicável, na espécie, a vedação do artigo 18 do Código de Processo Civil/2015, a fim de não conhecer, neste ponto, do recurso. 2. Quanto à matéria veiculada através de exceção de pré-executividade, existe prova documental pré-constituída, cabendo apenas o exame de seu conteúdo probante à luz dos fatos articulados pelas partes. 3. O crédito executado foi constituído de ofício, e refere-se à diferença entre o imposto de renda sobre rendimentos de alugueres recebidos por pessoa jurídica, e o que seria efetivamente devido pelo recebimento de tais valores pela pessoa física. 3. Embora no contrato de aluguel conste como locadora a pessoa jurídica BTN, e esta tenha promovido o recolhimento do imposto de renda incidente sobre os alugueres, a RFB constatou que, em verdade, a verdadeira locadora do imóvel seria a executada pessoa física, que teria constituído a empresa, e integralizado sua participação através do imóvel, apenas com o intuito de reduzir a tributação incidente, de 27,5% para a pessoa física, para 15% em relação à pessoa jurídica. 4. A movimentação bancária da BTN não demonstra o recebimento dos valores nominais dos alugueres pela pessoa jurídica, conforme extratos apresentados pela própria agravante, sendo que, ainda, da declaração de ajuste anual da pessoa física, do ano-calendário 2005, não consta declaração de remuneração recebida da pessoa jurídica pela executada pessoa física, sócia-gerente da empresa. 5. Há, portanto, demonstração de que a constituição da BTN, e sua inclusão como locadora no contrato, serviu tão somente para reduzir a tributação sobre os alugueres, já que o que consta dos autos é que os valores seriam recebidos diretamente pela sócia executada, sem ter ingressado no patrimônio da empresa, não havendo demonstração documental necessária para comprovar a alegação de que haveria tão somente equívoco da imobiliária no preenchimento da DIMOB, mesmo porque, não se trata apenas de constatar suposto equívoco no preenchimento, quando outros documentos apontam em sentido contrário. 6. Agravo de instrumento conhecido em parte, e na parte conhecida, parcialmente provido."

Sobre a prescrição intercorrente, a Corte Superior firmou precedente a ser considerado na apreciação da espécie:

REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJe 16/10/2018: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSTURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). 1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. 2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente". 3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege. 4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973): 4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução; 4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução. 4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato; 4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera. 4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. 4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."

No julgamento acima foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

(1) **Tese 566:** "O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução";

(2) **Teses 567 e 569:** "Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável";

(3) **Tese 568:** "A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens";

(4) **Teses 570 e 571:** "A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição".

Após determinada a citação, expediu-se carta com aviso de recebimento negativo, de que teve ciência a exequente em 07/12/2010. A tentativa de citação por oficial de justiça também restou frustrada, conforme certidão lavrada em 04/06/2012, com ciência em 20/08/2012, quando foi requerida a inclusão do sócio, citado em 06/11/2014, por carta com aviso de recebimento. Quanto à empresa foi citada após publicação do edital em 17/08/2017 com penhora eletrônica de ativos financeiros em 20/03/2018.

Segundo a orientação do precedente, a partir da ciência da não localização do devedor para citação começa a contar o prazo de suspensão provisória de um ano e, em seguida, o de arquivamento por cinco anos. Como referido, tal ciência ocorreu em 07/12/2010, quando frustrada a citação postal, sendo efetivada a citação somente após publicação do edital em 17/08/2017. Entre tais datas decorreu prazo superior a seis anos, nos termos da Súmula 317, restando consumada, pois, a prescrição intercorrente face à agravante, segundo a jurisprudência da Corte Superior.

Não cabe, na hipótese, tratar da prescrição em face do sócio, que não é agravante nem se sujeita à responsabilidade solidária para efeito de extensão dos efeitos da prescrição declarada em face da empresa.

Acolhida a exceção de pré-executividade, cabe a condenação da agravada em verba de sucumbência.

A propósito, o § 3º do artigo 85, CPC, fixa limites percentuais dos honorários advocatícios para as causas em que a Fazenda Pública for parte, a incidir sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido. Por sua vez, o respectivo § 4º, III, estabelece que "não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa".

Frete aos detalhados enunciados do Código de Processo Civil, quanto à sucumbência, tem sido reiterado pela jurisprudência que a equidade, na condição de princípio geral do direito, deve ser aplicada na interpretação da lei para correto arbitramento da verba honorária, sobretudo nos casos em que a estrita literalidade normativa possa resultar na imposição de valor tanto irrisório como excessivo e desproporcional, considerando os critérios elencados nos incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, devendo, assim, ser coibida e afastada a condenação a título de sucumbência que possa gerar locupletamento ilícito e enriquecimento sem causa para qualquer das partes que litigam em Juízo.

Neste sentido:

RESP 1.789.913, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE de 11/03/2019: "**PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 85, § 3º E 8º DO CPC/2015, DESTINADA A EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DESPROPORCIONAL. POSSIBILIDADE.** 1. No regime do CPC/1973, o arbitramento da verba honorária devida pelos entes públicos era feita sempre pelo critério da equidade, tendo sido consolidado o entendimento jurisprudencial de que o órgão julgador não estava adstrito ao piso de 10% estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC/1973. 2. A leitura do caput e parágrafos do art. 85 do CPC/2015 revela que, atualmente, nas causas envolvendo a Fazenda Pública, o órgão julgador arbitrará a verba honorária atento às seguintes circunstâncias: a) liquidez, ou não da sentença: na primeira hipótese, passará o juízo a fixar, imediatamente, os honorários conforme os critérios do art. 85, § 3º, do CPC/2015; caso ilíquida, a definição do percentual a ser aplicado somente ocorrerá após a liquidação de sentença; b) a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora; em caráter residual, isto é, quando inexistente condenação ou não for possível identificar o proveito econômico, a base de cálculo corresponderá ao valor atualizado da causa; c) segundo disposição expressa no § 6º, os limites e critérios do § 3º serão observados independentemente do conteúdo da decisão judicial (podem ser aplicados até nos casos de sentença sem resolução de mérito ou de improcedência); e d) o juízo puramente equitativo para arbitramento da verba honorária - ou seja, desvinculado dos critérios acima - , teria ficado reservado para situações de caráter excepcionalíssimo, quando "inestimável" ou "irrisório" o proveito econômico, ou quando o valor da causa se revelar "muito baixo". 3. No caso concreto, a sucumbência do ente público foi gerada pelo acolhimento da singela Exceção de Pré-Executividade, na qual apenas se informou que o débito foi pago na época adequada. 4. O Tribunal de origem fixou honorários advocatícios abaixo do valor mínimo estabelecido no art. 85, § 3º, do CPC, almejado pela recorrente, porque "o legislador pretendeu que a apreciação equitativa do Magistrado (§ 8º do art. 85) ocorresse em hipóteses tanto de proveito econômico extremamente alto ou baixo, ou inestimável" e porque "entendimento diverso implicaria ofensa aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, razoabilidade e proporcionalidade" (fls. 108-109, e-STJ). 5. A regra do art. 85, § 3º, do atual CPC - como qualquer norma, reconheça-se - não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserida em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico. 6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015). 7. Conforme bem apreendido no acórdão hostilizado, justifica-se a incidência do juízo equitativo tanto na hipótese do valor inestimável ou irrisório, de um lado, como no caso da quantia exorbitante, de outro. Isso porque, observa-se, o princípio da boa-fé processual deve ser adotado não somente como vetor na aplicação das normas processuais, pela autoridade judicial, como também no próprio processo de criação das leis processuais, pelo legislador, evitando-se, assim, que este último utilize o poder de criar normas com a finalidade, deliberada ou não, de superar a orientação jurisprudencial que se consolidou a respeito de determinado tema. 8. A linha de raciocínio acima, diga-se de passagem, é a única que confere efetividade aos princípios constitucionais da independência dos poderes e da isonomia entre as partes - com efeito, é totalmente absurdo conceber que somente a parte exequente tenha de suportar a majoração dos honorários, quando a base de cálculo dessa verba se revelar ínfima, não existindo, em contrapartida, semelhante raciocínio na hipótese em que a verba honorária se mostrar excessiva ou viabilizar enriquecimento injustificável à luz da complexidade e relevância da matéria controversa, bem como do trabalho realizado pelo advogado. 9. A prevalecer o indevido entendimento de que, no regime do novo CPC, o juízo equitativo somente pode ser utilizado contra uma das partes, ou seja, para majorar honorários irrisórios, o próprio termo "equitativo" será em si mesmo contraditório. 10. Recurso Especial não provido."(g.n.)

Também assim tem decidido a Turma:

ApCiv 0001346-78.2016.4.03.6119, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, e-DJF3 de 11/07/2019: "**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESISTÊNCIA DA AÇÃO PELO AUTOR. JUSTA REMUNERAÇÃO. EQUIDADE. APELAÇÃO PROVIDA.** 1. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em valor que permita a justa e adequada remuneração dos vencedores, sem contribuir para o seu enriquecimento sem causa, ou para a imposição de ônus excessivo a quem decaiu da respectiva pretensão, cumprindo, assim, o montante da condenação com a finalidade própria do instituto da sucumbência, calculada no princípio da causalidade e da responsabilidade processual. 2. A legislação permite a fixação de honorários pelo magistrado em consonância com o trabalho prestado pelo advogado, evitando-se o enriquecimento desproporcional e sem causa e a onerosidade excessiva para a parte contrária. Interpretação extensiva ao disposto no § 8º do artigo 85 do CPC/2015. 3. A causa é de baixa complexidade, o processo transitou por tempo exíguo, houve desistência pela parte autora e o trabalho da Fazenda Nacional não demandou esforço fora do exigido em qualquer demanda. 4. Razoável fixar o valor da condenação dos honorários no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 5. Apelação provida."

Assim, nos termos da jurisprudência, considerando as circunstâncias relacionadas ao trabalho desenvolvido nos autos, cabe arbitrar, pelo princípio da equidade, de forma moderada a verba honorária para garantir remuneração proporcional sem oneração excessiva da parte vencida, fixando-a em dez mil reais, nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, dou-lhe provimento, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ILEGITIMIDADE RECURSAL PARA PLEITEAR EM NOME DE TERCEIRO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. A exceção de pré-executividade foi oposta exclusivamente pela empresa, que agravou da decisão de rejeição da pretensão, não cabendo, pois, analisar questão atinente à nulidade da citação do sócio, pois não é parte no incidente nemno recurso em exame.
2. Sobre a prescrição intercorrente, a Corte Superior firmou, no julgamento do RESP 1.340.553, as teses 566, 567, 568, 569, 570 e 571, aplicáveis, em conjunto com a Súmula 317, para solução da controvérsia.
3. No caso, após determinada a citação, expediu-se carta com aviso de recebimento negativo, de que teve ciência a exequente em 07/12/2010. A tentativa de citação por oficial de justiça também restou frustrada, conforme certidão lavrada em 04/06/2012, com ciência em 20/08/2012, quando foi requerida a inclusão do sócio, citado em 06/11/2014, por carta com aviso de recebimento. Quanto à empresa foi citada após publicação do edital em 17/08/2017 com penhora eletrônica de ativos financeiros em 20/03/2018.
4. Segundo a orientação do precedente, a partir da ciência da não localização do devedor para citação começa a contar o prazo de suspensão provisória de um ano e, em seguida, o de arquivamento por cinco anos. Na espécie, tal ciência ocorreu em 07/12/2010, quando frustrada a citação postal, sendo efetivada a citação somente após publicação do edital em 17/08/2017. Entre tais datas decorreu prazo superior a seis anos, nos termos da Súmula 317, restando consumada, pois, a prescrição intercorrente face à agravante, segundo a jurisprudência da Corte Superior.
5. Acolhida a exceção de pré-executividade, fixa-se a verba de sucumbência, nos termos do artigo 85, § 8º, CPC.
6. Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta extensão, provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, deu-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027159-75.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: JOSE ROBERTO LAPETINA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ELIANA GALVAO DIAS - SP83977-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027159-75.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: JOSE ROBERTO LAPETINA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ELIANA GALVAO DIAS - SP83977-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade, afastando alegações de decadência ou prescrição do débito.

Alegou-se que: (1) ocorreu a decadência/prescrição do crédito executado, pois correu prazo superior a cinco anos entre o vencimento do tributo até a determinação judicial de citação da executada; (2) a apuração do crédito equívocou-se ao não considerar qualquer dedução prevista em lei, incidindo, portanto, em bitributação.

Houve contrarrazões.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027159-75.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: JOSE ROBERTO LAPETINA
Advogado do(a) AGRAVANTE: ELIANA GALVAO DIAS - SP83977-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, quanto à decadência, verifica-se que o crédito exequendo tem por base tributos referentes ao exercício de 1999, vencidos em 28/04/2000, cuja declaração pelo contribuinte continha informações incorretas, sendo efetuado lançamento de ofício. O termo inicial do prazo decadencial iniciou-se, portanto, em 01/01/2000, na forma do artigo 173, I, CTN, tendo havido constituição do crédito em 16/12/2004, não se consumando a decadência.

Em relação à prescrição, a ação executiva foi ajuizada apenas em 27/03/2015, mas em razão de discussão administrativa iniciada em 2003 e encerrada em 2014, quando houve a constituição definitiva para efeito de contagem do quinquênio prescricional, tendo sido, pois, respeitado o prazo legal.

Descabidas, portanto, as alegações de decadência ou prescrição.

Sobre o suposto erro na apuração do crédito exequendo, tal discussão não cabe em sede de exceção de pré-executividade, dado que os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"*.

De fato, basicamente o que se exige é que, no incidente, não seja necessária a dilação probatória e a resolução de controvérsia que extrapole os limites estritos da cognição própria de tal via célere de impugnação.

Neste sentido:

AI 5022758-96.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, Intimação via sistema 10/03/2020: "PROCESSUAL CIVIL, AGRAVO DE INSTRUMENTO, EXECUÇÃO FISCAL, EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, SÚMULA 393 DO STJ, MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA, INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, RECURSO DESPROVIDO. 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, em relação aos limites da exceção de pré-executividade, no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame ex officio, e independentemente de dilação probatória. O enunciado da Súmula nº 393 do STJ também é na mesma linha: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". 2. Na hipótese, em que pese o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, tenha assentado a tese da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a alegação de excesso de execução não se resolve no plano do simples acolhimento da questão de direito, demandando dilação probatória, com a realização de perícia contábil, de modo a possibilitar a identificação e a quantificação da parcela tida por inexigível. 3. Lembre-se que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, a qual somente pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do contribuinte, o que não ocorreu no caso concreto. E considerando a impossibilidade de produção de prova em sede de exceção de pré-executividade, forçoso reconhecer a inadequação do incidente processual. Precedentes. 4. Agravo desprovido.

Afirmar que o título executivo carece de liquidez e certeza envolve a desconstituição de presunção legal que exige fundamentação e comprovação, não servindo como argumentação de fácil e pronta resolução, sem o exame das circunstâncias de cada caso concreto, controvertidas na espécie.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL, EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. APURAÇÃO DO CRÉDITO. SÚMULA 393/STJ. MATÉRIA FÁTICA CONTROVERTIDA. DESPROVIMENTO.

1. Quanto à decadência, o crédito exequendo tem por base tributos referentes ao exercício de 1999, vencidos em 28/04/2000, cuja declaração pelo contribuinte continha informações incorretas, sendo efetuado lançamento de ofício. O termo inicial do prazo decadencial iniciou-se, portanto, em 01/01/2000, na forma do artigo 173, I, CTN, tendo havido constituição do crédito em 16/12/2004, não se consumando a decadência.

2. Em relação à prescrição, a ação executiva foi ajuizada apenas em 27/03/2015, mas em razão de discussão administrativa iniciada em 2003 e encerrada em 2014, quando houve a constituição definitiva para efeito de contagem do quinquênio prescricional, tendo sido, pois, respeitado o prazo legal.

3. Sobre o suposto erro na apuração do crédito exequendo, tal discussão não cabe em sede de exceção de pré-executividade, dado que os limites da cognição possível na via eleita são definidos pela Súmula 393/STJ: *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"*. De fato, basicamente o que se exige é que, no incidente, não seja necessária a dilação probatória e a resolução de controvérsia que extrapole os limites estritos da cognição própria de tal via célere de impugnação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025230-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: FLAG DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025230-70.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: FLAG DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em ação anulatória, indeferiu tutela de urgência, por entender inviável a suspensão de atos expropriatórios por Juízo que não seja o do processo executivo e por considerar que a propositura da ação de conhecimento posterior ao ajuizamento de execução fiscal não constitui óbice à ação executiva, não vislumbrando, assim, a presença dos requisitos para a concessão da tutela pleiteada.

Alegou-se que: (1) o artigo 11, § 1º, da Lei 6.830/1980 é expresso em determinar que a penhora de estabelecimento comercial, somente ocorra de forma excepcional, depois do prévio esgotamento do rol taxativo do dispositivo legal; (2) o REsp 1.114.767 qualificou o imóvel profissional como absolutamente impenhorável porque necessário ao exercício da atividade econômica; (3) o pedido de corresponsabilização solidária ocorreu dezesseis anos após citação da devedora principal, verificando prescrição; (4) a avaliação do imóvel penhorado é superior em mais de R\$ 14.000.000,00 ao valor da dívida executada, evidenciando excesso da penhora, e a alienação do mesmo revogaria a autorização concedida pela ANP para desenvolvimento da atividade econômica; e (5) foi feito o depósito do valor total do crédito (R\$ 172.234,06) na execução fiscal 0016879-10.2001.4.03.6182 para impedir que o bem penhorado fosse levado a leilão.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025230-70.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: FLAG DISTRIBUIDORA DE PETROLEO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, como constou do relatório a decisão agravada não tratou de examinar quaisquer das alegações deduzidas, pois reputou inviável apreciar questões atinentes à execução fiscal ajuizada, em sede de anulação superveniente.

Sucedendo que, apesar de explícito tal fundamento, a agravante não deduziu razões para a impugnação específica, reiterando simplesmente fundamentos de mérito sobre o pedido de tutela de urgência, relativos à impenhorabilidade de estabelecimento comercial ou penhora somente após inviável outra forma de construção, excesso de penhora, prescrição e depósito obstativo ao leilão, questões que, como ressaltado, sequer foram tangenciadas na decisão agravada.

Logo, as razões do agravo de instrumento encontram-se dissociadas do fundamento em que se assentou a decisão agravada, não se prestando, assim, a impugná-las para efeito de devolver ao Tribunal o exame da pretensão decidida. É vício insanável da interposição a impugnação ao que não foi decidido e, por sua vez, a não impugnação do que foi efetivamente decidido.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. CONHECIMENTO DO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A decisão agravada reputou inviável apreciar questões atinentes à execução fiscal ajuizada, em sede de anulação superveniente.
2. Apesar de explícito tal fundamento, a agravante não deduziu razões para impugnação específica, reiterando simplesmente fundamentos de mérito sobre o pedido de tutela de urgência, relativos à impenhorabilidade de estabelecimento comercial ou penhora somente após inviável outra forma de construção, excesso de penhora, prescrição e depósito obstativo ao leilão, questões que sequer foram tangenciadas na decisão agravada.
3. As razões do agravo de instrumento encontram-se dissociadas, pois, do fundamento em que se assentou a decisão agravada, não se prestando, assim, a impugná-las para efeito de devolver ao Tribunal o exame da pretensão decidida, vez que é vício insanável da interposição a impugnação ao que não foi decidido e, por sua vez, a não impugnação do que foi efetivamente decidido.
4. Agravo de instrumento não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018779-29.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL EXPRESS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018779-29.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL EXPRESS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou exceção de pré-executividade.

Alegou-se que: (1) ocorreu a prescrição da cobrança dos créditos tributários das competências de 13/02/1998 a 15/01/1999; (2) o processo não foi impulsionado pela Fazenda Nacional por mais de cinco anos, gerando prescrição intercorrente; (3) não foi requerida a localização de bens penhoráveis para satisfação da dívida, não se aplicando a Súmula 314/STJ; e (4) na hipótese de acolhimento da exceção de pré-executividade, cabível a condenação da Fazenda Nacional em honorários de sucumbência, nos termos do artigo 85, §3º, CPC.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018779-29.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: OSVIL EXPRESS LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO AMATO - SP199215-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do quinquênio corresponde à data da entrega ou do vencimento do tributo, o que for posterior.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no REsp 1.597.015, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 03/03/2020: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DIA SEGUINTE AO DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO OU DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO, O QUE FOR POSTERIOR. RESP 1.120.295/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 21.5.2010, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Segundo orientação da Primeira Seção desta Corte ao julgar o REsp. 1.120.295/SP, mediante o rito dos recursos repetitivos, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o termo inicial da prescrição ocorre no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária ou no dia posterior à data em que declarado e não pago o tributo, o que for posterior. Nesse sentido: AgInt no REsp. 1.787.925/MT, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 23.5.2019; AgInt no REsp. 1.596.436/PE, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 15.4.2019. 2. Na espécie, o crédito tributário foi constituído mediante a entrega da declaração pelo contribuinte (GIA), em 26.5.1994, e a ação executiva foi proposta em 31.5.1999, isto é, após o prazo de cinco anos. Assim, há de ser reconhecida a prescrição. 3. Agravo Interno da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO a que se nega provimento."

Quanto à interrupção da prescrição, considerada a redação originária e a que resultou da LC 118/2005, o marco interruptivo é apurado pelo critério da lei vigente à época da prática do ato respectivo, seja a citação, seja o despacho de citação, mas em qualquer dos casos com retroação do efeito interruptivo à data da propositura da ação, tal qual previsto no § 1º do artigo 219, CPC/1973, e § 1º do artigo 240, CPC/2015, e, se verificada demora, desde que possa ser imputável exclusivamente ao próprio mecanismo judiciário, sem causalidade por parte da exequente, nos termos da Súmula 106/STJ, conforme revela o seguinte julgado:

AgInt no AREsp 1.383.027, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 14/05/2019: "PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 219, § 1º, DO CPC/1973. MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO RETROAGE À DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO PROPOSTA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 106 DA SÚMULA DO STJ. I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida em embargos de declaração que afastou o incidente para manter decisão singular anterior, ao entendimento de que seu manejo foi tão somente no intuito de obter efeitos infringentes. No Tribunal a quo, negou-se seguimento ao recurso. II - Sobre a apontada violação do art. 219, § 1º, do CPC/1973, assiste razão à recorrente. III - O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.120.295/SP (Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 21/5/2010), pacificou o entendimento de que, em execução fiscal, o marco interruptivo da prescrição, atinente à citação pessoal feita ao devedor (quando aplicável a redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) ou ao despacho do juiz que ordena a citação (após a alteração do art. 174 do CTN pela Lei Complementar n. 118/2005), retroage à data do ajuizamento da execução proposta dentro do prazo prescricional, não ficando a parte exequente prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao Poder Judiciário, a teor da Súmula n. 106/STJ. Confira-se: REsp n. 1.724.365/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/4/2018, DJe 25/5/2018; AgInt no AREsp n. 912.577/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 7/2/2017 (grifos não constam do texto original) REsp n. 1430049/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18/2/2014, DJe 25/2/2014 (grifos não constam do texto original). IV - Conforme ficou declarado no acórdão recorrido, a execução fiscal foi ajuizada dentro do prazo de cinco anos após a constituição do crédito tributário, mesmo que a citação tenha ocorrido posteriormente, tendo-se por não ocorrida, portanto, a prescrição intercorrente. V - Agravo interno improvido"

Na espécie, o crédito executando refere-se a débitos de PIS com vencimentos entre 13/02/1998 e 15/01/1999, cuja entrega da declaração ocorreu em **24/09/1999**, tendo sido inscritos em dívida ativa em 16/05/2003, como ajuizamento do feito em **27/08/2003** (ID 83127777, f. 1/9; ID 83127778, f. 1; ID 83134133, f. 5).

Em seguida, houve despacho ordenando a citação em **29/08/2003**, expedição de carta citatória em 13/06/2005, e juntada de AR negativo em 14/07/2005 (ID 83127778, f. 2/5). Não houve citação para interrupção da prescrição, como exigido na redação do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, anterior à LC 118/2005.

Posteriormente, houve pedido da PFN de arquivamento provisório do feito, sem baixa na distribuição, por ser o valor executado inferior a R\$ 10.000,00, datado de 10/10/2005. Depois, após instada a manifestar-se, pleiteou citação por edital, em 26/03/2007, porém não houve andamento do feito até o comparecimento espontâneo da executada com a oposição de exceção de pré-executividade em 22/05/2017 (ID 83127778, f. 8/10 e 11).

Percebe-se, portanto, que não houve citação da executada em momento algum, mas apenas a ordem de citação, em 29/08/2003, antes da vigência da LC 118/2005, não se prestando, pois, à interrupção da prescrição. Até o comparecimento espontâneo da executada, em 22/05/2017, decorreu, pois, tempo mais do que suficiente para a prescrição material, à luz do artigo 174, CTN, considerado como termo inicial a entrega da DCTF em 24/09/1999.

Sequer cabe cogitar de prescrição intercorrente, pois não interrompido o próprio curso da prescrição material, suficiente e bastante para inviabilizar a pretensão executória.

Acolhida a exceção de pré-executividade, cabe a condenação da agravada em verba honorária, que se fixa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, CPC, considerando o grau de zelo profissional, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo dispendido, em 15% (quinze por cento) do valor do proveito econômico da causa, representado pelo valor atualizado da execução fiscal.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 174, CTN. CITAÇÃO INEXISTENTE. ARQUIVAMENTO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA.

1. Com a entrega da DCTF após vencidos os débitos, em 24/09/1999, teve início o curso legal da prescrição que, porém, na espécie, não foi interrompido, pois a ordem de citação, em 29/08/2003, ocorreu ainda na vigência originária do artigo 174, parágrafo único, I, CTN, que exigia a citação como marco interruptivo.
2. Após frustrada a tentativa de citação postal, a exequente requereu sobrestamento, em razão do reduzido valor da execução fiscal (inferior a dez mil reais) em 10/10/2005, sendo retomada a execução somente em 26/03/2007, quando requerida a citação por edital, nunca efetivada, ficando paralisado o feito até o comparecimento espontâneo da executada com a oposição de exceção de pré-executividade em 22/05/2017, alegando prescrição integralmente consumada à luz do artigo 174, CTN, sem que caiba cogitar sequer de prescrição intercorrente.
3. Acolhida a exceção de pré-executividade, cabe a condenação da agravada em verba honorária, que se fixa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, CPC, considerando o grau de zelo profissional, natureza e importância da causa, trabalho realizado e tempo dispendido, em 15% (quinze por cento) do valor do proveito econômico da causa, representado pelo valor atualizado da execução fiscal.
4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029249-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ETORE BRESSIANI
Advogado do(a) AGRAVADO: SILMAR JOSE DA SILVA - SP176165
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029249-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ETORE BRESSIANI
Advogado do(a) AGRAVADO: SILMAR JOSE DA SILVA - SP176165
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão (E 117/118, ID 106172607) que, em execução fiscal, determinou recolhimento de custas de diligências no prazo de 48 horas, sob pena de arquivamento.

Alegou-se que é “hipótese de superação dos precedentes, quer da Súmula nº 11, do TRF3 e da Súmula nº 190, do STJ, quer do RESP 1.144.687/RS, porquanto a ratio decidendi – distinção entre custas e despesas processuais e impossibilidade de impor a terceiro obrigação de suportar seu ônus independentemente de lei que o estabeleça – foi ultrapassada pela transferência do ônus aos tribunais correspondentes”, com base nos artigos 60, 62 e 63 da Lei de Finanças Públicas, 3º da Lei Estadual 11.608/2003, 1.027 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e 2º da Resolução 153/2012 do Conselho Nacional de Justiça, de modo que a agravante “somente deverá ressarcir as despesas aos Tribunais de Justiça, após a apresentação da relação mensal dos mandados cumpridos pelos oficiais de justiça e cópias das certidões do respectivo cumprimento”.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Não houve contraminuta do agravado.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029249-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: ETORE BRESSIANI
Advogado do(a) AGRAVADO: SILMAR JOSE DA SILVA - SP176165
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, é assente a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que "a isenção do pagamento de custas e emolumentos e a postergação do custeio das despesas processuais (artigos 39, da Lei 6.830/80, e 27, do CPC), privilégios de que goza a Fazenda Pública, não dispensam o pagamento antecipado das despesas com o transporte dos oficiais de justiça ou peritos judiciais, ainda que para cumprimento de diligências em execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal" (RESP 1.144.687, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 21/05/2010).

Em julgamento repetitivo, de que resultou o Tema 396, enunciou a Corte Superior o seguinte entendimento, aplicável à espécie:

"Ainda que a execução fiscal tenha sido ajuizada na Justiça Federal (o que afasta a incidência da norma inserta no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.289/96), cabe à Fazenda Pública Federal adiantar as despesas com o transporte/condução/deslocamento dos oficiais de justiça necessários ao cumprimento da carta precatória de penhora e avaliação de bens (processada na Justiça Estadual), por força do princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio".

Não assiste, portanto, razão à agravante, pois não houve superação dos precedentes em questão (Súmulas 190/STJ e 11/TRF3, e RESP 1.144.687/RS), de maneira que o entendimento consolidado é perfeitamente válido para o caso sob análise.

A afetação, pela Corte Superior, do Tema 1.054, não interfere no caso, pois versa sobre adiantamento pela Fazenda Pública exequente de **despesas postais referentes a ato citatório**, não sendo esta a controvérsia dos autos, que trata de **despesas com diligências para cumprimento de mandado de reavaliação de imóveis penhorados**, por oficial de justiça. A rigor, não se haveria de supor que o Tema 1.054 pudesse tratar, novamente, de questão já decidida no Tema 396, específico para diligências de oficial de justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DESPESAS COM DILIGÊNCIAS. FAZENDA PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE RECOLHIMENTO. NECESSIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. É assente a jurisprudência da Corte Superior no sentido de que "a isenção do pagamento de custas e emolumentos e a postergação do custeio das despesas processuais (artigos 39, da Lei 6.830/80, e 27, do CPC), privilégios de que goza a Fazenda Pública, não dispensam o pagamento antecipado das despesas com o transporte dos oficiais de justiça ou peritos judiciais, ainda que para cumprimento de diligências em execução fiscal ajuizada perante a Justiça Federal" (RESP 1.144.687, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 21/05/2010).

2. Em julgamento repetitivo, de que resultou o Tema 396, enunciou a Corte Superior o seguinte entendimento, aplicável à espécie: "Ainda que a execução fiscal tenha sido ajuizada na Justiça Federal (o que afasta a incidência da norma inserta no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.289/96), cabe à Fazenda Pública Federal adiantar as despesas com o transporte/condução/deslocamento dos oficiais de justiça necessárias ao cumprimento da carta precatória de penhora e avaliação de bens (processada na Justiça Estadual), por força do princípio hermenêutico ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio".

3. Não assiste, pois, razão à agravante, dado que prevalece o entendimento firmados em súmulas e precedentes (Súmulas 190/STJ e 11/TRF3, e RESP 1.144.687/RS), contrário à pretensão deduzida nos autos.

4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000719-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A, PAULO ROBERTO PIRES DE CAMARGO, ANTONIO PEREIRA DE CAMARGO, IRINEU SZPIGEL

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000719-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A, PAULO ROBERTO PIRES DE CAMARGO, ANTONIO PEREIRA DE CAMARGO, IRINEU SZPIGEL

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, acolheu exceção de pré-executividade oposta por PAULO ROBERTO PIRES DE CAMARGO, excluiu do pólo passivo o sócio corresponsabilizado pela dívida da pessoa jurídica executada, sob fundamento do decurso do prazo prescricional para redirecionamento.

Alegou a PFN que o Juízo considerou, para fins de contagem do prazo prescricional, a citação da pessoa jurídica executada, contrariando jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo tem início com o nascimento da pretensão a partir da constatação da dissolução irregular.

Houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000719-71.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: ENGRAPLAST INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS S/A, PAULO ROBERTO PIRES DE CAMARGO, ANTONIO PEREIRA DE CAMARGO, IRINEU SZPIGEL

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, em julgamento submetido ao rito repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.

Fixou-se assim tese jurídica no sentido de que, na hipótese de dissolução irregular após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na “data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte”, por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento (Tema 444-REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019):

“(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC -fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional”.

Neste sentido, a ementa de tal julgado:

REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO DO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica". DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte". 4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-vista - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária. 6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009. 7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010. 8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing). 10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ai, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição. 16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifestamente a aplicação indevida da legislação federal. 17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados. 18. Recurso Especial provido."

Na espécie, foi ajuizada a execução fiscal contra a ENGRAPLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA (Id 120851646, f 01), com despacho de citação em 29/10/2003 (Id 120851646, f 10) e citação em 03/12/2003 através de carta com aviso de recepção (Id 120851646, f 34). A executada informou, em 28/11/2003, a adesão a parcelamento de débitos (Id 120851646, f 14), em julho/2006, a PFN informou a rescisão do acordo e requereu a expedição de mandado de penhora (Id 120851646, f 63), deferida em 17/10/2006 (Id 120851646, f 66). Contudo, ao diligenciar no endereço cadastrado, em 29/11/2006, o oficial de Justiça não localizou a executada (Id 120851646, f 71), assim como nos outros endereços fornecidos pela PFN em 06/11/2007 (Id 120851646, f 100) e em 09/12/2009 (Id 120851646, f 136).

Diante da informação colhida em 09/12/2009, sobre o encerramento das atividades da executada (Id 120851646, f 136), a PFN requereu, em 21/01/2010, o redirecionamento da ação aos sócios (Id 120851646, f 137), sendo a medida deferida em 10/05/2010 (Id 120851646, f 138).

Conforme se verifica, constatado que, quando da citação, a executada principal exercia atividades empresariais normalmente, tanto que ingressou em programa de parcelamento, a prática posterior de atos que denotam dissolução irregular, a partir de 29/11/2006, com confirmação em 09/12/2009, constitui termo inicial da prescrição para redirecionamento, requerido pela exequente em 21/01/2010, demonstrando a inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. TEMA 444/STJ. DISSOLUÇÃO IRREGULAR APÓS A CITAÇÃO DA EXECUTADA PRINCIPAL. TERMO INICIAL. DATA DO NASCIMENTO DA PRETENSÃO.

1. Em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 444-REsp 1201993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.
2. Fixou-se no julgamento tese jurídica no sentido de que, na hipótese em que a dissolução irregular ocorrer após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento.
3. Constatado que, quando da citação, a executada principal exercia atividades empresariais normalmente, tanto que ingressou em programa de parcelamento, a prática posterior de atos que denotam dissolução irregular, a partir de 29/11/2006, com confirmação em 09/12/2009, constitui termo inicial da prescrição para redirecionamento, requerido pela exequente em 21/01/2010, demonstrando a inexistência de decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento e seu exercício.
4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000710-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
AGRAVADO: EDINELSON SANTANA CARMO - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000710-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
AGRAVADO: EDINELSON SANTANA CARMO - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra indeferimento, em execução fiscal, de bloqueio de valores pelo sistema BacenJud, com fundamento na aplicação da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019) anteriormente ao início de sua vigência (janeiro/2020), tendo em vista que, embora a decisão tenha sido proferida em 06/11/2019, seus efeitos seriam posteriores, quando a lei já estaria vigente.

Alegou a agravante que: (1) a decisão agravada foi proferida antes da vigência da Lei 13.869/2019; (2) o bloqueio da quantia executada não incide no artigo 36 da Lei 13.869/2019, pois não se trata de valor exacerbado; e (3) possível o bloqueio do valor executado pelo sistema BacenJud, nos termos do artigos 835, I, e § 1º, e 854 do CPC/2015.

A antecipação da tutela recursal foi concedida para determinar o rastreamento e o bloqueio de ativos financeiros em nome do agravado (ID 121923674).

Sem contraminuta, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000710-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
AGRAVADO: EDINELSON SANTANA CARMO - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, o Juízo *a quo* justificou o indeferimento pelo risco de ser bloqueado valor em excesso, apesar de corretamente indicado no sistema do BACENJUD, pois as instituições financeiras não consideram valores e saldos bloqueados em outras contas em nome do executado em outras instituições. Ademais, o enorme volume de processos e petições a serem analisados diariamente não permitiria cumprir o artigo 854, § 1º, CPC (“no prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo”), gerando a perspectiva de aplicação do artigo 36 da Lei 13.105/2015:

“Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”

Primeiramente, a interpretação do texto supra com a extensão que tem sido, por vezes conferida, pode resultar na violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário, princípio básico do Estado de Direito, além de infração a dever funcional até porque norma restritiva da liberdade e da independência funcional da magistratura deve ser interpretada, ao menos, literalmente, quando não seja o caso de uma leitura restritiva e até de declaração de inconstitucionalidade, conforme o caso.

Percebe-se claramente que a norma penal exige dolo específico, ter inequívoca ciência o magistrado de que o valor tornado indisponível foi não apenas superior, mas exacerbadamente superior ao devido e, ainda, de forma comprovada nos autos por demonstração da excessividade por parte do executado e, acrescidamente, se e apenas se o juiz deixar de promover a correção, sem justa causa. Logo, não se aplica o prazo de 24 horas do artigo 854, § 1º, do Código de Processo Civil, para efeito do tipo penal, pois este exige a provocação da parte interessada, o que não significa, em termos cíveis, que esteja dispensado o magistrado, quando tiver conhecimento do fato, de ofício ou por provocação de terceiros, de corrigir o excesso verificado. O volume atual de demanda judiciária, neste sentido, é fator que pode interferir, caso a caso, na identificação exata do momento em que materializada a conduta e presente o dolo específico de não corrigir o excesso na indisponibilidade decretada.

São diversos, como visto, os elementos típicos subjetivos, objetivos e normativos exigidos para a configuração do tipo penal, e qualquer interpretação, em sede penal, não pode ser ampliativa, mas, necessariamente, apenas pode ser estrita e tipológica, baseada na conformidade com a Constituição Federal, sobretudo quando se trate de norma aplicável ao exercício da função jurisdicional, em que cabe, por certo, o controle e a coibição de abusos, mas não o cerceamento da liberdade e independência funcional.

Afora, portanto, a patente inviabilidade de tipificar como crime o regular exercício da jurisdição, o que mais preocupa, sem dúvida, é a transformação da cautela e da prudência, que são exigências inerentes à condição de magistrado, em receio e temor de exercer plenamente todas as responsabilidades do cargo, deixando de enfrentar, inclusive, leis inconstitucionais e repelir teses e interpretações inconstitucionais porque ao magistrado, enfim, é dada a atribuição de exercer, desde a primeira instância, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A aplicação da lei em referência, pelo Juízo agravado, antes da própria vigência respectiva reforça o entendimento de que não bastaria proferir a decisão, mas seria necessário ainda deixar de corrigir a eficácia construtiva ilegal depois de provocado pelo executado quanto ao excesso - o que, muito provavelmente, ocorria dentro da vigência da norma, meses após a publicação conforme a *vacatio legis* fixada -, a demonstrar, assim, a inexistência, de fato, de qualquer possibilidade de justificado receio de incidência da norma que, de toda sorte, se previse tipificação na forma presumida na origem padecerá de evidente inconstitucionalidade.

Neste sentido, o precedente desta Corte:

AI 5031693-28.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CARLOS CEDENHO, DJe de 09/04/2020: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. ARTIGO 805 DO NOVO CPC. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. ORDEM DE PREFERÊNCIA. ABUSO DE AUTORIDADE NÃO VERIFICADO. AGRAVO PROVIDO. [...] 5. Não há falar em risco de responsabilização nos termos do artigo 36 da Lei 13.869/19, pois o §1º do artigo 1º da citada legislação é claro no sentido de que os crimes ali elencados são de dolo específico, ou seja, apenas se caracterizam quando houver uma vontade específica, própria na conduta praticada, o que não é o caso. 6. Agravo provido."

Por fim, se não fosse o caso de corrigir posteriormente eventual excesso em virtude do cumprimento cumulativo da indisponibilidade por diversas instituições financeiras, caberia ao magistrado, em vez de simplesmente indeferir o pedido, adotar a cautela de fracionar o comando judicial, realizando-se prévia consulta de saldos de contas e, com a informação positiva, deferir seletivamente o bloqueio, conforme possível segundo descrição do "Manual Básico. Bacenjud 2.0. Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário" (disponível em "<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-basico-do-bacen-jud-2.0.pdf>").

Assim, a rigor, caberia afastar a motivação adotada para indeferimento da constrição de ativos financeiros para que o próprio Juízo agravado reapreciasse o pedido de indisponibilidade patrimonial conforme formulado pela exequente. Todavia, no caso concreto, como a antecipação de tutela recursal foi deferida em termos mais amplos deve ser preservada a respectiva eficácia.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL. BACENJUD. RISCO DE PRÁTICA DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O indeferimento do pedido de constrição de ativos financeiros foi justificado diante do risco de bloqueio de valor em excesso, apesar de corretamente indicado no sistema do BACENJUD, pois as instituições financeiras não consideram valores e saldos bloqueados em outras contas em nome do executado em outras instituições, gerando perspectiva de cometimento de crime de abuso de autoridade, conforme as prescrições da Lei 13.105/2015: "Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole excessivamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa".

2. Primeiramente, a interpretação do texto penal com a extensão que tem sido, por vezes conferida, pode resultar na violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário, princípio básico do Estado de Direito, além de infração a dever funcional até porque norma restritiva da liberdade e da independência funcional da magistratura deve ser interpretada, ao menos, literalmente, quando não seja o caso de uma leitura restritiva e até de declaração de inconstitucionalidade, conforme o caso.

3. Percebe-se claramente que a norma penal exige dolo específico, ter inequívoca ciência o magistrado de que o valor tomado indisponível foi não apenas superior, mas excessivamente superior ao devido e, ainda, de forma comprovada nos autos por demonstração da excessividade por parte do executado e, acrescidamente, se e apenas se o juiz deixar de promover a correção, sem justa causa. Logo, não se aplica o prazo de 24 horas do artigo 854, § 1º, do Código de Processo Civil, para efeito do tipo penal, pois este exige a provocação da parte interessada, o que não significa, em termos cíveis, que esteja dispensado o magistrado, quanto tiver conhecimento do fato, de ofício ou por provocação de terceiros, de corrigir o excesso verificado. O volume atual de demanda judiciária, neste sentido, é fator que pode interferir, caso a caso, na identificação exata do momento em que materializada a conduta e presente o dolo específico de não corrigir o excesso na indisponibilidade decretada.

4. São diversos, como visto, os elementos típicos subjetivos, objetivos e normativos exigidos para a configuração do tipo penal, e qualquer interpretação, em sede penal, não pode ser ampliada, mas, necessariamente, apenas pode ser estrita e tipológica, baseada na conformidade com a Constituição Federal, sobretudo quando se trate de norma aplicável ao exercício da função jurisdicional, em que cabe, por certo, o controle e a coibição de abusos, mas não o cerceamento da liberdade e independência funcional.

5. Afóra, portanto, a patente inviabilidade de tipificar como crime o regular exercício da jurisdição, o que mais preocupa, sem dúvida, é a transformação da cautela e da prudência, que são exigências inerentes à condição de magistrado, em receio e temor de exercer plenamente todas as responsabilidades do cargo, deixando de enfrentar, inclusive, leis inconstitucionais e repelir teses e interpretações inconstitucionais porque ao magistrado, enfim, é dada a atribuição de exercer, desde a primeira instância, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

6. A aplicação da lei em referência, pelo Juízo agravado, antes da própria vigência respectiva reforça o entendimento de que não bastaria proferir a decisão, mas seria necessário ainda deixar de corrigir a eficácia constritiva ilegal depois de provocado pelo executado quanto ao excesso - o que, muito provavelmente, ocorria dentro da vigência da norma, meses após a publicação conforme a *vacatio legis* fixada -, a demonstrar, assim, a inexistência, de fato, de qualquer possibilidade de justificado receio de incidência da norma que, de toda sorte, se previu tipificação na forma presumida na origem padeceria de evidente inconstitucionalidade.

7. Por fim, se não fosse o caso de corrigir posteriormente eventual excesso no cumprimento cumulativo da indisponibilidade por diversas instituições financeiras, caberia ao magistrado, em vez de simplesmente indeferir o pedido, adotar a cautela de fracionar o comando judicial, realizando-se prévia consulta de saldos de contas e, com a informação positiva, deferir o bloqueio seletivamente, conforme possível segundo descrição do "Manual Básico. Bacenjud 2.0. Sistema de Atendimento ao Poder Judiciário" (disponível em "<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/manual-basico-do-bacen-jud-2.0.pdf>").

8. A rigor, caberia afastar a motivação adotada para indeferir a constrição de ativos financeiros para que o próprio Juízo agravado reapreciasse o pleito de indisponibilidade patrimonial conforme formulado pela exequente. Todavia, no caso concreto, como a antecipação de tutela recursal foi deferida em termos mais amplos deve ser preservada a respectiva eficácia.

9. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002350-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: GHF COMERCIAL INTERNATIONAL TRADING LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON GAREY - SP44456
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002350-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: GHF COMERCIAL INTERNATIONAL TRADING LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON GAREY - SP44456
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que indeferiu a expedição de mandado, vez que a anotação e reserva de crédito fazendário junto à falência independe de penhora no rosto dos autos respectivos, bastando a credora a comunicação do crédito diretamente naquele Juízo.

Alegou-se que: (1) a penhora no rosto dos autos configura procedimento tradicional previsto na legislação e sedimentado na prática forense para inclusão do crédito fiscal da Fazenda Pública no rateio de credores formado na falência; (2) o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da possibilidade de habilitação do crédito fazendário no feito falimentar enquanto estratégia facultativa; e (3) a opção pela habilitação implica renúncia ao procedimento de penhora, o que se insere na prerrogativa da Fazenda Pública.

Sem contramínuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002350-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: GHF COMERCIAL INTERNATIONAL TRADING LTDA.
Advogado do(a) AGRAVADO: NELSON GAREY - SP44456
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inscrição em dívida ativa confere ao crédito tributário respaldo administrativo, orçamentário e financeiro, incluindo a prerrogativa de não se sujeitar a concurso de credores ou habilitação em falência, dispensando a apresentação de prova negativa para análise do requerimento de realização de penhora no rosto dos autos nos autos da execução fiscal, conforme releva o seguinte precedente:

REsp 1.740.313, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 26/11/2018: "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE AÇÃO DE FALÊNCIA. HABILITAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA. DESNECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 187 DO CTN E DO ART. 29 DA LEF. 1. O STJ possui orientação pacífica no sentido de que "Uma vez inscrita em dívida ativa obrigação consubstanciada em outro título executivo, deve ser aplicado o regime jurídico próprio da dívida ativa que implica seu controle administrativo, orçamentário e financeiro (emissão de certidões positivas - art. 31, da LEF, parcelamentos, remissões, anistias, programas fiscais em geral, etc.) e agrega ao crédito inscrito a eficácia de não se sujeitar a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento (art. 29, da LEF)" (REsp 1.247.650/RN, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19/12/2013). 2. Desnecessária, portanto, a apresentação de prova negativa (inexistência de pedido, nos autos da Ação Falimentar, de habilitação do crédito), para o fim de análise do requerimento apresentado, nos autos da Execução Fiscal, de realização de penhora no rosto dos autos. 3. Recurso Especial provido.

A penhora no rosto nos autos da falência consiste em forma de conciliar a insubmissão do crédito da Fazenda Pública ao concurso de credores, nos termos do artigo 187, do CTN, e as atribuições do Juízo falimentar, especificamente a de liquidar o ativo e pagar o passivo conforme a ordem legal de pagamentos, segunda a redação do artigo 149 da Lei 11.101/2005.

Ademais, ressalte-se que a mera habilitação no Juízo falimentar levaria a que o crédito pudesse ser impugnado nos autos da falência, em contrariedade à competência exclusiva do Juízo da execução fiscal e à necessidade de garantia para discussão judicial, de modo que a penhora no rosto dos autos, além de manter a competência do Juízo processante, garante o crédito tributário antes de eventual oposição de embargos do devedor.

Considerada a dispensa de prova negativa de pedido no processo falimentar de habilitação do crédito, não há óbice, portanto, a que seja apreciado no próprio feito executivo o pedido de expedição de mandado com ordem de realização de penhora no rosto dos autos do processo falimentar.

Neste sentido:

AI 5026446-03.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, Intimação via sistema 10/02/2020: " PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO NA FALÊNCIA. DESCABIMENTO. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS. MEDIDA CONDIZENTE COM O REGIME DE COBRANÇA JUDICIAL DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. I. A pretensão recursal procede. II. A penhora no rosto nos autos da falência é a única forma de conciliar a insubmissão do crédito da Fazenda Pública a concurso de credores (artigo 187, caput, do CTN) e as atribuições do Juízo falimentar, especificamente a de liquidar o ativo e pagar o passivo conforme a ordem legal de pagamentos (artigo 149 da Lei n. 11.101 de 2005). III. A habilitação do crédito da Fazenda Pública no processo falimentar não tem cabimento, seja porque o CTN a declara expressamente inexigível, seja porque conflita com o regime de cobrança judicial de Dívida Ativa. IV. A habilitação levaria que o crédito pudesse ser impugnado nos autos da falência, em contrariedade à competência exclusiva do Juízo processante da execução fiscal e à necessidade de garantia para discussão judicial (artigos 38, caput, e 16, § 1º, da Lei n. 6.830 de 1980). V. A própria oposição dos embargos do devedor, de interesse do executado, ficaria inviabilizada. Como eles dependem de garantia e a habilitação não produz nenhum efeito nesse sentido, a massa falida estaria destituída da possibilidade de impugnar o crédito tributário. VI. A penhora no rosto dos autos, em contrapartida, traz consequências totalmente distintas, garantindo o crédito tributário antes da discussão judicial, mantendo a competência do Juízo processante da execução fiscal e possibilitando a oposição de embargos do devedor. Sem prejuízo, é claro, das atribuições do Juízo falimentar, especificamente a de liquidar o ativo e de pagar o passivo conforme a ordem legal de pagamentos. VII. Portanto, a habilitação do crédito da União na falência de Camaçá Caldeiraria e Máquinas Industriais Ltda. não é exigível; a penhora no rosto dos autos garante o cumprimento do regime de cobrança de Dívida Ativa da Fazenda Pública. VIII. Agravo de instrumento o que se dá provimento."

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento, nos termos supracitados.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE FALÊNCIA. DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. Consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inscrição em dívida ativa confere ao crédito tributário respaldo administrativo, orçamentário e financeiro, incluindo a prerrogativa fazendária de não se sujeitar a concurso de credores ou habilitação em falência, além de dispensar apresentação de prova negativa para análise do pleito de realização de penhora no rosto dos autos do processo falimentar.
2. A penhora no rosto nos autos da falência consiste em forma de conciliar a insubmissão do crédito da Fazenda Pública ao concurso de credores, nos termos do artigo 187, do CTN, e as atribuições do Juízo falimentar, especificamente a de liquidar o ativo e pagar o passivo conforme a ordem legal de pagamentos, segunda a redação do artigo 149 da Lei 11.101/2005.
3. Ademais, a mera habilitação no Juízo falimentar levaria a que o crédito pudesse ser impugnado nos autos da falência, em contrariedade à competência exclusiva do Juízo da execução fiscal e à necessidade de garantia para discussão judicial, de modo que a penhora no rosto dos autos, além de manter a competência do Juízo processante, garante o crédito tributário antes de eventual oposição de embargos do devedor.
4. Considerada a dispensa de prova negativa de pedido no processo falimentar de habilitação do crédito, não há óbice, portanto, a que seja apreciado no próprio feito executivo o pedido de expedição de mandado com ordem de realização de penhora no rosto dos autos do processo falimentar.
5. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005659-79.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MARCELO MACUL
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAIMUNDO MARQUES QUEIROZ JUNIOR - SP303248-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005659-79.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MARCELO MACUL
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAIMUNDO MARQUES QUEIROZ JUNIOR - SP303248-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu pedido de liberação de valores bloqueados pelo BACENJUD, pois não comprovada a utilização da conta exclusivamente para recebimento de salário, dada a existência de outras movimentações, não se verificando a impenhorabilidade, suspendendo o processo em razão de parcelamento.

Alegou-se que: (1) os valores bloqueados possuem natureza salarial, sendo impenhoráveis; (2) o extrato de um mês apresentado é suficiente para demonstrar a natureza do valor bloqueado; (3) em razão de parcelamento do débito, o numerário não deveria continuar retido; e (4) é necessária concessão de efeito suspensivo.

Não houve deferimento da antecipação de tutela recursal.

Houve impugnação.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005659-79.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: MARCELO MACUL
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAIMUNDO MARQUES QUEIROZ JUNIOR - SP303248-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, na execução fiscal houve bloqueio pelo BACENJUD do montante de R\$ 6.120,87, em conta corrente no Banco Santander (f. 22, ID 126567387), sendo indeferido o desbloqueio, por não ter sido demonstrada a natureza salarial dos valores constritos.

Embora tenha sido juntado extrato referente apenas ao próprio mês do bloqueio (ID 126566314, f. 04), identifica-se, dentre os lançamentos nele existentes, o valor de R\$ 16.891,97, a título de salário e proventos, enquanto que o bloqueio recaiu sobre o montante muito menor, a demonstrar a compatibilidade do bloqueado com as verbas salariais registradas no documento.

Ainda que possam existir outras movimentações na conta, o artigo 833, IV, CPC, tutela valores e não a conta em si e os demais lançamentos em geral, de modo que, identificados créditos relativos a salário e proventos, os montantes respectivos são impenhoráveis.

Dada a fungibilidade do dinheiro, não se trata de averiguar se o montante bloqueado é o que corresponde exatamente ao salário ou saldo salarial depositado anteriormente, sem embargo da discussão do acúmulo respectivo ao longo do tempo na conta, o que não parece ser o caso dado que noticiado nos autos a contratação de financiamento por crédito consignado. Se, porém, o valor bloqueado encontra-se dentro dos limites do salário e proventos recebidos e identificados como tais no extrato bancário, como se verifica na espécie, a impenhorabilidade deve ser reconhecida.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada, nos termos supracitados.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BACENJUD. IMPENHORABILIDADE. NATUREZA SALARIAL. VALORES EM CONTA CORRENTE. BLOQUEIO DE VALOR NO LIMITE DO LANÇAMENTO REGISTRADO COMO SALÁRIO E PROVENTOS. RECURSO PROVIDO.

1. Existindo no extrato de conta corrente bancária identificação de lançamento a crédito de salário e proventos em valor superior ao bloqueado, a penhora respectiva não pode prevalecer dada a garantia do artigo 833, IV, CPC.
2. Ainda que a conta seja utilizada para outras movimentações, é impenhorável o valor equivalente ao salário e proventos e, sendo fungível o dinheiro, não se trata de aferir se a constrição recaiu exatamente sobre o depósito salarial ou saldo respectivo na data do bloqueio judicial, bastando que esteja dentro do limite do que, a tal título, é lançado a crédito na conta corrente do executado.
3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Tuma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029030-09.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TALASSA SERVICOS E INVESTIMENTOS LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029030-09.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TALASSA SERVICOS E INVESTIMENTOS LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, indeferiu pleito fazendário de declaração de ineficácia da alienação do imóvel matrícula 69.621 (1º CRI São Paulo/SP), sob alegação de fraude à execução.

Alegou que: (1) com a LC 118/2005 para configuração de fraude à execução, a teor do artigo 185, CTN, passou a ser relevante apenas a existência de débitos inscritos em dívida ativa em nome do devedor alienante; e (2) no caso, quando da alienação do imóvel matrícula 69.621 (1º CRI São Paulo/SP), ocorrida em 10/11/2007, já haviam diversos débitos inscritos em dívida ativa em nome do devedor, gerando assim a presunção absoluta de fraude.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029030-09.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: TALASSA SERVICOS E INVESTIMENTOS LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, sobre a caracterização da fraude à execução em relação às demandas para cobrança de débitos de natureza tributária, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito repetitivo (artigo 543-C, CPC/1973), assim decidiu no RESP 1.141.990, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 19/11/2010:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/2005. SÚMULA 375/STJ. INAPLICABILIDADE. 1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (lex specialis derogat lex generalis), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais. 2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução." 3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita." 4. Conseqüentemente, a alienação efetuada antes da entrada em vigor da LC n.º 118/2005 (09.06.2005) presume-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa. 5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. 6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se in re ipsa, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o concilium fraudis. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 / DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 / MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 / AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 472-473 / BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604). 7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo: "O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118/05) à hipótese em apreço (tempus regit actum), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ". (EDcl no Agr no Ag 1.019.882/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 14/10/2009) "Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005)". (REsp 726.323/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009) "Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118/2005". (AgRg no Ag 1.048.510/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe 06/10/2008) "A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118/2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224/SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal". (REsp 810.489/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009). 8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, verbis: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf. artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.". 9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo 185 do CTN encerra presunção jure et de jure, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF. 10. In casu, o negócio jurídico em tela operou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118/2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal. 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008."

Conforme se verifica, é firme a jurisprudência em reconhecer a presunção absoluta da fraude à execução, não se aplicando no âmbito da execução fiscal a Súmula 375/STJ, dispensando, outrossim, a discussão em torno de eventual boa-fé, má-fé ou conluio entre os contratantes.

Neste sentido, ademais, o seguinte julgado:

RESP 1.825.320, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 11/10/2019: "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.141.990/PR. ALIENAÇÃO DO BEM APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. 1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.141.990/PR, da relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos feitos repetitivos, firmou: a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); b) a alienação engendrada até 8.6.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 9.6.2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, basta efetivar a inscrição em dívida ativa para a configuração da fraude; c) a não aplicação do artigo 185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante 10/STF. 2. Assentou-se ainda que a lei especial, o Código Tributário Nacional, se sobrepõe ao regime do direito processual civil, não se adotando nas execuções fiscais o tratamento dispensado à fraude civil, diante da supremacia do interesse público, já que o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. 3. Registre-se, por oportuno, que se consolidou o entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". 4. O acórdão recorrido consignou: "Em que pese a sentença tenha aplicado o art. 185 do CTN ao fundamentar a improcedência da demanda, porquanto o débito executado já estava inscrito em dívida ativa, a prova da boa-fé é possível, como acima referido" (fl. 379, e-STJ). 5. O acórdão a quo asseverou que a alienação do imóvel ocorreu após a inscrição em dívida ativa. 6. A discussão a respeito da boa-fé, convém esclarecer, foi decidida pela Corte regional, em desconformidade do entendimento do STJ adotado no REsp 1.141.990/PR, que expressamente afirma que se trata de presunção absoluta (e não juris tantum, isto é, não sujeita à produção de prova em contrário. Cito, para tanto, o seguinte exerto do voto condutor no recurso repetitivo: "(...) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (jure et de jure) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil)". 7. O acórdão impugnado inobservou a exigência da legislação federal e não aplicou corretamente a orientação do STJ a respeito do tema, consolidada em julgamento de recurso repetitivo, merecendo reforma. 8. Com efeito, tratando-se de alienação de imóvel efetuada após a entrada em vigor da LC 118/2005, a presunção jure et de jure da Fraude à Execução fica configurada porque o negócio jurídico ocorreu após a inscrição em dívida ativa. 9. Recurso Especial provido, com inversão dos ônus sucumbenciais fixados na origem."

Certo que, para configurar fraude à execução, não basta alienação de bens após citação do executado ou inscrição em dívida ativa (na hipótese de alienação a partir de 09/06/2005, após a vigência da LC 118/2005), pois o estado de insolvência é igualmente condição para a aplicação do artigo 185 do CTN, cabendo ao adquirente provar que o devedor tinha bens suficientes para pagar a dívida ativa em fase de execução, o que não ocorreu na espécie em julgamento.

Neste sentido já decidiu esta Turma:

AC 0010392-04.2013.4.03.6182, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 09/05/2018: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO EM EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA NO ROSTO DOS AUTOS DE AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CESSÃO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE PRECATÓRIO APÓS INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. RESP 1141990/PR. ART. 185, DO CTN, COM REDAÇÃO DA LC 118/2005. PARCELAMENTO. ESCRITURA PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA. SOLVÊNCIA E BOA-FÉ NÃO DEMONSTRADAS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. No julgamento do REsp 1141990/PR, submetido ao rito dos repetitivos, restou pacificado pelo STJ que, em matéria de fraude à execução, não se aplica aos executivos fiscais as normas processuais civis e o enunciado de sua súmula 375, devendo ser observado o disposto no art. 185, do CTN, do seguinte modo: a) quanto aos negócios jurídicos celebrados sob a redação original, presume-se a fraude a partir da citação válida do executado; b) nas alienações realizadas posteriormente às alterações da LC 118/2005, configura-se a fraude desde a mera inscrição do débito tributário em dívida ativa. 2. Nos estritos termos do representativo acima citado, a má-fé é presumida de forma absoluta, uma vez que a fraude fiscal possui natureza diversa da fraude civil e afronta o interesse público. 3. A adesão a programa de parcelamento não tem o condão de afastar a fraude, que para ser reconhecida basta que o alienante seja "sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa". Assim, a alienação é válida, mas a eficácia perante o Fisco estará condicionada ao adimplemento do parcelamento fiscal, acentuando-se que entendimento contrário geraria um forte estímulo para a dissipação, pelo executado, de seu patrimônio. Precedentes desta Corte Regional. 4. Elide-se a presunção de má-fé somente quando o devedor reserva patrimônio suficiente para a garantia do débito fiscal, sendo ônus do executado/alienante e do terceiro adquirente a demonstração da solvência. Inteligência do art. 185, parágrafo único, do CTN. Jurisprudência desta Terceira Turma. [...] 7. Não se desincumbiu a embargante do ônus de demonstrar que a empresa executada possui bens, rendas ou créditos suficientes para a garantia da dívida tributária, inexistindo nos autos qualquer menção nesse sentido, de modo que a segunda condição para a configuração da fraude também se encontra presente. [...]"

No caso, a transferência da propriedade do bem imóvel ocorreu sob a vigência da nova redação do artigo 185, CTN, dada pela LC 118/2005, segundo a qual basta, para caracterizar a fraude, que a alienação seja efetuada depois da inscrição do crédito em dívida ativa, independentemente da data da citação na execução fiscal respectiva.

Verifica-se que a transmissão do imóvel pelo coexecutado ocorreu em 20/05/2014, tendo decorrido de sentença de adjudicação compulsória transitada em julgado (Id 104926332, f. 68). Por sua vez, os débitos executados (CDA 80.6.18.097327-48 e 80.6.15.053529-53) foram inscritos em dívida ativa em 13/07/2018 e 08/05/2015 (Id 104926332, f. 10 e Id 104926332, f. 07), posteriormente, portanto, à transferência da propriedade do imóvel, o que afasta assim a presunção de fraude à execução.

Tampouco seria possível, nesta execução fiscal, pleitear a declaração de ineficácia da transferência da propriedade do imóvel, pela fraude à execução, considerando inscrições que geraram demandas executivas fiscais diversas daquela em que proferida a decisão agravada, diante da inexistência de relação com o objeto da ação, sem prejuízo que tal pretensão seja veiculada nas execuções fiscais geradas por tais inscrições, ou omissão de conhecimento.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE IMÓVEL ANTES DA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE FRAUDE.

1. Presume-se em fraude à execução a alienação de bem, sem reserva de outros, depois da citação do executado, na redação originária do artigo 185, CTN, ou da inscrição em dívida ativa, na vigência da LC 118/2005, não se aplicando, na execução fiscal, a Súmula 375/STJ, nem se exigindo, para a ineficácia de tal negócio jurídico, a prova de má-fé ou de conluio entre alienante e adquirente.
2. A transmissão do imóvel pelo coexecutado ocorreu em 20/05/2014, tendo decorrido de sentença de adjudicação compulsória transitada em julgado. Por sua vez, os débitos executados (CDA 80.6.18.097327-48 e 80.6.15.053529-53) foram inscritos em dívida ativa em 13/07/2018 e 08/05/2015, posteriormente, portanto, à transferência da propriedade do imóvel, o que afasta assim a presunção de fraude à execução.
3. Invável pleitear a declaração de ineficácia da transferência da propriedade do imóvel, pela fraude à execução, considerando inscrições que geraram demandas executivas fiscais diversas daquela em que proferida a decisão agravada, diante da inexistência de relação com o objeto da ação, sem prejuízo que tal pretensão seja veiculada nas execuções fiscais geradas por tais inscrições, ou em ação de conhecimento.
4. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009839-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL
AGRAVADO: CLAUDIO GONCALVES DOS SANTOS, INSTITUTO PROMUR - PROGRAMA MULTIDISCIPLINAR DE REABILITACAO
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009839-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL
AGRAVADO: CLAUDIO GONCALVES DOS SANTOS, INSTITUTO PROMUR - PROGRAMA MULTIDISCIPLINAR DE REABILITACAO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução de título extrajudicial, indeferiu pedido de inclusão dos executados nos cadastros de inadimplentes, conforme previsto no artigo 782, § 3º do CPC.

Alegou-se que: (1) requereu a inclusão do nome dos executados nos cadastros de inadimplentes de caráter privado (SPC e SERASA) e não junto ao CADIN, de caráter público, já que prescinde este de autorização judicial; (2) a inscrição no CADIN não torna desnecessária a inscrição no SPC e SERASA, que tem alcance, objeto e público diversos – “os dados que constam do CADIN são de interesse direto da Administração Pública, e não do mercado em si”; (3) reconhecendo a relevância da medida, o Conselho Nacional de Justiça celebrou o Termo de Cooperação Técnica 20/2014 com a SERASA Expirian, para inscrição dos inadimplentes por meio do sistema SERASAJUD; (4) a medida requerida tem natureza executiva indireta e complementar à penhora e expropriação de bens dos executados; e (5) a norma do artigo 782, § 3º, do CPC objetiva garantir os princípios da eficiência, efetividade e razoável duração do processo.

Dispensada a intimação dos agravados para contraminuta, vez que sequer citados na origem.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009839-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL
AGRAVADO: CLAUDIO GONCALVES DOS SANTOS, INSTITUTO PROMUR - PROGRAMA MULTIDISCIPLINAR DE REABILITACAO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, primeiramente cumpre destacar que a petição inicial da execução de origem veiculou pedido de “inclusão do executado em bancos de dados de caráter público de inadimplência e proteção ao crédito (art. 782, §3º, CPC)” (grifamos - ID 29241494 da ação originária – f. 3, item iii), aludindo aos cadastros de caráter privado somente nos embargos declaratórios opostos (ID 29985420 da ação originária), rejeitados pela decisão agravada (IDs 29372313 e 30083598 da ação originária).

No mérito, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei 10.522/2002, cabe ao próprio órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta e indireta, promover a eventual inclusão do inadimplente no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, preenchidos os requisitos legais específicos.

Não se trata de faculdade, mas de incumbência legal.

"Art. 2º O Cadin conterà relação das pessoas físicas e jurídicas que:

1 - sejam responsáveis por obrigações pecuniárias vencidas e não pagas, para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta;

[...]

§ 1º Os órgãos e as entidades a que se refere o inciso I procederão, segundo normas próprias e sob sua exclusiva responsabilidade, às inclusões no Cadin, de pessoas físicas ou jurídicas que se enquadrem nas hipóteses previstas neste artigo.

§ 2º A inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito.

§ 3º Tratando-se de comunicação expedida por via postal ou telegráfica, para o endereço indicado no instrumento que deu origem ao débito, considerar-se-á entregue após 15 (quinze) dias da respectiva expedição."

Todavia, o Código de Processo Civil prevê, mais amplamente, que a inclusão em cadastros de controle de crédito pode ser requerida ao Juízo (artigo 782, § 3º), tendo decidido a Corte Superior que não é exigível prévia provocação administrativa de tais órgãos para que possa ser formulado requerimento judicial pela exequente (RESP 1.835.778, Rel. Min. MARCO BELLIZZE, DJE 06/02/2020), bastando comprovação dos requisitos legais específicos para deferimento da medida.

A norma do § 3º do artigo 782 do CPC não encerra, pois, faculdade do Juízo, cabendo ao exequente, porém, comprovar os requisitos legais exigidos para deferimento ou não da medida, cabendo ao órgão judicial ordenar o cancelamento da inscrição se presentes condições próprias (§ 4º). A despeito do previsto no § 5º do artigo 782, CPC, a jurisprudência reconhece que a medida é cabível, inclusive, em execução fiscal, dado que o título, embora extrajudicial, goza do atributo legal da presunção de liquidez e certeza, tal qual, no caso, o acórdão do TCU, que tem presunção de legitimidade e veracidade.

Em contrapartida, porém, a jurisprudência tem assentado que a inclusão depende de pedido da exequente e, ainda, da tentativa de citação e de penhora de bens para assegurar prévia ciência à parte executada e oportunidade para evitar, mediante garantia do Juízo, a negativação nos cadastros de controle de crédito privado, não se tratando de providência de natureza cautelar e urgente, cujo indeferimento possa frustrar a pretensão, mas de medida de natureza executiva indireta e complementar à penhora e expropriação de bens da parte executada.

Neste sentido:

AI 0002184-11.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 12/07/2018: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS. BACENJUD. ARTIGO 854 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. POSSIBILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA. EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. CADASTRO DE INADIMPLENTES. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. 1. O artigo 854 do CPC/2015 trouxe importantes inovações a respeito do instituto da penhora online, passando a prever, expressamente, a possibilidade de o juiz determinar a indisponibilidade de ativos financeiros através do sistema Bacenjud, a partir do mero requerimento do exequente e sem a ciência prévia do executado. Trata-se de ato construtivo prévio à penhora, cuja conversão dos valores fica condicionada à oportunidade de defesa ao executado. 2. Nesse contexto, entende-se possível o bloqueio eletrônico de ativos financeiros antes de perfectibilizada a citação, forte no poder geral de cautela e no princípio da efetividade da jurisdição, tendo em vista o fundado risco de inutilidade da medida se efetivada somente após a ciência do executado quanto aos termos da inicial, onde deduzido o pedido. Precedentes da Turma, dada a possibilidade de citação do devedor em momento posterior. 3. O artigo 2º, §2º, da Lei n. 10.522/2002 dispõe que "a inclusão no Cadin far-se-á 75 (setenta e cinco) dias após a comunicação ao devedor da existência do débito passível de inscrição naquele Cadastro, fornecendo-se todas as informações pertinentes ao débito". 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que, para inscrição do nome em cadastro de inadimplentes, é necessária a prévia comunicação ao devedor sobre o registro, ainda que conhecida a inadimplência, pois a informação negativa não tem por objetivo notificá-lo acerca da mora, mas preveni-lo de futuros danos. 5. Considerando que, nos termos supra e com base no artigo 854 do Código de Processo Civil, houve deferimento de ato construtivo prévio à penhora e antes de perfectibilizada a citação, não há como acolher medida que exige anterior conhecimento do devedor para sua efetivação. 6. Agravo de instrumento provido em parte."

AI 5008008-89.2019.4.03.0000, Rel. p/ Acórdão Des. Fed. CECILIA MARCONDES, Intimação via sistema 21/08/2019: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ANP. CPC, ARTIGO 782, § 3º. INCLUSÃO DO NOME DA PARTE EXECUTADA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. AGRAVO PROVIDO. 1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de inscrição da parte executada no cadastro de inadimplentes, via SERASAJUD. 2. O entendimento dessa Corte tem sido no sentido da aplicabilidade dos instrumentos trazidos pelo novo Código Processual às execuções fiscais, a fim de buscar o aprimoramento do procedimento com ferramentas mais atuais e dar maior efetividade ao processo de execução. 3. Embora entenda que a redação dada ao § 3º do artigo 782 não enseja a obrigatoriedade do deferimento da medida pelo Juízo, no caso dos autos verificam-se elementos bastantes para sustentar a necessidade de acolhimento do pedido, tendo em vista que todas as medidas adotadas anteriormente restaram infrutíferas. 4. Agravo de instrumento provido."

Na espécie, verifica-se, à luz da legislação e jurisprudência firmada, que não foram cumpridos os requisitos para deferimento do pleito, nos termos do artigo 782, § 3º, do CPC, pois as executadas sequer foram citadas na execução fiscal ajuizada em 05/03/2020, não tendo havido retorno do primeiro mandado de citação expedido e tampouco, pois, tentativa frustrada de penhora para garantir o crédito executado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DO TCU. CPC, ARTIGO 782, § 3º. INCLUSÃO DO EXECUTADO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. REQUISITOS.

1. Embora caiba ao próprio órgão da administração, responsável pela apuração e cobrança do crédito, efetuar a inclusão do inadimplente no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, preenchidos os requisitos legais específicos (artigo 2º, § 1º, da Lei 10.522/2002), o Código de Processo Civil prevê, mais amplamente, que a inclusão em cadastros de controle de crédito pode ser requerida ao Juízo (artigo 782, § 3º), tendo decidido a Corte Superior que não é exigível prévia provocação administrativa de tais órgãos para que possa ser formulado requerimento judicial pela exequente (RESP 1.835.778, Rel. Min. MARCO BELLIZZE, DJE 06/02/2020), bastando comprovação dos requisitos legais específicos para deferimento da medida.

2. A norma do § 3º do artigo 782 do CPC não encerra, pois, faculdade do Juízo, cabendo ao exequente, porém, comprovar os requisitos legais exigidos para deferimento ou não da medida, cabendo ao órgão judicial ordenar o cancelamento da inscrição se presentes condições próprias (§ 4º). A despeito do previsto no § 5º do artigo 782, CPC, a jurisprudência reconhece que a medida é cabível, inclusive, em execução fiscal, dado que o título, embora extrajudicial, goza do atributo legal da presunção de liquidez e certeza, tal qual, no caso, o acórdão do TCU, que tem presunção de legitimidade e veracidade.

3. Em contrapartida, porém, a jurisprudência tem assentado que a inclusão depende de pedido da exequente e, ainda, da tentativa de citação e de penhora de bens para assegurar prévia ciência à executada e oportunidade para evitar, mediante garantia do Juízo, a negativação nos cadastros de controle de crédito privado, não se tratando de providência de natureza cautelar e urgente, cujo indeferimento possa frustrar a pretensão, mas de medida de natureza executiva indireta e complementar à penhora e expropriação de bens da executada.

4. Na espécie, verifica-se, à luz da legislação e jurisprudência firmada, que não foram cumpridos os requisitos para deferimento do pleito, nos termos do artigo 782, § 3º, do CPC, pois as executadas sequer foram citadas na execução fiscal ajuizada em 06/03/2020, não tendo havido retorno do primeiro mandado de citação expedido e tampouco, pois, tentativa frustrada de penhora para garantir o crédito executado.

5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005739-92.2018.4.03.6182

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005739-92.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação à sentença de improcedência de embargos à execução fiscal com alegação de nulidade do procedimento administrativo, do auto de infração e da imposição de multa por infração metrológica.

Alegou que: (1) a sentença deixou de reconhecer nulidades apontadas na réplica, por preclusão (artigo 16, § 2º, LEF), porém matérias de ordem pública podem ser alegadas a qualquer tempo, na forma do artigo 65 da Lei 9.784/1991; (2) houve afronta ao artigo 1.022, CPC, pois a decisão foi omissa e obscura quanto às nulidades no "Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades", tendo sido rejeitados embargos de declaração; (3) é nula a sentença por cerceamento de defesa, diante da necessidade de produção de prova pericial da amostra colhida diretamente em suas fábricas; (4) também nulos o auto de infração e o processo administrativo, diante da ausência de informações essenciais em documentos, pois no "Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades" constaram informações incorretas e incompletas; (5) não foram adotados critérios objetivos para aplicação da multa, sendo que o valor aplicado é desproporcional e abusivo, vez que não houve gravidade na suposta infração, dada a quantidade ínfima de produtos, os quais sequer foram comercializados, pois recolhidos; (6) a exequente deve primar pela ordem legal das penalidades fixadas no diploma legal, de modo que a advertência deveria ter sido primeiramente aplicada; (7) não tem informações sobre a forma como os produtos analisados foram transportados e armazenados, tomando impossível saber se sofreram queda, influência de calor, frio em excesso, entre outras variantes, ficando impossibilitada de apresentar contraprova em relação à infração que lhe é imputada; (8) a perícia realizada pelo IPEM não pode ter valor absoluto, pois comprovado o rígido controle de qualidade e verificação dos volumes dos produtos que fabrica; e (9) a multa deve ser afastada ou reduzida, considerando a ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa, em afronta aos artigos 19 da Resolução 8 do CONMETRO e 2º e 50 da Lei 9.784/1999, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Houve contrarrazões do apelado (ID 107823660).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005739-92.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inexistente nulidade na sentença por ter sido indeferida a produção de prova pericial.

Com efeito, o artigo 5º, LIV e LV, da CF/1988, assegura a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A norma constitucional garante a produção de todos os meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico que possam influir na convicção do julgador quanto ao direito invocado pela parte.

É cediço, contudo, que não se trata de direito absoluto, pois incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferi-la caso ausentes tais requisitos, conforme dispõe o artigo 464, §1º, do CPC.

No caso, foi indeferida a produção da prova pericial nos seguintes termos:

"A perícia seria realizada em produtos contemporâneos constantes da Fábrica, distintos dos produtos sobre os quais recaiu a análise do INMETRO (ano de 2014); dessa forma, a produção dessa prova não serviria para elidir a constatação fiscal à época da autuação – divergência entre o peso constante da embalagem e o peso real dos produtos analisados em 2014. A perícia seria inútil para o julgamento do mérito;

[...]

Não é possível retornar ao processo produtivo à data de fabricação dos produtos alvo de autuação (ano de 2014). Ademais, o maquinário está sujeito à calibragem e regulação a qualquer tempo, não refletindo necessariamente o processo produtivo pretérito;

[...]

Por todo o exposto, indefiro, com fundamento em sua inutilidade e, também, na linha dos precedentes citados a produção de prova pericial, com fundamento no parágrafo único do art. 370, c.c. os incisos II e III, parágrafo primeiro, do art. 464, ambos do CPC. Tornem os autos conclusos para sentença." (ID 107823648, f. 7)

De fato, a apelante pretende a realização de perícia acerca de produtos semelhantes que "sejam coletados na fábrica". Entretanto, a realização da perícia sobre os produtos coletados na fábrica é irrelevante ao deslinde da controvérsia, pois recairia sobre lotes de épocas distintas, inservíveis como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita.

Assim, demonstrada a impertinência da perícia, sob os argumentos apontados pela embargante, não se vislumbra cerceamento de defesa.

Tampouco se vislumbra cerceamento de defesa por não terem sido admitidos os temas tratados em réplica, pois, nos termos do artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/1980, o executado deve alegar, na inicial, toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos documentos e rol de testemunhas, momento tratando-se de matéria de direito de prévio conhecimento da embargante, razão pela qual, descumprido o encargo, verifica-se preclusão e não violação do devido processo legal.

O artigo 65 da Lei 9.784/1991 dispõe sobre fatos novos ou circunstâncias relevantes a justificar a inadequação da sanção aplicada, referindo-se, assim, ao processo administrativo e sem aptidão, portanto, para revogar o preceito específico que rege os embargos à execução fiscal: artigo 16, § 2º, da LEF.

Ademais, como visto adiante, não houve, no caso, nulidade absoluta cognoscível de ofício pelo Juízo, o que autorizaria, em tese, a alegação a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Em relação aos vícios apontados nos embargos de declaração, rejeitados pelo Juízo sem suprimento, a alegação confunde-se como mérito do recurso com o qual deve ser analisado.

Verificados os autos, constata-se que não houve nulidade do auto de infração e do processo administrativo que culminou na imposição da multa.

A apelante alegou que norma regulamentar estabelece formulários de preenchimento obrigatório. Ressaltou que, necessariamente, todos os campos devem ser preenchidos e que tais informações devem refletir a realidade dos fatos e do produto examinado e, no caso concreto, teriam faltado dados como a situação econômica do infrator, sendo de extrema importância para o estabelecimento de penalidades, não havendo certeza de que o registrado pela fiscalização corresponda ao procedimento em questão.

Sustentou, ainda, que o processo administrativo revela equívoco no preenchimento do item "Consequências do Fato Gerador da Penalidade". No preenchimento do quesito 1.5, de acordo com o próprio quadro, deve ser preenchido "prejuízo" quando houver erro individual e a média for superior à média mínima aceitável. Narrou que tais equívocos causaram prejuízo, pois foi enquadrada em agravante que majorou a pena aplicada, configurando nulidade insanável, sendo passível de anulação o auto de infração, nos termos dos artigos 11, parágrafo único, e 12 da Resolução 08/2006 do CONMETRO.

A respeito, ressaltou-se na decisão recorrida que:

"O auto de infração apresenta-se perfeito, com a descrição adequada do local, data e hora da lavratura; identificação do atuado; descrição da infração e do dispositivo normativo infringido; indicação do órgão processante; e identificação e assinatura do agente atuante. Era mesmo desnecessário que contivesse a descrição pormenorizada do produto cuja irregularidade deu causa à atuação, incluindo sua massa específica, o seu lote e data de fabricação, bastando – como dele consta – a indicação dos elementos suficientes para a identificação do produto, seu fabricante e a irregularidade constatada. Era o necessário para o exercício do direito de defesa. Quanto à indicação do lote e da hora em que foi fabricado o produto reputado desconforme ao regulamento metroológico, conquanto possa atender ao interesse do fabricante em identificar eventual falha em seu processo produtivo, não perfaz elemento indispensável do auto de infração." (ID 107823650, f. 8)

Ademais, a apelante não demonstrou o alegado prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa, sendo que a simples leitura do "Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos" (ID 107823527, f. 6) revela que foram registrados os seguintes dados essenciais: (i) no campo "especificações do produto" foram identificados o produto, a marca e o conteúdo nominal e (ii) no campo "observação" foi identificada a validade.

Cite-se que há nos autos, ainda, reprodução de imagem do produto periciado que permite sua perfeita identificação (ID 107823527, f. 12).

Assim, inexistente o prejuízo alegado, cabendo frisar que não há no procedimento administrativo qualquer elemento que demonstre ter sido, como narrado, enquadrada a infração em agravante com majoração da sanção aplicada. Ao contrário, a penalidade mostra-se compatível com a infração verificada e com as circunstâncias de sua prática, conforme aferido.

É relevante destacar que incide, na hipótese, o princípio da inexistência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), cuja aplicação é amplamente admitida nos processos administrativos, consoante remansosa jurisprudência:

AC 0003100-29.2013.4.03.6000, Rel. Des. Fed. JOHNSOM DI SALVO, e-DJF3 27/04/2018: "DIREITO ADMINISTRATIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE SEMENTES. LOTE COM NÚMERO DE SEMENTES DE OUTRAS ESPÉCIES ACIMA DO PERMITIDO E COM PORCENTAGEM DE SEMENTES PURAS ABAIXO DO PADRÃO. ARTS. 177, XII E 181, I, C/C O ART. 201 DO ANEXO DO DECRETO Nº 5.153/2004, QUE REGULAMENTA A LEI Nº 10.711/2003. CORRETO ENQUADRAMENTO. APELANTE QUE NÃO SE DESINCUMBIA DO ÔNUS DE PROCESSUAL DE DESCONSTITUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE DA AUTUAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SEM DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. MULTA FIXADA EM VALOR ADEQUADO, RAZOÁVEL E PROPORCIONAL, NÃO HAVENDO FUNDAMENTO PARA CONVERSÃO EM ADVERTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. O autor foi atuado por comercializar sementes de sua produção com número de sementes de outras espécies acima do permitido pelo padrão nacional e com porcentagem de sementes puras abaixo do padrão, condutas que configuram as infrações previstas nos arts. 177, XII e 181, I, c/c o art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, que regulamenta a Lei nº 10.711/2003. 2. Está correto o enquadramento no inciso I do art. 180 porque ficou caracterizada a fraude, nos termos do § 4º do art. 201 do Anexo do Decreto nº 5.153/2004, já que o resultado analítico foi inferior a 50% do padrão mínimo (o lote apresentou 4,3% de sementes puras). Portanto, não faz o menor sentido a pretensão de enquadramento da infração no art. 177, X. Também é correto o enquadramento no inciso XII do art. 177 porque foram encontradas sementes de outras espécies cultivadas acima do permitido. 3. Aquele que litiga contra o Estado sabe, ou pelo menos deve saber, de antemão, que tem a incumbência de desconstituir em Juízo a presunção de veracidade e legitimidade de que se reveste o ato administrativo, e deve fazê-lo mediante prova sólida, que não deixe pairar dúvida sobre a ilegalidade/illegitimidade do ato. 4. O apelante não se desincumbiu desse ônus processual, pois dispensou expressamente a produção de prova, não havendo nos autos nada que comprove que o fiscal federal coletou amostras fora dos padrões determinados, sequer que houve falha no armazenamento das sementes por parte de seu parceiro comercial. Aliás, vale registrar que no processo administrativo o apelante foi intimado por meio de ofício, sobre o seu direito de requerer a reanálise das sementes, mas não se manifestou. Portanto, não há nada que afaste a presunção de legitimidade e veracidade da atuação. 5. Eventual excesso de prazo para conclusão do processo administrativo não gera, por si só, a nulidade do feito. A propósito, calha registrar que em sede de matéria punitiva e disciplinar "a jurisprudência deste Supremo Tribunal é no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo à parte que suscita o vício; não se decreta nulidade processual por presunção" (MS 31199, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014). Em semelhante sentido: MS 27751 ED-Agr, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21-11-2016 PUBLIC 22-11-2016. Ou seja, "...não havendo prejuízo para qualquer das partes, nenhum ato processual será declarado nulo, conforme o brocardo "pas de nullité sans grief"..." (AI 764402 Agr, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/06/2010, DJe-116 DIVULG 24-06-2010 PUBLIC 25-06-2010 EMENT VOL-02407-08 PP-01774). Não se pode olvidar, ademais, que os prazos fixados no art. 200, IV e X do Anexo do Decreto nº 5.153/2000 são prazos impróprios e não se confundem com prazos prescricionais ou decadenciais. 6. Quanto à penalidade imposta, inexistente fundamento para conversão da multa em advertência, destinada apenas às infrações de natureza leve e que não se referirem a resultados fora dos padrões de qualidade das sementes e das mudas (art. 197 do Decreto nº 5.153/2004). 7. A multa foi fixada no percentual mínimo previsto para cada infração, observando os parâmetros do art. 199, II e III, do Decreto nº 5.153/2004, não havendo que se cogitar em violação à razoabilidade e à proporcionalidade, sequer em caráter confiscatório, dada a finalidade de reprimir e desestimular condutas infratoras. 8. Recurso improvido."

A propósito, a apelante não comprovou qualquer mácula na perícia administrativa, que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, mesmo tendo plena ciência dos produtos recolhidos e tendo sido instada a acompanhar a perícia administrativa.

Com efeito, mesmo tendo sido convidada a comparecer na perícia realizada, a apelante não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer os resultados que constaram dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos.

No ponto, ressalte-se que o ato administrativo é revestido de presunção de veracidade e legitimidade que, mesmo não sendo absoluta, somente pode ser afastada por comprovação suficiente da eventual ilegalidade, o que não se verificou no caso dos autos.

Nem se diga que foi atribuído valor absoluto à perícia administrativa, pois o próprio procedimento adotado, em que se permite a participação do atuado, viabiliza a fiscalização e controle por parte do interessado quanto à metodologia aplicada. Caberia, portanto, ao atuado trazer elementos robustos capazes de enfraquecer ou afastar as conclusões da perícia, elementos estes que poderiam ser colhidos no momento em que o responsável pelo produto acompanha a realização do exame técnico.

Na espécie, entretanto, a apelante não trouxe qualquer elemento concreto capaz de afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo e afastar as conclusões da perícia administrativa, cumprindo ressaltar que o "Dossiê de Fabricação" (ID 107823526), que indica critérios de qualidade do produto e segurança no processo de produção, não tem o condão de comprovar eventual desacerto nas conclusões da perícia administrativa.

Ademais, foi oportunizada a juntada de prova emprestada pela embargante, referente a laudos periciais produzidos em outros autos: embargos à execução 0002015-07.2015.4.03.6107 e 0003071-75.2015.4.03.6107 (ID 107823643 e 107823644).

Contudo, as conclusões periciais evidenciaram que a possibilidade de desconstituição das condições originárias do produto somente ocorreria por violação da embalagem, situação não alegada nestes autos, e não pelo transporte ou armazenamento, hipótese na qual o peso líquido é mantido, sem demonstração técnica em contrário.

Assim, as conclusões periciais produzidas não respaldaram quaisquer das alegações da embargante, merecendo registro que tanto a violação da embalagem quanto o vício no transporte ou armazenamento, caso existentes, estariam dentro do processo produtivo para efeito de que ora se cuida e, portanto, o fato, por si só, não teria o condão de afastar a responsabilidade do fabricante que, cabe realçar, permanece ainda que o produto não tenha chegado ao consumidor final. Logo, a alegação de que não houve vício no processo produtivo não afeta a constatação da comercialização do produto abaixo do peso nominal.

Noutro ponto, evidencia-se que o auto de infração cumpriu os requisitos dos artigos 7º e seguintes da Resolução 08/2006, do CONMETRO, sendo que a especificação da sanção não é requisito obrigatório do auto de infração, momento porque a dosimetria da pena é realizada posteriormente no bojo do devido processo administrativo, em que são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção, tendo sido tal procedimento observado no caso concreto.

Em relação à alegação de que teria sido irregular a coleta dos produtos em pontos de venda, vez que não poderia a fabricante ser responsável por possível defeito no transporte e mau acondicionamento das mercadorias que tenham gerado a variação no peso dos produtos, importa registrar que o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor estabelece as práticas abusivas, vedadas ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre as quais a prevista no inciso VIII, que assim dispõe:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro)."

Por sua vez, são relevantes as disposições dos artigos 1º e 5º, da Lei 9.933/1999:

"Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor:

[...]

Art. 5º As pessoas naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, que atuem no mercado para prestar serviços ou para fabricar, importar, instalar, utilizar, reparar, processar, fiscalizar, montar, distribuir, armazenar, transportar, acondicionar ou comercializar bens são obrigadas ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, inclusive regulamentos técnicos e administrativos. (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011)."

De acordo com o que apurado pela fiscalização, a autora fabricou produto reprovado no critério individual, por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metroológica acerca da matéria. Portanto, houve sujeição da conduta da autora à disciplina dos artigos 7º e 8º da Lei 9.933/1999, que descreve a infração e penalidade aplicável.

Assim, quando da realização do exame quantitativo de produtos pré-medidos, constatou-se erro de tara em produtos examinados. Tendo-se obtido valor individual inferior ao mínimo aceitável, a conclusão lógica é a reprovação dos produtos neste critério.

Cite-se, a título de exemplificação, que a violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do artigo 18 do CDC, descabendo qualquer incursão na sujeição passiva e no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto constatado pela fiscalização.

A responsabilização, marcada por sua natureza solidária, inviabiliza sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto.

Neste sentido é a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais:

AC 2004.71.14.003267-6, Rel. Des. Fed. MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, D.E. 10/02/2010: "APELAÇÃO CÍVEL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE POR VÍCIOS DE QUANTIDADE DOS PRODUTOS. 1. Rejeitado o agravo retido, pois dispensável a produção de prova oral, porquanto a responsabilidade do fabricante por vícios de quantidade dos produtos é solidária e objetiva, conforme o Código de Defesa do Consumidor. 2. Em razão dessa responsabilidade solidária e objetiva é que o fornecedor responde pelos vícios de quantidade do produto quando seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes da embalagem, não servindo, para eximir-se dessa responsabilidade, a alegação de que as alterações de peso se deram por supostas violações das embalagens após a saída do estabelecimento industrial. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."

Noutro aspecto, é dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por tal motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. Ademais, se o produto sujeita-se a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração decorre da omissão do produtor em diligenciar para que no curso de toda a cadeia de fornecimento seja, de fato, preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que após sua marca.

Não existindo evidências de que tenha havido qualquer alteração devido ao transporte e acondicionamento do produto capaz de elidir a responsabilidade do produtor, inviável cogitar da nulidade ou ilegalidade da autuação.

Neste sentido:

AC 0013923-88.2016.4.03.9999, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, julgado em 02/06/2016, e-DJF3 10/06/2016: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INMETRO. LEGALIDADE PARA ESTABELECEMOS NORMAS TÉCNICAS E EDITAR REGULAMENTOS. AUTUAÇÃO FUNDAMENTADA NOS ARTIGOS 1º A 5º DA LEI 9.933/99 E PORTARIAS INMETRO 74/1995 E 96/2000. RESPONSABILIDADE DE TERCEIRO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONTINUIDADE DA INFRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Rejeitada a preliminar de nulidade, pois a sentença encontra-se fundamentada e o fato de não ter sido explicita na rejeição da alegação de infração continuada não a torna nula, na medida em que evidenciado o reconhecimento da autonomia das infrações para efeito de autuação. A análise sucinta de tal questão não se confunde com falta de motivação, sobretudo quando diz respeito ao mérito devolvido pela própria apelação ao reexame do Tribunal. 2. A Lei 9.933/1999 atribuiu ao INMETRO competência para elaborar regulamentos técnicos na área de Metrologia. As Portarias 74/1995 e 96/2000 do INMETRO aprovaram o Regulamento Técnico Metroológico, fixando os critérios de verificação do conteúdo líquido de produtos pré-medidos com conteúdo nominal igual e comercializados nas grandezas de massa e volume. 3. O exame dos autos revela que, a embargante, em fiscalização realizada pelo INMETRO/RS, em estabelecimento comercial situado em Uruguaiana/RS, foi autuada (AI 1213553) em 29/04/03 "por verificar que o produto TEMPERO - LÍQ. C/VINHO TINTO, marca SÓ FALTA O SAL, embalagem PLÁSTICA, conteúdo nominal 730 ml comercializado pelo autuado, exposto à venda, foi reprovado, em exame pericial quantitativo, nos critérios individual e da média conforme Laudo de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos, número 305820, que faz parte integrante do presente auto.", o que constitui "infração ao disposto nos artigos 1º e 5º, da Lei nº 9933/1999, c/c o item 4, subitens 5.2 e 5.1 do Regulamento Técnico Metroológico, aprovado pelo art. 1º da Portaria INMETRO nº 096/2000". (...) 8. Não cabe admitir a alegação de que a infração deve ser atribuída ao comerciante, por acondicionamento inadequado do produto. A responsabilidade de terceiro não restou comprovada, até porque se trata de infração relacionada à fase de produção do produto, com variação a menor do peso do conteúdo frente ao declarado na embalagem. 9. Não procede a alegação de continuidade da infração administrativa, sendo válidas as duas autuações sofridas pela embargante. Os locais das coletas dos produtos são diferentes e longínquos, situados nas cidades de Capivari, Estado de São Paulo e em Uruguaiana, Estado do Rio Grande do Sul. 10. Seja pelo ângulo da apuração técnica da infração, seja pelo aspecto do enquadramento da conduta com base na legislação aplicável, não existe qualquer vício ou ilegalidade a decretar, tendo sido regular a apuração das infrações e aplicação das respectivas penalidades, em conformidade com a firme e consolidada jurisprudência. 11. Apelação desprovida."

Também improcedente a alegação de que se deve efetuar a aplicação sucessiva das sanções previstas na Lei 9.933/1999, de modo que a multa somente possa ser aplicada depois de sancionada a autora com prévia advertência. Tal procedimento não tem respaldo legal. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de acordo com as circunstâncias da infração praticada, sendo inférno ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo para afastar a penalidade eleita pela Administração e escolher outra a seu critério.

Neste colegiado tem sido assentado, a propósito, o entendimento de que, "quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela" (AC 0026400-17.2014.4.03.9999, Rel. Juiz Conv. MARCIO CATAPANI, e-DJF3 28/11/2018).

Não se verifica aplicação da multa para além da razoabilidade e proporcionalidade, pois além do caráter punitivo e repressivo pela infração materializada, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor.

No caso, foram observados os parâmetros do artigo 9º da Lei 9.933/1999, tendo sido aplicada multa no valor de R\$ 8.775,00 (ID 107823522, f. 3), que não se afigura desproporcional ou ilegal, tampouco possui caráter confiscatório, pois corresponde a apenas 0,59% do máximo que a legislação prevê (R\$ 1.500.000,00), atendendo às finalidades legais da sanção, bem assim todos os parâmetros de arbitramento, principalmente à vista da condição econômica da autuada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. ARTIGO 16, § 2º, LEF. NULIDADES INEXISTENTES. MULTA. INFRAÇÃO METROLÓGICA. PERÍCIA E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Inexistente nulidade na sentença recorrida que julgou antecipadamente o mérito, indeferindo a prova pericial: incumbe ao julgador apreciar a utilidade e a pertinência da prova requerida e indeferir-la caso ausentes tais requisitos, nos termos do artigo 464 do CPC, o que restou cumprido.
2. Nos termos do artigo 16, § 2º, da Lei 6.830/1980, o executado, na inicial, deve alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos documentos e rol de testemunhas, mormente tratando-se de matéria de direito de prévio conhecimento da embargante. O artigo 65 da Lei 9.784/1991 dispõe sobre fatos novos ou circunstâncias relevantes a justificar a inadequação da sanção aplicada, referindo-se, assim, ao processo administrativo e sem aptidão, portanto, para revogar o preceito específico que rege os embargos à execução fiscal: artigo 16, § 2º, da LEF.
3. Não comprovado, outrossim, prejuízo ao contraditório decorrente do procedimento adotado pela autoridade administrativa, pois a simples leitura dos "*Laudos de Exame Quantitativo de Produtos Pré-Medidos*" revela com clareza e objetividade os produtos submetidos a exame pericial, não se presumindo nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).
4. Comprovado nos autos que a autuada teve ciência das datas das perícias administrativas para que delas pudesse participar, não restando demonstrada qualquer mácula no exame pericial em que se concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo. Ademais, a autuada teve plena ciência dos produtos recolhidos e foi instada a acompanhar a perícia administrativa e, ainda assim, não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado.
5. Os laudos periciais, juntados como prova emprestada, evidenciaram que a possibilidade de desconstituição das condições originárias do produto somente ocorreria se violada a embalagem, situação não alegada nestes autos, e não pelo transporte ou armazenamento, hipótese na qual o peso líquido é mantido, sem comprovação técnica em contrário. Registre-se que mesmo a violação da embalagem, caso houvesse, estaria dentro do processo produtivo e o fato, por si só, não teria o condão de afastar a responsabilidade do fabricante.
6. O ato administrativo é revestido de presunção de veracidade e legitimidade que, embora não seja absoluta, somente pode ser afastada por comprovação suficiente de eventual ilegalidade.
7. O auto de infração observou todos os requisitos dos artigos 7º e seguintes da Resolução 08/2006 do CONMETRO, sendo que a especificação da sanção não é requisito obrigatório, mormente porque a dosimetria da pena é realizada posteriormente no bojo do devido processo administrativo no qual são colhidos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, todos os elementos necessários para que seja individualizada a sanção.
8. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por tal motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases desde a produção até a comercialização. Se, conforme alegou a apelante, o produto sujeita-se a perdas previsíveis de peso, em razão de transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar para que no curso de toda a cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que após sua marca.
9. Não existe previsão legal de aplicação sucessiva das sanções previstas na Lei 9.933/1999, no sentido de obrigar a fiscalização a aplicar, primeiramente, a advertência e somente depois a multa. O órgão fiscalizador, portanto, possui discricionariedade na escolha da pena aplicável, de modo que não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo, quando demonstrada, como no caso, que a penalidade não se afigura desproporcional ou ilegal.
10. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027850-55.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: SAO PAULO SECRETARIA NEGOCIOS JURIDICOS, MUNICIPIO DE SAO PAULO
AGRAVADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]
Advogado do(a) AGRAVADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027850-55.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: SAO PAULO SECRETARIA NEGOCIOS JURIDICOS, MUNICIPIO DE SAO PAULO
AGRAVADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]
Advogado do(a) AGRAVADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em embargos à execução fiscal, determinou que os honorários advocatícios fixados no julgamento do feito devem ser pleiteados nos autos respectivos.

Alegou-se que a decisão agravada não observou o disposto no artigo 85, § 13, do CPC, em atenção à eficiência e economia processual, pelo que requereu seja determinada a inclusão da condenação de verba honorária dos embargos à execução fiscal no bojo da própria execução fiscal.

Houve resposta do agravado, em que argüida preliminar de intempestividade do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027850-55.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: SAO PAULO SECRETARIA NEGOCIOS JURIDICOS, MUNICIPIO DE SAO PAULO
AGRAVADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]
Advogado do(a) AGRAVADO: GLORIE TE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, rejeita-se a preliminar de intempestividade, porquanto o despacho, que se pretende seja considerado como termo inicial do prazo, apenas consignou que, “no tocante à verba honorária fixada nestes autos, observe a parte embargada os termos da Resolução n. 88/2017 da Presidência do E. TRF da 3ª Região”, que “consolida as normas relativas ao Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região; dispõe sobre etapas de implantação e uso obrigatório do Sistema PJe no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região; e dá outras providências”, sem qualquer relação, portanto, com as razões impugnadas no presente agravo de instrumento.

No mérito, tratou-se, na ação originária, de embargos à execução fiscal do Município de São Paulo contra a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT para cobrança da taxa de fiscalização de anúncio relativa aos exercícios de 2000 a 2005 (IDs 100480469 e 100480475).

A sentença julgou improcedentes os embargos, fixando verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da execução fiscal. Nesta Corte, foi dado parcial provimento à apelação para reconhecer prescrito o débito do exercício de 2000, mantida a verba honorária tal qual fixada na origem, diante do decaimento mínimo da parte embargada, ora agravante.

Como o trânsito em julgado, os autos retomaram à origem, despachando o Juízo nos seguintes termos (ID 100480469, f. 37):

[...]

No tocante à verba honorária fixada nestes autos, observe a parte Embargada os termos da Resolução n. 88/2017 da Presidência do E. TRF da 3ª Região.

[...]

Intimada, a embargada peticionou, informando “que cobrará os honorários de sucumbência nos autos da execução fiscal, com fundamento no artigo 85, § 13, do CPC” (ID 100480469, f. 42).

Foi, então, proferida a decisão agravada, nos seguintes termos (ID 100480469, f. 50):

“Fls. 143/143-v: Os honorários advocatícios fixados na sentença de fls. 54/57 deverão ser pleiteados nos presentes embargos.

No mais, considerando que eventual cumprimento de sentença ocorrerá obrigatoriamente em meio eletrônico, nos termos da Resolução nº 142/2017, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 200/2018, ambas da Presidência do E. TRF da 3ª Região, promova-se vista dos autos à parte embargada para requerer, no prazo de 10 (dez) dias, a conversão dos metadados deste processo para o sistema eletrônico, de forma a viabilizar o processamento do cumprimento de sentença em processo judicial eletrônico a ser criado pela Secretaria deste Juízo, por meio da ferramenta “Digitalizador PJe”, observando a classe específica de cadastramento dos autos e preservando o mesmo número de autuação e registro dos autos físicos.

[...]

No presente recurso, a agravante pretende a reforma de tal decisão por inobservância ao artigo 85, § 13, do CPC, que assim dispõe:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 13. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e em fase de cumprimento de sentença serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais.

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

§ 15. O advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra na qualidade de sócio, aplicando-se à hipótese o disposto no § 14.

§ 16. Quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão a partir da data do trânsito em julgado da decisão.

§ 17. Os honorários serão devidos quando o advogado atuar em causa própria.

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança.

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da Lei.” (g.n.)

Para o exame da questão é preciso ponderar que as execuções fiscais para cobrança da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou respectivas autarquias é regida por lei especial, Lei 6.830/1980, sendo aplicáveis as disposições do Código de Processo Civil apenas subsidiariamente e no que compatível (artigo 1º).

No caso, a verba honorária fixada em embargos à execução fiscal, conquanto incidente da execução fiscal, não se encontra abrangida na dívida ativa inscrita e executada pela Fazenda Pública Municipal, para fins de admitir a cobrança respectiva na execução fiscal regida pela Lei 6.830/1980.

O artigo 85, § 13, CPC, ao prever a inclusão da verba de sucumbência da embargante na própria execução, não se aplica à execução fiscal nem aos respectivos embargos regidos, neste tocante, por legislação especial, pelo que correta a decisão agravada.

A jurisprudência firmou-se no sentido de que a execução fiscal não pode cobrar dívida que não seja constituída e inscrita na forma específica da lei especial, no caso a Lei 6.830/1980 (artigos 1º a 3º), ainda que decorra de condenação judicial, como é o caso da verba honorária de sucumbência:

AC 0002589-04.2013.403.6106, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 12/11/2015: “PROCESSO CIVIL. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORRENTES DE SENTENÇA JUDICIAL MEDIANTE AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. VIA INADEQUADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Trata-se a execução fiscal ajuizada com o escopo de cobrança dos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados em sentença. 2. In casu, a natureza do crédito não autoriza a sua inclusão na dívida ativa, uma vez que a verba honorária de sucumbência fixada por se constituir em verba decorrente de sentença judicial deve ser executada nos próprios autos da ação em que estabelecida, não cabendo à aplicação da Lei de Execução Fiscal e nem da Lei n.º 4.320/64, em detrimento do rito especial do cumprimento de sentença, disciplinado no artigo 475-B, combinado com o art. 475-J do Código de Processo Civil. 3. Agravo desprovido.”

Ante o exposto, rejeito a preliminar arguida em contraminuta e nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE REJEITADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. VERBA HONORÁRIA DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 13, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. Rejeitada preliminar de intempestividade do recurso, arguida em contraminuta, pois a decisão impugnada não foi a apontada pela agravada, mas outra posterior que impôs a restrição impugnada à pretensão deduzida.
2. O artigo 85, § 13, CPC, ao prever a inclusão da verba de sucumbência da embargante na própria execução, não se aplica à execução fiscal nem aos respectivos embargos regidos, neste tocante, por legislação especial, pelo que correta a decisão agravada.
3. A jurisprudência firmou-se no sentido de que a execução fiscal não pode cobrar dívida que não seja constituída e inscrita na forma específica da lei especial, no caso a Lei 6.830/1980 (artigos 1º a 3º), ainda que decorra de condenação judicial, como no caso da verba honorária de sucumbência.
4. Preliminar de intempestividade rejeitada, agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou a preliminar arguida em contraminuta e negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007280-14.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDUARDO BORGES PINHO - PE31109-A, KAUÊ DI MORI LUCIANO DA SILVA - SP347196-A, PEDRO TEIXEIRA DE SIQUEIRA NETO - RJ160551-A, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - SP303020-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007280-14.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE ALUMÍNIO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EDUARDO BORGES PINHO - PE31109-A, KAUÊ DI MORI LUCIANO DA SILVA - SP347196-A, PEDRO TEIXEIRA DE SIQUEIRA NETO - RJ160551-A, LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA - RJ112310-S

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento contra negativa de liminar em mandado de segurança para recepção e regular processamento de pedido de compensação administrativa independentemente da prévia entrega de ECF - Escrituração Contábil Fiscal.

Alegou que: (1) a exigência da entrega da ECF - Escrituração Contábil Fiscal antes do pedido de compensação, conforme IN/RFB 1717/2017, viola os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade; (2) a Lei 9.430/1996 prevê o direito de compensar saldo negativo de IRPJ/CSL de períodos anteriores com débitos tributários próprios administrados pela Receita Federal, exigindo apenas a entrega de declaração com informações dos créditos utilizados e dos respectivos débitos compensados - PER/DCOMP; (3) o artigo 74 prevê, em rol taxativo, as condições para o pedido de compensação, e a instrução normativa extrapolou a lei ao exigir a entrega da ECF, criando nova hipótese de vedação à declaração de compensação para além das previstas na Lei 9.430/1996; (4) a apresentação prévia da ECF, tal como exigido, não traz nenhum benefício ao Fisco, pois os pedidos nunca são analisados em prazo inferior a 1 ano, sendo que, quando efetivamente analisados, a transmissão da ECF já terá sido realizada, tendo como consequência impedir a compensação de créditos de que são titulares, ferindo a proporcionalidade; e (5) para cumprir a exigência, o contribuinte teria que adiantar a entrega da ECF, prevista para o último dia do mês de julho (artigo 3º da IN 1.422/2013), para janeiro, sete meses antes, revelando-se irrazoável e impeditiva.

Houve contraminuta.

O parecer ministerial opinou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, a agravante impugnou a negativa de liminar requerida para a recepção e o regular processamento de pedido de compensação administrativa independente da prévia entrega de ECF - Escrituração Contábil Fiscal.

A exigência encontra-se prevista no artigo 161-A da IN SRF 1.717/2017, com redação dada pela IN 1.765/2017, nos seguintes termos:

“Art. 161-A. No caso de saldo negativo de IRPJ ou de CSLL, o pedido de restituição e a declaração de compensação serão recepcionados pela RFB somente depois da confirmação da transmissão da ECF, na qual se encontre demonstrado o direito creditório, de acordo com o período de apuração. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1765, de 30 de novembro de 2017)

§ 1º O disposto no caput aplica-se, inclusive, aos casos de apuração especial decorrente de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1765, de 30 de novembro de 2017)

§ 2º No caso de saldo negativo de IRPJ ou de CSLL apurado trimestralmente, a restrição de que trata o caput será aplicada somente depois do encerramento do respectivo ano-calendário. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1765, de 30 de novembro de 2017)”

Embora alegue a agravante que a instrução normativa criou nova hipótese de vedação à apresentação de declaração de compensação, além das previstas no artigo 74, §§ 3º ao 12, da Lei 9.430/1996, acarretando flagrante ilegalidade, a jurisprudência desta Turma é firme em reconhecer a legalidade da exigência da entrega da escrituração contábil fiscal, previamente ao pedido de compensação tributária, de forma a comprovar a liquidez e a certeza do crédito tributário de que se diz titular o contribuinte, conforme exige o artigo 170, do CTN, estabelecendo, de outro lado, o artigo 74, §14, da Lei 9.430/1996, que a Receita Federal pode regulamentar o procedimento de compensação no âmbito administrativo.

Neste sentido:

AI 5031458-95.2018.4.03.0000, Rel. Des. Fed. CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, e - DJF3 09/05/2019: “TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ENTREGA PRÉVIA DA ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL FISCAL – ECF E/OU ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. NECESSIDADE. 1. A Lei nº 9.430/96, arts. 2º e 6º, § 1º, II, estabelece que o contribuinte sujeito à tributação pelo lucro real pode optar pelo recolhimento mensal sobre base de cálculo estimada e autoriza que, no caso de apuração de saldo negativo, esse valor seja restituído ou compensado nos termos do art. 74 da referida lei. 2. Embora a Autoridade Fiscal, nos termos do Ato Declaratório nº 3/2000 e do art. 14 da IN nº 1.717/17, admita a utilização dos saldos negativos de IRPJ e CSL já a partir de mês de janeiro de ano subsequente ao da apuração, é evidente que tal operação não pode ser realizada ao arbítrio do contribuinte, ao contrário, deve observar os parâmetros estabelecidos pela Administração, na forma do § 14 do art. 74 da Lei nº 9.430/96. 3. Ao condicionar o pedido de restituição/compensação à prévia entrega da ECF e/ou EFD, nos termos dos arts. 161-A e 161-C da IN/RFB nº 1.717/17, a Administração está simplesmente exercendo o seu dever de fiscalização quanto à certeza e liquidez do crédito passível de restituição. 4. Agravo de instrumento desprovido.” (g. n.)

Portanto, não se verifica ilegalidade no artigo 161-A da IN RFB 1.717/2017, que tem como escopo, em última análise, assegurar a liquidez e certeza do crédito compensado, não havendo que se falar em quebra dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que devem ser sopesados à luz do ordenamento jurídico-legal vigente.

A escrituração contábil fiscal, objeto da IN RFB 1.422/2013, objetiva conferir maior precisão no cumprimento da regra matriz de incidência tributária do IRPJ/CSL, devendo o contribuinte, neste sentido, “informar todas as operações que influenciem a composição da base de cálculo e o valor devido do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)”, evidenciando-se do contexto normativo que se trata de obrigação acessória e instrumental à fiscalização da regularidade, legalidade e exatidão do procedimento de compensação.

A compensação de saldos negativos de IRPJ/CSL, do ano-calendário 2019 e exercícios posteriores, sem a entrega prévia da ECF, considerada a legalidade da instituição da obrigação, nos termos supracitados, não tem respaldo legal e normativo para justificar o deferimento da liminar, nos termos do artigo 7º, III, da Lei 12.016/2009.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO SALDO NEGATIVO. IRPJ/CSL. IN RFB 1.1717. ARTIGO 161-A. LEGALIDADE. ARTIGO 74, §14, DA LEI 9.304/1996.

1. É legal a exigência normativa da entrega da escrituração contábil fiscal, previamente ao pedido de compensação tributária, de forma a comprovar a liquidez e certeza do crédito tributário de que se diz titular o contribuinte, conforme exige o artigo 170, do CTN, prevendo, ademais, o artigo 74, §14, da Lei 9.430/1996, que a Receita Federal pode regulamentar o procedimento de compensação no âmbito administrativo, não se cogitando, pois, de quebra dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem ser sopesados à luz do ordenamento jurídico-legal vigente.

2. A escrituração contábil fiscal, objeto da IN RFB 1.422/2013, objetiva conferir maior precisão no cumprimento da regra matriz de incidência tributária do IRPJ/CSL, devendo o contribuinte, neste sentido, “informar todas as operações que influenciem a composição da base de cálculo e o valor devido do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)”, evidenciando-se, pois, do contexto normativo, que se trata de obrigação acessória e instrumental à fiscalização da regularidade, legalidade e exatidão do procedimento de compensação.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000440-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: GILBERTO ALVES FERREIRA, MARCUS VINICIUS CORREA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000440-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: GILBERTO ALVES FERREIRA, MARCUS VINICIUS CORREA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em mandado de segurança, deferiu liminar nos seguintes termos (ID. 25108753, na origem):

"Trata-se de mandado de segurança impetrado por Gilberto Alves Ferreira e Marcus Vinicius Correa Ferreira em face do Chefe da 5ª Circunscrição do Serviço Militar em Ribeirão Preto, por meio do qual objetivam, em sede de liminar, o afastamento da obrigatoriedade de prévio agendamento eletrônico junto a 5ª CSM, bem como a suspensão do limite de representação ou protocolos por semana por procurador perante aquela Circunscrição Militar.

Relatam que na atividade por eles desenvolvida representam caçadores, atiradores e colecionadores junto ao Exército Brasileiro, em serviços como revalidação de certificado de registro, concessão do certificado de registro, regularização de armas de fogo, entre outros. Informam que aos procuradores o agendamento é liberado dois dias na semana, porém, não obstante todos os esforços empreendidos, não têm conseguido obter data para agendamento. Alegam que o agendamento abre e se encerra poucos minutos depois. Questionam, ainda, a limitação de agendamentos ou representações por semana.

(...)

Desse modo, presentes os requisitos legais, defiro o pedido de liminar para suspender, em relação aos impetrantes, a necessidade de prévio agendamento eletrônico, lhes assegurando o atendimento presencial, no horário regular, com o afastamento da limitação de número de representados por semana e para cada procurador, até ulterior deliberação do Juízo.

Em razões recursais, sustentou a agravante, preliminarmente, o cabimento da extinção sem julgamento do mérito do *mandamus*, dada a ausência de demonstração documental de ato abusivo, pois as condutas narradas observaram os postulados de legalidade e isonomia. No mérito, no que pertinente ao caso, apontou, em suma, que: (1) o sistema de agendamento eletrônico contestado foi elaborado pelo Comando da 2ª Região Militar e, diante de sua efetividade e qualidade, passou a ser utilizado pela Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados e por todas as regiões militares; (2) a ferramenta objetiva melhorar o atendimento ao usuário, promovendo maior comodidade e reduzindo filas, com otimização de tempo; (3) "o SAE não apresenta falhas, mão tão-somente uma possível dificuldade de agendamento pelo interessado, diante do grande número de colecionadores, atiradores e caçadores vinculados a este Grande Comando, e que também necessitam de atendimento"; (4) a procura por agendamento tem crescido geometricamente (sendo que o número de procuradores sextuplicou em um ano), de modo que o programa de agendamento passou a ser configurado com restrições ("recaptcha" e limitações de horário) para evitar uso de robôs e prejuízos a administrados que não conseguiram espaço para agendamento; (5) a decisão agravada viola o princípio constitucional da segurança pública (artigos 21, VI, e 144 da Constituição), dado competir ao Exército Brasileiro o poder de polícia administrativa e fiscalização do uso de produtos controlados, e da isonomia, pelo atendimento diferenciado aos impetrantes em detrimento aos demais interessados; e (6) não há afronta ao exercício profissional dos despachantes, na medida em que a lei não lhes contempla prioridade, de modo que, em verdade, pretende-se preservar de maneira equânime o direito dos múltiplos usuários do sistema, muitos sem procurador, que não podem ser preteridos.

Houve contraminuta.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000440-85.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL
AGRAVADO: GILBERTO ALVES FERREIRA, MARCUS VINICIUS CORREA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
Advogado do(a) AGRAVADO: TERCILIO ROGERIO GOMES DE FARIA - SP349083
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, por primeiro afasta-se a preliminar. A alegação de ausência de direito líquido e certo pela inexistência de ato coator é matéria meritória, sujeita a sentenciamento nos autos de base, e que não se eleva ao caráter de prejudicial ao exame do cabimento da tutela na origem.

Prossigue-se no mérito.

Eis os fundamentos da decisão agravada (ID. 25108753, na origem):

"No caso discutido nos autos, verifico, ao menos em sede de cognição sumária, o *fumus boni iuris* necessário à concessão da liminar.

Com efeito, denoto da análise dos vários prints de telas colacionados à petição inicial, que revelam agendamento aberto e encerrado poucos minutos depois, bem como dos documentos juntados através dos ids 24956368, 24956369 e 24956370, a dificuldade dos impetrantes em efetuar o agendamento eletrônico. Ainda que se considere razoável que o Exército organize a prestação do serviço mediante sistema de agendamento eletrônico, não se pode permitir que tal sistemática inviabilize o acesso ao serviço.

O *periculum in mora* também se faz presente, na medida em os impetrantes demonstram possuírem diversos clientes cujos certificados de registro se encontram com prazo iminente de vencimento, somado ao prazo determinado para se dar entrada ao pedido de renovação (três meses antes do término da validade)."

Com efeito, embora aprofundado o relato fornecido pelo Comando da 2ª Região Militar (ID. 119594044), que desenvolveu o sistema de agendamento (SAE) em uso, historiando dificuldades enfrentadas na equalização da demanda recebida e no contorno de artifícios como o uso de *web robots* para reserva de horários, releva ao deslinde da controvérsia o fato de que a agravante, embora discorra longamente sobre assuntos paralelos ao caso (atividades exercidas pelo Exército Brasileiro na fiscalização de produtos controlados), manteve-se rigorosamente silente em relação à prova documental referida na decisão agravada, conforme o trecho acima transcrito. Efetivamente, como também apresentado nestes autos em contraminuta, há consistente demonstração de que o programa de agendamento tem apresentado erros em tal magnitude que inviabilizam a reserva de qualquer horário pelo interessado.

Ora, conquanto certo serem afetos à discricionariedade da Administração os métodos e procedimentos elaborados para atendimento ao público, incluso o agendamento prévio, há que se ter em vista, como apontou o *parquet*, que as rotinas desenvolvidas devem atender ao princípio constitucional da eficiência (artigo 37 da Constituição Federal), refletido no artigo 2º da Lei 9.784/1999.

Desta maneira, se o sistema de agendamento efetivamente impossibilita o próprio agendamento (e, frise-se, a demonstração desta circunstância pelos impetrantes não foi contestada diretamente), cabe reconhecer a existência de direito líquido e certo a que o acesso à repartição pública não se condicione a tal instrumento.

Disto isto, o limite da constatação é que resta invável obrigar o uso do sistema de agendamento eletrônico na medida em que este não permite qualquer reserva de horário. Como dito de início, é da discricionariedade da Administração a organização de suas escalas de trabalho. Logo, desde que seja eficiente a forma escolhida, é possível o condicionamento do atendimento a obrigatório agendamento prévio.

Neste sentido (grifos nossos):

RemNecCiv 5000774-97.2017.4.03.6120, Rel. Juiz Conv. MARCELO GUERRA, e - DJF3 13/03/2020: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RFB. AGENDAMENTO PRÉVIO. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE REQUERIMENTOS. CABIMENTO. RESTRIÇÃO AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. - O agendamento prévio, obrigação da qual pretende exonerar-se a impetrante, bem como a limitação do número de requerimentos, constituem medidas de organização interna estabelecidas pela administração com vistas à racionalização, operacionalização e viabilização do atendimento ao público e não se afiguram ofensivos à normatização mencionada tampouco restritivos à atividade do advogado.(...) - Reexame necessário a que se dá provimento.

De outra parte, e como transparece do precedente, a limitação de horários de agendamento, duração de cada horário ou de número de representados por cada procurador em cada atendimento não se afigura, do que reunido nestes autos, como coação ilegal. De fato, é corolário do reconhecimento da discricionariedade da Administração em regulamentar rotinas de recepção ao público que possa haver limite de atendimentos. Neste ponto, adquire relevância o relato do Comando da 2ª Região Militar no sentido de que a escala de agendamentos precisa atender múltiplos usuários, e dentre estes, aqueles que não se utilizam de despachantes. O dimensionamento das possibilidades de reserva de horários, portanto, deve sopesar a demanda face, inclusive, à estrutura material que a repartição dispõe para atender os usuários.

Logo, o cabimento da tutela, nesta quadra, deveria partir da demonstração de que o sistema de limitação individual adotado é incompatível com a demanda do órgão (apresentando restrição desnecessária), ou que seria exigível, de fato e de direito, que houvesse aumento da estrutura (física e de pessoal) disponível para atender, simultaneamente, maior número de pedidos - com cotejo do cenário atual frente ao entendido por correto. Inexistindo qualquer consideração nos autos a este respeito, não se verifica direito líquido e certo a ser tutelado.

Neste contexto, o pedido de afastamento de qualquer limitação aplicável aos impetrantes acarreta preterição à garantia de atendimento aos usuários não representados por despachantes ou procuradores perante a Administração, em direta vulneração ao princípio da isonomia.

Assim, comporta parcial reforma a decisão agravada. É cabível o afastamento de uso do SAE, porém deve ser garantido à autoridade impetrada, ao menos na cognição interlocutória própria deste recurso, a possibilidade de exigência de agendamento prévio por sistema alternativo, bem como as limitações de horários e número de atendimentos que se fizerem necessários para recepção equânime do petição dos usuários dos serviços de registro e fiscalização do uso de materiais controlados.

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos acima.

É como voto.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATENDIMENTO EM REPARTIÇÃO DO EXÉRCITO. REGISTRO E FISCALIZAÇÃO DE MATERIAIS CONTROLADOS. SISTEMA DE AGENDAMENTO ELETRÔNICO. IMPOSSIBILIDADE DE RESERVA DE QUALQUER HORÁRIO. PROVA DOCUMENTAL. AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE USO DA FERRAMENTA. CABIMENTO. USO DE SISTEMA ALTERNATIVO. LIMITAÇÕES DE NUMERO DE RESERVAS E ATENDIMENTOS. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Havendo prova nos autos, incontestes, de que o sistema de agendamento eletrônico em uso na 5ª Circunscrição de Serviço Militar apresenta falhas em magnitude a tornar plenamente inviável a reserva de qualquer horário, é cabível o afastamento da exigência. Conquanto certo serem afetos à discricionariedade da Administração os métodos e procedimentos elaborados para atendimento ao público, incluso o agendamento prévio, há que se ter em vista que as rotinas desenvolvidas devem atender ao princípio constitucional da eficiência (artigo 37 da Constituição Federal), refletido no artigo 2º da Lei 9.784/1999.

2. Deriva da afirmação que, desde que eficiente a forma escolhida, é possível o condicionamento do atendimento a obrigatório agendamento prévio. De outra parte, a limitação de horários de agendamento, duração de cada horário ou de número de representados por cada procurador em cada atendimento não se afigura, do que reunido nestes autos, como coação ilegal. De fato, é também corolário do reconhecimento da discricionariedade da Administração em regulamentar rotinas de recepção ao público que possa haver limite de atendimentos. Ausente demonstração de que o sistema de limitação individual adotado é incompatível com a demanda do órgão (apresentando restrição injustificável), ou que seria exigível, de fato e de direito, que houvesse aumento da estrutura (física e de pessoal) disponível para atender, simultaneamente, maior número de pedidos, não se verifica direito líquido e certo a ser tutelado.

3. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016380-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016380-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. RECURSO CONSIDERADO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO PELO JUÍZO A QUO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1026, § 2º, DO CPC. CABIMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, corrigir erro material ou suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o magistrado não se manifestou de ofício ou a requerimento das partes, nos termos do artigo 1.022 do CPC.
2. No caso concreto, os embargos de declaração opostos pela parte executada foram considerados manifestamente protetatórios pelo Juízo de origem e, por conseguinte, houve imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.
3. Os fundamentos da decisão da exceção de pré-executividade estão claramente expostos, com abordagem jurídica específica e suficiente das questões contidas no meio de defesa apresentado pela excipiente.
4. Nesse contexto, acertada a valoração do Juízo a quo sobre os embargos de declaração opostos, considerando-os manifestamente protetatórios. Com efeito, as razões dos embargos foram genéricas, denotando nítida pretensão de reapreciação da matéria e inconformismo com o teor da decisão, com viés de prostrar seu resultado, o que justificou a aplicação do artigo 1.026, § 2º, do CPC. Precedentes desta Corte.
5. Agravo de instrumento não provido."

Alegou-se, inclusive para fins de pré-questionamento, omissão e contradição no julgado, pois: (1) deixou de apreciar a alegação de que "Não há como a Executada poder apresentar sua defesa sem elementos essenciais para tanto, de modo que lhe faltam elementos para sua ampla defesa. Percebe-se, desta feita, que o legislador, ao inserir tais dispositivos no texto infraconstitucional, obrigou o Fisco a obedecer a uma série de procedimentos no momento da elaboração da Certidão de Dívida Ativa, para que, assim, se garantisse ao contribuinte eventualmente inadimplente, o direito de ter conhecimento de todas as circunstâncias que cercam a cobrança da exação, não maculando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório" e (2) "Resta cabalmente demonstrado que o não existir caráter protetatório neste recurso, mas sim, ao revés, o nítido propósito de questionar matéria não decidida por este Tribunal".

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016380-27.2019.4.03.0000
 RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
 AGRAVANTE: AMEPLAN ASSISTENCIA MEDICA PLANEJADA LTDA.
 Advogado do(a) AGRAVANTE: UBIRATAN COSTODIO - SP181240-A
 AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
 OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Com efeito, a alegação de omissão foi genérica no sentido de questionar a violação da ampla defesa e contraditório na execução fiscal, e de impugnar a decisão agravada, que rejeitou a exceção de pré-executividade. A própria transcrição das razões da embargante revela igualmente o caráter genérico dos embargos de declaração, ao afirmar que houve omissão porque se deixou de tratar do direito da executada de conhecer todas as circunstâncias da cobrança da exação sem ao menos, porém, declinar quais as violações específicas praticadas. A partir de tal generalidade, fez-se impugnação, ainda, ao reconhecimento, pela decisão agravada, do caráter protetatório dos embargos de declaração opostos e rejeitados na origem, cuja reforma foi motivadamente afastada no acórdão embargado, em face do qual se pleiteou mero reexame, reiterando, de forma genérica, a tese da inexistência de intento protetatório para afastar a multa fixada.

Ao contrário do alegado nos embargos de declaração, constou do acórdão recorrido a apreciação detida de todos os pontos questionados, sem qualquer omissão ou contradição, como revela o seguinte excerto:

"No caso presente, os embargos de declaração opostos pela parte executada contra a decisão que rejeitou sua exceção de pré-executividade foram considerados manifestamente protetatórios pelo Juízo de origem e, por conseguinte, houve imposição de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, com fundamento no dispositivo legal sobredito (ID 73259791). Oportuno destacar parte da fundamentação da decisão:

"Não há obscuridade a ser esclarecida, contradição a ser eliminada, omissão a ser suprida ou erro material a ser corrigido. Antes, pretende o embargante, com o intuito de protelar o prosseguimento do feito executivo, manifestar inconformismo meritório ao quanto restou decidido na decisão embargada.

(...)

A embargante se vale de fórmula redacional pronta, que nenhuma pertinência material efetivamente guarda com o quanto foi decidido no provimento embargado. A pretensão declaratória não específica, com materialidade e austeridade necessárias, qual o tema da arguição de pré-executividade que de fato foi preterido pela análise judicial embargada. Antes, a embargante invoca apenas referência não contextualizada a parágrafo genérico utilizado em sua peça de exceção de pré-executividade, sem identificar de forma suficientemente aceitável em que exatamente reside o vício alegado. Cabe observar, a propósito, que os embargos de declaração foram igualmente opostos de forma vaga e genérica em todos os três processos referidos no item 1, acima, o que expressa um modo de atuação processual que em verdade apenas busca retardar a tramitação do feito.

É nítido, pois, que a executada-embargante busca, com a oposição declaratória, apenas e tão somente procrastinar a realização de medidas executivas constritivas, valendo-se dos embargos de declaração e da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário apenas para "rolar a dívida" que lhe é cobrada."

Relevante observar que a agravante não trouxe a estes autos a decisão que apreciou e rejeitou sua exceção de pré-executividade. Todavia, em consulta ao sistema de acompanhamento processual de 1ª instância, é possível visualizar a íntegra do decisum, cujos fundamentos estão claramente expostos, com abordagem jurídica específica e suficiente das questões contidas no meio de defesa apresentado pela excipiente.

Nesse contexto, parece-me acertada a valoração do Juízo a quo sobre os embargos de declaração opostos, considerando-os manifestamente protelatórios. Com efeito, as razões dos embargos foram genéricas (ID 73259795), denotando nítida pretensão de reapreciação da matéria e inconformismo com o teor da decisão, com viés de prostrar seu resultado, o que justificou a aplicação do artigo 1.026, § 2º, do CPC.

A propósito do tema, há precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÕES DISCUTIDAS E DECIDIDAS EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIDA REDISCUSSÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACLARATÓRIOS PROTETATÓRIOS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA DIVIDA. RECURSO REJEITADO.

- Os embargos devem ser rejeitados, porquanto não se verifica a omissão no decisum recorrido, dado que, consoante ficou assentado pela turma julgadora, todas as questões reiteradas nos embargos à execução fiscal foram satisfatoriamente decididas. Tais matérias não foram objeto de recurso, de forma que inviável nova apreciação do tema nesta sede, porquanto indubitável a preclusão consumativa. Reformular os temas de maneira diversa não altera o julgado, visto que a solução conduz a resultado idêntico e pacificado. - **Dada à inexistência de mácula que justifique a apresentação dos embargos declaratórios, devem ser considerados manifestamente protelatórios, o que legitima a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 1.026 do Código de Processo Civil. - Embargos de declaração rejeitados, condenada os embargantes ao pagamento de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa. - g.m.**

(TRF3, ApCiv 0001938-65.2010.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 22/07/2019)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO. PRÉ EXECUTIVIDADE. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA. ANUIDADES. CDA. REQUISITOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. MULTA PELO CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO DO RECURSO.

1. São manifestamente improcedentes os presentes embargos de declaração, pois não se verifica qualquer omissão no julgamento impugnado. 2. De fato, basta ver que foi reformada a decisão agravada com o que se acolheu exceção de pré-executividade, por nulidade da certidão que lastreia a execução fiscal em referência. Sem título executivo válido não existe execução com a qual prosseguir e, portanto, inexistente omissão a ser suprida, tanto que foi fixada verba de sucumbência (10% do valor da execução), pela extinção do processo. Tal montante não pode ser revisado a título de omissão em sede de embargos declaratórios. 3. Tampouco foi omissa o acórdão quanto a custas, que não oneraram a atuação processual do embargante e, portanto, não têm que ser restituídas. Acerca de despesas, tampouco provada que tenha havido no curso da execução fiscal, até porque a defesa foi exercida por exceção, sem qualquer outro ato ou diligência geradora de despesa processual específica. 4. Logo, manifestamente protelatórios os embargos de declaração, gerando retardamento desnecessário ao trâmite processual, com o apontamento de vícios inexistentes, em detrimento da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, pelo que cabível a imposição de multa de 2% do valor atualizado da execução fiscal originária, nos termos 1.026, § 2º, CPC/2015. 5. Embargos de declaração rejeitados, fixada multa pelo caráter manifestamente protelatório do recurso. - g.m.

(TRF3, AI 0007957-71.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 12/12/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. 2. Havendo divergência entre as partes em relação ao fato alegado e sendo necessária a apreciação detalhada de provas e eventual juntada de mais documentos, entendo não ser o caso de exceção de pré-executividade. 3. No caso, a alegação de ausência de intimação no processo administrativo somente poderá ser comprovada por meio da juntada de cópia íntegra do respectivo PA, o que não ocorreu de plano. Portanto, a alegação deverá ser veiculada na via de embargos, onde se possibilitará a juntada dos documentos, assim como se poderá ouvir a parte contrária a respeito. 4. No que diz respeito à CDA, observo que se encontram presentes todos os requisitos necessários à sua validade, nos termos do § 5º do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, preenchendo os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade. Frise-se que a certidão de dívida ativa possui presunção de legitimidade, demandando provas robustas para desconstituí-la. 5. A multa imposta em razão do caráter protelatório dos embargos de declaração deve ser mantida. Em face da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, a executada opôs embargos de declaração que foram rejeitados. Desta decisão foram opostos novos embargos de declaração. Assim, a multa foi imposta com base no artigo 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Agravo desprovido. - g.m.

(TRF3, AI 5011329-35.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1: 15/07/2019)".

Conforme expresso na própria ementa do julgado, os fundamentos da decisão da exceção de pré-executividade estão claramente expostos, com abordagem jurídica específica e suficiente das questões contidas no meio de defesa apresentado pela excipiente.

Logo, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REPUTADOS PROTETATÓRIOS. MULTA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

3. Com efeito, a alegação de omissão foi genérica no sentido de questionar a violação da ampla defesa e contraditório na execução fiscal, e de impugnar a decisão agravada, que rejeitou a exceção de pré-executividade. A própria transcrição das razões da embargante revela igualmente o caráter genérico dos embargos de declaração, ao afirmar que houve omissão porque se deixou de tratar do direito da executada de conhecer todas as circunstâncias da cobrança da exação sem ao menos, porém, declinar quais as violações específicas praticadas. A partir de tal generalidade, fez-se impugnação, ainda, ao reconhecimento, pela decisão agravada, do caráter protelatório dos embargos de declaração opostos e rejeitados na origem, cuja reforma foi motivadamente afastada no acórdão embargado, em face do qual se pleiteou mero reexame, reiterando, de forma genérica, a tese da inexistência de intento protelatório para afastar a multa fixada. Ao contrário do alegado nos embargos de declaração, constou do acórdão recorrido a apreciação detida de todos os pontos questionados, sem qualquer omissão ou contradição. Logo, fundamentado o acórdão, no que manteve a decisão agravada, não se cogita em violação aos artigos 1.022, parágrafo único, II, e 489, § 1º, do CPC, e, à evidência, eventual *error in iudicando*, como aventado, não implica omissão sanável na via dos embargos de declaração.

4. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005940-09.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: HERSHEY DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005940-09.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: HERSHEY DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIALIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Apelação desprovida.

Alegou o contribuinte, inclusive para fins de pré-questionamento (especialmente com relação aos artigos 5º, XXXVI e LIV, 145, III, alínea "a", e § 1º, e 195, I, alínea "b", da Constituição Federal; 110 do Código Tributário Nacional; e 8º do Código de Processo Civil), vício no julgado, pois omissão: (1) quanto ao conceito de renda e de faturamento; (2) com relação ao princípio da capacidade contributiva, razoabilidade e da segurança jurídica; e (3) no que tange à inconstitucionalidade formal da alteração da base de cálculo do PIS/COFINS, determinada pela Lei 12.973/2014.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005940-09.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
APELANTE: HERSHEY DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEO LOPES DE OLIVEIRA NETO - SP271413-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em erro *in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido.

Cabe, de qualquer forma, registrar que o acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

Evidencia-se, pois, que a invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o que decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em referência às mesmas bases de cálculo. Não existe, assim, presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte.

Neste sentido, no *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem, à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo".

Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, direciona ao entendimento de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

No âmbito da interpretação do direito federal, no julgamento do RESP 1.144.469, Rel. p/ acórdão Min. CAMPBELL MARQUES, decidiu a Corte Superior que:

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS. 1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quando estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos". 2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461/SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. (...)"

Em julgados do Superior Tribunal de Justiça, a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência e o emprego da analogia para eximir-se da tributação foram reputados como pretensão infundada do contribuinte:

RESP 1.825.675, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 29/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E À COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DADO À MATÉRIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. APLICAÇÃO. 1. A recorrente pretende fazer prevalecer a tese fixada no RE 574.706. O acolhimento de tal linha de raciocínio exigiria determinar se o art. 1º da Lei 10.637/2002 e o art. 1º da Lei 10.833/2003, ao definirem o conceito de faturamento, incluindo neste todas as receitas da empresa, estariam de acordo com o art. 195, I, b, da Constituição Federal, tarefa que compete, em princípio, ao Supremo Tribunal Federal. 2. A matéria referente à inconstitucionalidade da cobrança efetuada nos moldes do art. 2º da Lei 12.973/2014, bem como a aplicação analógica do Tema 69/STF são de cunho eminentemente constitucional, de forma que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça analisá-las sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência do STJ foi pacificada, no âmbito da Primeira Seção, no sentido da incidência, salvo previsão expressa em legislação específica, do PIS e da Cofins sobre sua própria base de cálculo. (REsp 1.144.469/PR, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJE de 2.12.2016). 5. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive quando declara que "descabe aplicar-se a analogia em matéria tributária", e que "não é possível estender a orientação do Supremo Tribunal Federal referente à questão", razão pela qual não merece prosperar a irrisignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". 6. Recurso Especial não conhecido. "

A jurisprudência superior respalda, portanto, sob esta ótica, o entendimento de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

Enfim, para não reiterar a ementa do próprio acórdão embargado que bastaria, por si, à demonstração da improcedência de todos os pontos levantados na presente discussão, cita-se em acréscimo o seguinte julgado:

ApCiv 5004366-63.2018.4.03.6105, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, publicação 06/04/2020: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706. 1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceria a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. 2. Recurso de apelação desprovido. "

Importa reafirmar, a propósito, o entendimento de que, salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019).

Por tais fundamentos é que a inconstitucionalidade da Lei 12.973/2014, no que alterou disposições legais diversas, inclusive a redação do § 5º do artigo 12 do Decreto-lei 1.598/1977 ("Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes...") não foi admitida na espécie, nem tem sido reconhecida nesta Corte, de modo a autorizar a extensão do decidido quanto ao ICMS à pretensão de exclusão do próprio PIS/COFINS das respectivas bases de cálculo.

Além de não violados os conceitos constitucional e legal de receita ou faturamento na inclusão do PIS/COFINS nas respectivas bases de cálculo, a narrativa de ofensa ao princípio da capacidade contributiva tampouco procede. O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, não tem a extensão que se lhe atribui, pois o "caráter pessoal dos impostos" com alíquotas progressivas para a gradação da incidência fiscal não é sequer obrigatório ("Sempre que possível"), podendo ser eleito pelo legislador bases reais de tributação e, no caso das contribuições em referência, a apuração das respectivas bases de cálculo com a inclusão do próprio valor do PIS/COFINS, na conformação de receita ou faturamento pela técnica do "cálculo por dentro", não confere caráter confiscatório à tributação, ao menos até que a Suprema Corte delibere em contrário, infringindo, assim, a presunção de constitucionalidade da legislação, sem que se cogite de ofensa aos princípios da razoabilidade (artigos 5º, LIV, CF, e 8º, CPC) e segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF).

Assim fundamentado o arresto recorrido (artigos 1.022, II, e 489, § 1º, IV, CPC), a eventual violação a normas apontadas (artigos 5º, XXXVI e LIV, 145, III, alínea "a", e § 1º, e 195, I, alínea "b", da Constituição Federal; artigo 110 do Código Tributário Nacional; e artigo 8º do Código de Processo Civil), ou contrária a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS NAS RESPECTIVAS BASES DE CÁLCULO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. O acórdão embargado motivou e distinguiu as situações tratadas, sem ampliar a interpretação dada pela Suprema Corte ao caso do ICMS, dentro da ótica de que o "cálculo por dentro" configura técnica de tributação válida, vez que inexistente vedação constitucional, salvo o disposto no artigo 155, § 2º, XI, no tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do próprio ICMS e, ainda assim, somente "quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".

3. A invalidação do "cálculo por dentro" por contraste com a matriz constitucional de incidência tributária depende de análise de cada espécie ou tributo, não se aproveitando, por extensão obrigatória e vinculante, o decidido quanto ao ICMS para autorizar a exclusão do PIS/COFINS, ainda que em relação às mesmas bases de cálculo. Não existe presunção de inconstitucionalidade da técnica da tributação pelo "cálculo por dentro", pois é exatamente o contrário o que se extrai da consolidada jurisprudência da Suprema Corte. No *leading case*, que validou a inclusão do ICMS na respectiva base de cálculo (RE 582.461, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 18/08/2011), a Suprema Corte expressou, precisamente, o alcance da técnica do "cálculo por dentro" no sistema constitucional tributário, recordando a lição do grande tributarista da Corte, Ministro ILMAR GALVÃO, para quem à exceção do disposto no artigo 155, § 2º, XI, "Não há norma constitucional ou legal que vede a presença, na formação da base de cálculo de qualquer imposto, de parcela resultante do mesmo ou de outro tributo". Esta interpretação, presente no julgamento que reconheceu constitucional a técnica do "cálculo por dentro" do ICMS, autoriza a conclusão de que não se pode ampliar, como se pretende, o precedente do RE 574.706 para a exclusão do próprio PIS/COFINS na apuração das respectivas bases de cálculo.

4. O emprego da analogia ou a extensão do precedente no RE 574.706 ao caso em referência são pretensões infundadas à luz da jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Do quanto consolidado, no âmbito dos Tribunais, resulta a diretriz de que se deve considerar, de forma excepcional, a exclusão de tributos das respectivas bases de cálculo, em consonância, de resto, com a lição extraída da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance amplo a ser dado e admitido no emprego da técnica do "cálculo por dentro" nos tributos em geral.

5. Salvo revisão específica ou extensão autorizada pela própria Suprema Corte, os ingressos na receita e faturamento da empresa, ainda que com mero trânsito para posterior saída, não desfiguram os conceitos constitucional (artigo 195, I, "b") e legal (artigo 100, CTN, e artigo 12, § 5º do Decreto-Lei 1.598/1977) atrelados à hipótese de incidência do PIS/COFINS, alinhando-se a jurisprudência da Turma à exegese de que receita bruta e faturamento são termos equivalentes, consistindo na totalidade das receitas auferidas com a venda de mercadorias, serviços ou mercadorias e serviços, referentes ao exercício das atividades empresariais (ARE 1.210.308, Rel. Min. EDSON FACHIN, DJE 11/12/2019). Por tais fundamentos é que a inconstitucionalidade da Lei 12.973/2014, no que alterou disposições legais diversas, inclusive a redação do § 5º do artigo 12 do Decreto-Lei 1.598/1977 ("Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes...") não foi admitida na espécie, nem tem sido reconhecida nesta Corte, de modo a autorizar a extensão do decidido quanto ao ICMS à pretensão de exclusão do próprio PIS/COFINS das respectivas bases de cálculo.

6. Além de não violados os conceitos constitucional e legal de receita ou faturamento na inclusão do PIS/COFINS nas respectivas bases de cálculo, a narrativa de ofensa ao princípio da capacidade contributiva tampouco procede. O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, não tem a extensão que se lhe atribui, pois o "caráter pessoal dos impostos" com alíquotas progressivas para a graduação da incidência fiscal não é sequer obrigatório ("Sempre que possível"), podendo ser eleito pelo legislador bases reais de tributação e, no caso das contribuições em referência, a apuração das respectivas bases de cálculo com a inclusão do próprio valor do PIS/COFINS, na conformação de receita ou faturamento pela técnica do "cálculo por dentro", não confere caráter confiscatório à tributação, ao menos até que a Suprema Corte delibere em contrário, infirmando, assim, a presunção de constitucionalidade da legislação, sem que se cogite de ofensa aos princípios da razoabilidade (artigos 5º, LIV, CF, e 8º, CPC) e segurança jurídica (artigo 5º, XXXVI, CF).

7. Assim fundamentado o arresto recorrido (artigos 1.022, II, e 489, § 1º, IV, CPC), a eventual violação a normas apontadas (artigos 5º, XXXVI e LIV, 145, III, alínea "a", e § 1º, e 195, I, alínea "b", da Constituição Federal; artigo 110 do Código Tributário Nacional; e artigo 8º do Código de Processo Civil), ou contraria a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

8. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que admitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

9. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014610-66.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RUY MARCO ANTONIO, MARISTELA RODRIGUES MARCO ANTONIO, RUY MARCO ANTONIO FILHO, GUILHERME RODRIGUES MARCO ANTONIO, MARCELO RODRIGUES MARCO ANTONIO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S, ROBERTO BARRIEU - SP81665-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014610-66.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RUY MARCO ANTONIO, MARISTELA RODRIGUES MARCO ANTONIO, RUY MARCO ANTONIO FILHO, GUILHERME RODRIGUES MARCO ANTONIO, MARCELO RODRIGUES MARCO ANTONIO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S, ROBERTO BARRIEU - SP81665-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração contra acórdão assim ementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. GANHO DE CAPITAL. PAGAMENTO PARCELADO. RECOLHIMENTO EM ATRASADO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O pagamento parcelado da alienação de participação societária, de que resulte ganho de capital, não exime o contribuinte de promover o lançamento tributário na DIRPF, sujeito à homologação da autoridade tributária. Ainda que acordado o pagamento a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista (artigo 140 do RIR/1999).

2. Promovido lançamento do tributo devido na declaração de ajuste anual, o recolhimento atrasado do imposto incidente sobre cada parcela recebida, com vencimento até o último dia útil do mês seguinte ao pagamento, não configura denúncia espontânea, em razão da expressa vedação contida na Súmula 360 do Superior Tribunal de Justiça, devendo, portanto, ser acrescido de multa de mora, além de juros moratórios e correção monetária sobre o principal.

3. Apelação desprovida."

Alegou o contribuinte, inclusive para fins de pré-questionamento, vício no julgado, pois (1) não especificou qual seria o ano de referência da declaração do tributo, se a data da operação - 2010 -, ou a declaração retificadora entregue em 2017; (2) aplica-se ao caso o § 2º do artigo 21 da Lei 8.981/1995, e o artigo 31 da IN-SRF 84/2001, pois a hipótese de incidência do imposto de renda ocorre a cada ganho de capital, em decorrência de alienação de bens e direito, de modo que o fato gerador se concretiza no momento de cada parcela; (3) "se a legislação tributária define que o fato gerador do imposto de renda ocorre com a disponibilidade econômica do contribuinte (art. 43 do CTN), e no caso de ganho de capital, o imposto é apurado e pago no mês do recebimento (art. 117, § 2º do RIR/99), e apenas na proporção das respectivas parcelas em caso de alienações a prazo (art. 140 do RIR/99), a única conclusão plausível seria compreender a obrigação tributária devida quando ocorrido o efetivo acréscimo patrimonial"; (4) "o que ocorre nessas situações de alienação a prazo é o diferimento do imposto, é dizer, ocorre o deslocamento do aspecto temporal da obrigação tributária, para data diferente da do ano-base em que ocorreu o negócio jurídico, para data em que efetivamente ocorrer o recebimento da parcela"; (5) não há como admitir a existência de qualquer comunicação prévia ao Fisco, pois a cada parcela percebida e em diferentes momentos ocorre uma nova obrigação de declaração e recolhimento do IRPF sobre o ganho de capital; (6) a ausência de fundamentação sobre pontos destacados viola os artigos 5º LIV e LV, e 93, IX, CF, e 11, 459, e 489, § 1º, CPC; e (7) a Turma "reconheceu, em recente julgado, o instituto da denúncia espontânea em caso análogo ao presente, envolvendo a mesma situação fática", devendo ser observado o artigo 926 do CPC.

Apresento o feito em mesa para julgamento (artigo 1.024, § 1º, CPC).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5014610-66.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

APELANTE: RUY MARCO ANTONIO, MARISTELA RODRIGUES MARCO ANTONIO, RUY MARCO ANTONIO FILHO, GUILHERME RODRIGUES MARCO ANTONIO, MARCELO RODRIGUES MARCO ANTONIO

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO BARRIEU - SP81665-A, HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S

Advogados do(a) APELANTE: HUGO BARRETO SODRE LEAL - SP195640-S, ROBERTO BARRIEU - SP81665-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, são manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

As alegações não envolvem erro material, omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido, e nem de sanar dúvida subjetiva do embargante.

Com efeito, o acórdão embargado é cristalino ao afirmar que: "Embora o imposto deva ser recolhido à medida em que efetuados os pagamentos das parcelas, considerado o regime de caixa, e tributado em separado (artigo 2º da Lei 7.713/1988, e artigo 21 da Lei 8.981/1995), a operação de que resultou o ganho de capital é única e deve ser informada, independentemente do fluxo de pagamentos, na declaração do ajuste anual do imposto de renda da pessoa física do contribuinte."

Na sequência deixou expresso que "Os pagamentos parcelados, vinculados à mesma operação de alienação de participação societária, não retratam operações individuais, distintas ou autônomas daquela em que apurado e declarado ao Fisco o ganho de capital. Efetuada a declaração de ganho de capital na alienação de participação societária no ano-base de referência - ano da alienação -, não se pode sustentar que não tenha havido declaração ao Fisco do lançamento tributário, ainda que, pelo regime de caixa, a tributação possa ampliar-se e atingir outros períodos-base à medida em que efetuado o pagamento de cada parcela pelo adquirente e aperfeiçoado o respectivo recebimento pelo alienante".

Como se observa, ocorre deslocamento do aspecto temporal da obrigação tributária, para data diferente da que ocorreu o fato gerador e devida a respectiva declaração, tanto que a regra do § 3º do artigo 21 da Lei 8.981/1995 destaca que "Na hipótese de alienação em partes do mesmo bem ou direito, a partir da segunda operação, desde que realizada até o final do ano-calendário seguinte ao da primeira operação, o ganho de capital deve ser somado aos ganhos auferidos nas operações anteriores, para fins da apuração do imposto na forma do *caput*, deduzindo-se o montante do imposto pago nas operações anteriores".

De outra parte, não há que se confundir - como também deixou claro o acórdão - a obrigação de declaração com a ocorrência do fato gerador ("embora o imposto possa ser devido antes mesmo do prazo de entrega de declaração de ajuste anual, a operação deve ser integralmente declarada ao Fisco, não apenas quanto aos pagamentos efetuados no período-base da declaração, mas inclusive quanto aos posteriores, envolvendo toda a operação"). Com efeito, é consabida a percepção complexiva do fato gerador do imposto de renda, pelo que não macula a regra de incidência tributária que, na particularidade das alienações parceladas, a totalidade da operação de base seja informada *ab initio* (constando das declarações de ajuste não porque integram a base de cálculo do imposto devido nesta oportunidade, naturalmente, e sim pelo dever regulamentar de declaração, paralela, do ganho de capital), formalizando o lançamento, sem que haja imediata exigibilidade do valor devido a cada pagamento futuro (não cabendo falar de decadência porque há constituição, e tampouco de prescrição porque não é possível, ainda, a cobrança da exação sobre todas as parcelas).

Este raciocínio, em verdade, configura não mais que interpretação literal do artigo 31 da IN SRF 84/2001, reproduzindo, no caso, regra do artigo 140 do RIR/1999, ao afirmar que o "n) as alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente". Os acórdãos ignoram, por completo, o significado e repercussão do trecho destacado: a "apuração à vista" é a declaração, desde logo, do total da operação de venda do qual se origina o ganho de capital.

Tanto assim é que, no exemplo utilizado pelo acórdão, a partir da prova dos autos, a declaração de ajuste do ano-calendário de 2016 constante do ID. 56429758, f. 11 e seguintes, indica, no demonstrativo dos ganhos de capital ocorridos, o valor integral das alienações (R\$ 16.978.127,39 e R\$ 5.888.947,66), embora o imposto devido no período da declaração seja restrito aos pagamentos percebidos. Para prover relevância ao pleito de reconhecimento de denúncia espontânea, os impetrantes haveriam de provar que jamais declararam, antes da retificadora, o valor global, desde a data da alienação, o que não é o vértice de argumentação nestes autos - inexistindo qualquer elemento de convicção neste sentido.

Finalmente, quanto à alegação de que existe julgado em sentido contrário da Turma, trata-se de fundamento que apenas evidencia o caráter impugnativo e revisional ao mérito julgado, por inconformismo e sem qualquer indicativo de vício sanável na via eleita.

Assim fundamentado o arresto recorrido (artigos 5º LIV e LV, e 93, IX, CF, e 11, 459, e 489, § 1º, CPC), a eventual violação a normas apontadas (artigos 43, CTN; 21, § 2º, da Lei 8.981/1995; 31 da INSRF 84/2001; 117, § 2º, e 140, do RIR/1999; e 926, CPC), ou contrária a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA. GANHO DE CAPITAL. PAGAMENTO PARCELADO. RECOLHIMENTO EM ATRASO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. REJEIÇÃO.

1. São manifestamente improcedentes os embargos de declaração, inexistindo quaisquer dos vícios apontados, restando nítido que se cuida de recurso interposto com o objetivo de rediscutir a causa e manifestar inconformismo diante do acórdão embargado.

2. As alegações não envolvem erro material, omissão, contradição ou obscuridade sanáveis em embargos de declaração, mas efetiva impugnação ao acórdão embargado, que teria incorrido em *error in iudicando*, desvirtuando, pois, a própria natureza do recurso, que não é a de reapreciar a causa como pretendido, e nem de sanar dúvida subjetiva do embargante.

3. Com efeito, o acórdão embargado é cristalino ao afirmar que: "Embora o imposto deva ser recolhido à medida em que efetuados os pagamentos das parcelas, considerado o regime de caixa, e tributado em separado (artigo 2º da Lei 7.713/1988, e artigo 21 da Lei 8.981/1995), a operação de que resultou o ganho de capital é única e deve ser informada, independentemente do fluxo de pagamentos, na declaração do ajuste anual do imposto de renda da pessoa física do contribuinte."

4. Na sequência deixou expresso que "Os pagamentos parcelados, vinculados à mesma operação de alienação de participação societária, não retratam operações individuais, distintas ou autônomas daquela em que apurado e declarado ao Fisco o ganho de capital. Efetuada a declaração de ganho de capital na alienação de participação societária no ano-base de referência - ano da alienação -, não se pode sustentar que não tenha havido declaração ao Fisco do lançamento tributário, ainda que, pelo regime de caixa, a tributação possa ampliar-se e atingir outros períodos-base à medida em que efetuado o pagamento de cada parcela pelo adquirente e aperfeiçoado o respectivo recebimento pelo alienante".

5. Como se observa, ocorre deslocamento do aspecto temporal da obrigação tributária, para data diferente da que ocorreu o fato gerador e é devida a respectiva declaração, tanto que a regra do § 3º do artigo 21 da Lei 8.981/1995 destaca que "Na hipótese de alienação em partes do mesmo bem ou direito, a partir da segunda operação, desde que realizada até o final do ano-calendário seguinte ao da primeira operação, o ganho de capital deve ser somado aos ganhos auferidos nas operações anteriores, para fins da apuração do imposto na forma do **caput**, deduzindo-se o montante do imposto pago nas operações anteriores".

6. Não há que se confundir a obrigação de declaração com a ocorrência do fato gerador. É consabida a percepção complexiva do fato gerador do imposto de renda, pelo que não macula a regra de incidência tributária que, na particularidade das alienações parceladas, a totalidade da operação de base seja informada *ab initio* (constando das declarações de ajuste não porque integram a base de cálculo do imposto devido nesta oportunidade, naturalmente, e sim pelo dever regulamentar de declaração, paralela, do ganho de capital), formalizando o lançamento, sem que haja imediata exigibilidade do valor devido a cada pagamento futuro (não cabendo falar de decadência porque há constituição, e tampouco de prescrição porque não é possível, ainda, a cobrança da exação sobre todas as parcelas). Interpretação literal do artigo 31 da IN SRF 84/2001, reproduzindo, no caso, regra do artigo 140 do RIR/1999, ao afirmar que o "nas alienações a prazo, o ganho de capital é apurado como se a venda fosse efetuada à vista e o imposto é pago periodicamente".

7. Quanto à alegação de que existe julgado em sentido contrário da Turma, trata-se de fundamento que apenas evidencia o caráter impugnativo e revisional ao mérito julgado, por inconformismo e sem qualquer indicativo de vício sanável na via eleita.

8. Assim fundamentado o arresto recorrido (artigos 5º LIV e LV, e 93, IX, CF; e 11, 459, e 489, § 1º, CPC), a eventual violação a normas apontadas (artigos 43, CTN; 21, § 2º, da Lei 8.981/1995; 31 da INSRF 84/2001; 117, § 2º, e 140, do RIR/1999; e 926, CPC), ou contrária a jurisprudência, deve o contribuinte veicular recurso próprio para a impugnação do acórdão e não rediscutir a matéria em embargos de declaração.

9. Por fim, embora tratados todos os pontos invocados nos embargos declaratórios, de relevância e pertinência à demonstração de que não houve qualquer vício no julgamento, é expresso o artigo 1.025 do Código de Processo Civil em enfatizar que se consideram incluídos no acórdão os elementos suscitados pela embargante, ainda que inadmitido ou rejeitado o recurso, para efeito de pré-questionamento, pelo que aperfeiçoado, com os apontados destacados, o julgamento cabível no âmbito da Turma.

10. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027329-13.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: APARECIDA MORENO MARQUES, PER FLEX COMERCIO REPRESENTACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE METAIS SANITARIOS EIRELI

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027329-13.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: APARECIDA MORENO MARQUES, PER FLEX COMERCIO REPRESENTACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE METAIS SANITARIOS EIRELI

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, deferiu requerimento de redirecionamento da ação, com inclusão no pólo passivo de DMFLEX Indústria e Comércio de Metais Ltda., Dorival Oliveira Marques e Aparecida Moreno Marques.

Alegaram as agravantes, PER FLEX Comércio, Representação, Importação e Exportação de Metais Sanitários – EIRELI e Aparecida Moreno Marques, que: (1) a pretensão de inclusão dos sócios das empresas no pólo passivo encontra-se prescrita, tendo em vista o decurso de prazo superior a cinco anos desde a citação da executada principal; (2) a mera existência de grupo econômico não possibilita redirecionamento da ação executiva fiscal contra empresas do grupo, tendo em vista possuírem independência patrimonial e jurídica; (3) tal responsabilidade somente seria possível na hipótese de interesse comum no fato gerador - que não se confunde com o interesse econômico - ou na ocorrência de abuso de personalidade jurídica; e (4) não existem os requisitos para redirecionamento da ação executiva a seus sócios.

Não houve contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027329-13.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: APARECIDA MORENO MARQUES, PER FLEX COMERCIO REPRESENTACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE METAIS SANITARIOS EIRELI

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE LUIZ AGUION - SP187289-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, a decisão agravada acolheu pedido de redirecionamento da execução fiscal ajuizada, originariamente, em face de PER FLEX Comércio, Representação, Importação e Exportação de Metais Sanitários – EIRELI, para inclusão no polo passivo de DMFLEX Indústria e Comércio de Metais Ltda., Dorival Oliveira Marques e Aparecida Moreno Marques.

Inicialmente, é manifesta a ilegitimidade de PER FLEX Comércio, Representação, Importação e Exportação de Metais Sanitários–EIRELI para interpor recurso, em nome próprio, a favor de terceiros, cuja inclusão no polo passivo da execução fiscal foi determinada.

Neste sentido, dispõe o artigo 18, CPC, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

A propósito já decidiu esta Corte:

AI 501115-15.2017.4.03.0000, Rel. Juza Fed. Conv. DENISE AVELAR, DJe de 14/01/2020: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO DO POLO PASSIVO. ILEGITIMIDADE DA EMPRESA DEVEDORA. EXCLUSÃO DE JUROS DE MORA E MULTA. MASSA FALIDA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO DESPROVIDO. I. O artigo 18 do Código de Processo Civil dispõe que “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Neste contexto, ora agravante, não tem legitimidade para, em nome próprio, requerer a exclusão de sócio do polo passivo da execução fiscal. II. Outrossim, quanto à exclusão dos juros de mora e multa, a União Federal já se manifestará em sentido favorável ao pleito do excipiente. Por outro lado, não demonstrou a parte agravante eventual descumprimento da exequente neste ponto, falecendo, assim, interesse de agir da parte agravante. III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

Também assim ocorre em relação à agravante Aparecida Moreno Marques, que não tem legitimidade para discutir o redirecionamento em face de DMFLEX Indústria e Comércio de Metais Ltda. e Dorival Oliveira Marques, admitindo-se a legitimidade apenas quanto à própria inclusão da agravante no polo passivo da execução fiscal.

Neste aspecto da apreciação cabível, cabe registrar que a execução fiscal foi ajuizada contra PER FLEX Comércio, Representação, Importação e Exportação de Metais Sanitários – EIRELI, qualificada como “empresa individual de responsabilidade limitada”, titularizada por Aparecida Moreno Marques (Id 99414970, f. 12).

Sucedede que se encontra consolidada a jurisprudência no sentido de que “a empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual” (RESP 1.355.000, Rel. Min. MARCO BUZZI, DJe de 10/11/2016).

Sendo assim, não cabe cogitar de ilegalidade na inclusão da agravante, titular da firma individual, no polo passivo da execução fiscal.

Tampouco se cogita, pois, de prescrição na adoção de tal providência, dada a natureza jurídica da empresa individual, em que se não se distingue, para efeitos patrimoniais, a pessoa jurídica da pessoa física, a demonstrar que não se cuida, a rigor, de redirecionamento da execução fiscal sujeito a prazo prescricional, devendo responder pelos débitos da empresa individual o patrimônio do titular respectivo.

Neste sentido o seguinte julgado:

RESP 1.682.989, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 09/10/2017: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. REDIRECIONAMENTO. I. A controvérsia cinge-se à responsabilidade patrimonial do empresário individual e as formalidades legais para sua inclusão no polo passivo de execução de débito da firma da qual era titular. 2. O acórdão recorrido entendeu que o empresário individual atua em nome próprio, respondendo com seu patrimônio pessoal pelas obrigações assumidas no exercício de suas atividades profissionais, sem as limitações de responsabilidade aplicáveis às sociedades empresárias e demais pessoas jurídicas. 3. A jurisprudência do STJ já fixou o entendimento de que “a empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual” (REsp 1.355.000/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 10/11/2016) e de que “o empresário individual responde pelas obrigações adquiridas pela pessoa jurídica, de modo que não há distinção entre pessoa física e jurídica, para os fins de direito, inclusive no tange ao patrimônio de ambos” (AREsp 508.190, Rel. Min. Marco Buzzi, Publicação em 4/5/2017). 4. Sendo assim, o empresário individual responde pela dívida da firma, sem necessidade de instauração do procedimento de desconexão da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002 e arts. 133 e 137 do CPC/2015), por ausência de separação patrimonial que justifique esse rito. 5. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem guarda consonância com a jurisprudência do STJ, o que já seria suficiente para se rejeitar a pretensão recursal com base na Súmula 83/STJ. O referido verbete sumular aplica-se aos recursos interpostos tanto pela alínea “a” quanto pela alínea “c” do permissivo constitucional. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010. [...]”

Também assim decidiu a Turma:

AI 0016288-76.2015.4.03.0000, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, DJe de 20/03/2019: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ARTIGO 133 DO CTN. INDÍCIOS SUFICIENTES. FIRMA INDIVIDUAL. INCLUSÃO DO TITULAR NO POLO PASSIVO. POSSIBILIDADE. RECURSO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 6. Em se tratando de firma individual, o patrimônio do empresário individual é único, não havendo distinção entre os bens afetados ao exercício da empresa e os bens particulares do titular, que respondem por quaisquer dívidas. 7. Agravo de instrumento parcialmente provido para determinar a inclusão da empresa Lupercio de Moraes Benício Júnior EPP e de seu titular no polo passivo da execução fiscal.”

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, nego-lhe provimento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE RECURSAL. DEFESA DE DIREITO ALHEIO EM NOME PRÓPRIO. EMPRESA INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE DO TITULAR RESPECTIVO. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO PATRIMONIAL.

1. Nos termos do artigo 18, CPC, “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Logo, os agravantes não podem impugnar decisão que, em execução fiscal, afetou direito de terceiros, supondo-o como próprio.
2. Sendo a executada empresa individual, não se distingue o patrimônio jurídico da pessoa jurídica em relação à pessoa física. Os débitos da empresa individual são suportados integralmente pelo patrimônio do titular respectivo, independentemente de redirecionamento da execução fiscal e, pois, de prazo prescricional.
3. Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000700-53.2006.4.03.6108
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GONCALVES DOMINGOS - SP189262-A
APELADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000700-53.2006.4.03.6108
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GONCALVES DOMINGOS - SP189262-A
APELADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** (Id108147905, p. 1-14), e por **Distribuidora de Bebidas Fernandes Ltda** em face do acórdão (Id 107344888, p. 6-7) assimmentado:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÕES DESPROVIDAS.

1. *Trata-se de embargos à execução de sentença opostos para afastar a verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, na sentença proferida nos autos nº 1999.61.08.000996-4, além de estabelecer que o termo inicial da correção monetária deve ser o trânsito em julgado da decisão que condenou a embargante ao pagamento de honorários advocatícios.*
2. *No caso, foi publicada sentença em 05.12.2002 nos autos nº 1999.61.08.000996-4 (Id 90211597, p. 173), julgando improcedente o pedido e condenando a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa (Id 90211597, p. 164-171).*
3. *A embargante interpôs apelação em 07.01.2003 (Id 90211597, p. 178-180 e Id 90211598, p. 1-24), que foi recebida em ambos os efeitos em 06.05.2003 (Id 90211598, p. 25) e posteriormente, em 16.07.2003, desistiu do recurso, renunciando ao direito sobre que se fundamenta a ação (Id 90211598, p. 26-27).*
4. *No caso dos autos, o pedido de desistência do recurso de apelação e renúncia ao direito sobre que se fundamenta a ação foi requerido em 16.03.2003 (Id 90211598, p. 26-27), após ter sido proferida sentença nos autos nº 1999.61.08.000996-4, em 03.09.2002 (Id 90211597, p. 164-171), publicada em 05.12.2002 (Id 90211597, p. 173). 5. Tratando-se de sentença que julgou improcedente o pedido formulado, o requerimento de renúncia ao direito sobre que se fundamenta a ação revela-se incompatível com a vontade de recorrer, tornando inadmissível o recurso, ensejando o trânsito em julgado da sentença, e consequentemente, o cabimento da verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, na sentença proferida nos autos nº 1999.61.08.000996-4 (Id 90211597, p. 164-171).*
6. *Finalmente, o termo inicial da correção monetária, tratando-se de execução de honorários advocatícios, deve ser desde o trânsito em julgado da decisão judicial que os arbitrou, no caso, a sentença proferida nos autos nº 1999.61.08.000996-4 (Id 90211597, p. 173), tal como decidiu o Juízo a quo. Precedentes do STJ.*
7. *Apelações desprovidas."*

A embargante União alega que o acórdão padece de contradição em relação ao termo inicial da incidência da correção monetária dos honorários advocatícios fixados, requerendo que sejam estipulados nos termos da Súmula 14 do STJ (Id 107808728, p. 1-2)

Por sua vez, a embargante Distribuidora de Bebidas Fernandes aduziu que opôs os presentes embargos com finalidade de esclarecer omissão em relação ao pedido de redução nos valores de honorários sucumbenciais, que foram fixados em violação aos parâmetros do art. 20 do CPC, vigente à época da prolação da sentença, em valor exorbitante (15% do valor da causa), destacando-se, ainda, o contexto do benefício fiscal instituído pela Lei nº 10.864/03, além de prequestionamento (Id 107503738, p. 1-9).

As embargadas apresentaram manifestação, nos termos do artigo 1023, § 2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000700-53.2006.4.03.6108
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GONCALVES DOMINGOS - SP189262-A
APELADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS FERNANDES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.

De fato, reconheço a ocorrência de omissões e passo a saná-las.

No caso em tela, a ora embargante Distribuidora de Bebidas Fernandes opôs embargos à execução de sentença, que foi julgada improcedente, para afastar a verba honorária fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, na sentença proferida nos autos nº 1999.61.08.000996-4, assegurando o reconhecimento de que em razão de adesão ao PAES a verba honorária deveria ser fixada em 1% (um por cento), além de estabelecer que o termo inicial da correção monetária deve ser o trânsito em julgado da decisão que condenou a embargante ao pagamento de honorários advocatícios.

A embargante interpôs apelação em 07.01.2003 (Id 90211597, p. 178-180 e Id 90211598, p. 1-24), que foi recebida em ambos os efeitos em 06.05.2003 (Id 90211598, p. 25) e posteriormente, em 16.07.2003, desistiu do recurso, renunciando ao direito sobre que se fundamenta a ação (Id 90211598, p. 26-27).

O Juízo *a quo* indeferiu a homologação da renúncia da apelação (Id 90211598, p. 28), nos seguintes termos:

“Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, não podendo, por isso, inovar no feito, salvo para corrigir inexatidões materiais ou para retificar erros de cálculo (CPC, art. 463 e incisos). Assim, não é possível homologar a renúncia noticiada às fls. 196/197, tendo em vista que a ação já foi julgada. Observo que a sentença proferida nestes autos julgou improcedente o pedido deduzido pela autora, a qual desistiu, voluntariamente, do recurso interposto. Com isso, operou-se o trânsito em julgado para a parte autora, não cabendo, nessa hipótese, possibilidade de renúncia ao direito em que se fundamenta a ação, conforme requerido.”

Na apelação (Id 90211594, p. 32-37), a Distribuidora de Bebidas Fernandes Ltda afirma que desistiu da ação nº 1999.61.08.000996-4, assegurando o reconhecimento de que em razão de adesão ao PAES a verba honorária deveria ser fixada em 1% (um por cento), requerendo, alternativamente, sua redução.

Com efeito, o critério para a fixação da verba honorária deve considerar a razoabilidade do seu valor, tendo em vista o trabalho profissional efetivamente prestado. Assim, o valor fixado na sentença, 15% (quinze por cento) do valor da causa, deve ser reduzido para 10% (dez por cento) do valor da causa corrigido, nos termos do art. 20, §3º do CPC/73, vigente à época da sentença, e também do art. 85 e parágrafos, do atual CPC.

Em relação ao termo inicial da correção monetária, conforme a Súmula 14 do Superior Tribunal de Justiça, arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento, *verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS FIXADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DO AJUIZAMENTO DOS EMBARGOS. SÚMULA 14/STJ. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. GRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”

(AgRg no REsp. 1.105.573/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10.3.2014).

Ante o exposto, **acolho os embargos de declaração, com efeitos infringentes**, para reduzir o valor da verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que deve ser corrigido desde o ajuizamento da demanda, nos termos da Súmula 14 do STJ, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO RECONHECIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES

1. Apontamos embargantes omissão do acórdão em relação ao pedido de redução da verba honorária, bem como ao disposto na Súmula 14 do STJ.
2. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
3. No caso em comento reconheço a ocorrência de omissões e passo a saná-las.
4. O critério para a fixação da verba honorária deve considerar a razoabilidade do seu valor, tendo em vista o trabalho profissional efetivamente prestado. Assim, o valor fixado na sentença, 15% (quinze por cento) do valor da causa, deve ser reduzido para 10% (dez por cento) do valor da causa corrigido, nos termos do art. 20, §3º do CPC/73, vigente à época da sentença, e também do art. 85 e parágrafos, do atual CPC.
5. Em relação ao termo *a quo* da correção monetária, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento, conforme a Súmula 14 do STJ.
6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para reduzir o valor da verba honorária para 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, que deve ser corrigido desde o ajuizamento da demanda, nos termos da Súmula 14 do STJ, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013209-66.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 438/2089

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013209-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: LINDE GASES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JAMIL ABID JUNIOR - SP195351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Linde Gases Ltda.**, em face do acórdão de id nº 8709469, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE VALOR LÍQUIDO E CERTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO PREMATURA DO ART. 496, § 4º, II, DO CPC. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, em razão da presente demanda não trazer valor líquido e certo, por se tratar de medida que se protraí para o futuro e impossível mensuração do proveito econômico e, assim, tornar-se impossível a aplicação do artigo 496, § 3º, do Código de Processo Civil, deve ser submetida a r. sentença ao reexame necessário.

2. No que se refere à comprovação da condição de credora, os documentos juntados no ID nº 3919636, justamente demonstram que ocorrerá o recolhimento do PIS e da COFINS e, desta forma, a alegação realizada pela Fazenda Nacional padece de congruência do quanto demonstrado nos autos.

3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

5. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.

6. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado.

7. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em respeito aos princípios acima elencados – proporcionalidade, razoabilidade, causalidade e equidade –.

8. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos.”

A embargante alega, em síntese, que:

a) o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS;

b) há contradição ao submeter a sentença ao reexame necessário e ao mesmo tempo reconhecer que o entendimento já se encontra sedimentado na jurisprudência, razão pela qual não há como reduzir a condenação em honorários advocatícios realizados pela primeira instância, sendo certo que não houve a manifestação acerca dos parâmetros delimitados pelo legislador quanto às condenações da Fazenda Pública em honorários advocatícios, bem como em relação à majoração decorrente dos honorários recursais e, em relação à fixação de honorários ínfimos.

Devidamente intimada, a União propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013209-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: LINDE GASES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JAMIL ABID JUNIOR - SP195351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser parcialmente acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

No que concerne às alegações acerca da submissão da sentença ao reexame necessário e dos honorários advocatícios, primeiramente, traz-se o excerto do voto que tratou do tema (id nº 7374444):

“Ainda, em análise preliminar, submete-se a r. sentença ao reexame necessário, em razão da aplicabilidade prematura do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Isto porque, enquanto não transitada em julgado a decisão proferida em sede recurso repetitivo na Corte Suprema, a eficácia da decisão ainda não se completa, aguardando o julgamento dos recursos ainda existentes – no caso, os embargos de declaração – para que se torne plenamente eficaz. Rememore-se que isto não impede que tal decisão seja utilizada como precedente e, também, indicativo de que a jurisprudência pátria irá seguir aquele sentido.

Não produzindo a eficácia inerente aos recursos repetitivos, é prematura a aplicação do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil e, desta forma, em razão da presente demanda não trazer valor líquido e certo, por se tratar de medida que se protraí para o futuro e impossível mensuração do proveito econômico e, assim, tornar-se impossível a aplicação do artigo 496, § 3º, do Código de Processo Civil, abaixo transcrito, deve ser submetida a r. sentença ao reexame necessário.

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 3º. Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

[...] grifei.

[...]

No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.

No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado.

Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em respeito aos princípios acima elencados – proporcionalidade, razoabilidade, causalidade e equidade –.

Veja-se que não há contrariedade na submissão da r. sentença ao reexame necessário, haja vista que, conforme devidamente fundamentado, não ocorrerá o trânsito em julgado do RE nº 574.706, não se tomando possível a aplicação do artigo 496, § 4º, do Código de Processo Civil.

Indo adiante, por não haver valor determinado, aplicável o quanto dispõe o artigo 496, § 3º, do diploma processual pátrio e, portanto, não havendo mácula ao submeter a sentença ao reexame necessário.

Quanto aos honorários, a decisão é hialina em definir pela necessidade de aplicação da equidade em sua fixação, razão pela qual não há como se reputar como ínfimos, pois analisados sob o prisma dos elementos constantes no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil e, ademais, por justamente utilizar-se da equidade, não se pode reputar como contrários ao artigo 85, §3º, da Lei Adjetiva Civil, haja vista que este dispositivo cede espaço para a aplicação daquele princípio.

Finalmente, o quanto determinado a título de honorários, ao se fixar um valor certo de condenação, já se encontra inserida a majoração decorrente dos honorários recursais e, portanto, não havendo respaldo a insurgência da embargante neste ponto.

Ante o exposto, **ACOLHO PARCIALMENTE** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. REEXAME NECESSÁRIO. APLICAÇÃO PREMATURA DO ART. 496, § 4º, CPC. VALOR INCERTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 496, § 3º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EQUIDADE. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS INSERTOS NO MONTANTE FIXADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.
2. Veja-se que não há contrariedade na submissão da r. sentença ao reexame necessário, haja vista que, conforme devidamente fundamentado, não ocorrerá o trânsito em julgado do RE nº 574.706, não se tomando possível a aplicação do artigo 496, § 4º, do Código de Processo Civil. Indo adiante, por não haver valor determinado, aplicável o quanto dispõe o artigo 496, § 3º, do diploma processual pátrio e, portanto, não havendo mácula ao submeter a sentença ao reexame necessário.
3. Quanto aos honorários, a decisão é hialina em definir pela necessidade de aplicação da equidade em sua fixação, razão pela qual não há como se reputar como ínfimos, pois analisados sob o prisma dos elementos constantes no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil e, ademais, por justamente utilizar-se da equidade, não se pode reputar como contrários ao artigo 85, §3º, da Lei Adjetiva Civil, haja vista que este dispositivo cede espaço para a aplicação daquele princípio.
4. Finalmente, o quanto determinado a título de honorários, ao se fixar um valor certo de condenação, já se encontra inserida a majoração decorrente dos honorários recursais e, portanto, não havendo respaldo a insurgência da embargante neste ponto.
5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008530-86.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogados do(a) APELANTE: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: AQUINO RIBEIRO E ADVOGADOS ASSOCIADOS - ME
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SERGIO AQUINO RIBEIRO - SP134881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008530-86.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: AQUINO RIBEIRO E ADVOGADOS ASSOCIADOS - ME
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SERGIO AQUINO RIBEIRO - SP134881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Aquino Ribeiro Associados - Me** (Id 119272188, p. 1-9), em face do acórdão (Id 107346296, p. 12-13) que negou provimento à apelação, assim entendido:

"ADMINISTRATIVO. CONTRIBUIÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS INSTITUÍDA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. REPETIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. APELAÇÃO DA OAB DESPROVIDA.

1. Consolidada a jurisprudência no sentido da inexigibilidade da cobrança de anuidade para as sociedades de advogados inscritas na OAB, devido à completa ausência de previsão legal.
2. A contribuição anual à OAB, nos termos da Lei 8.906/1994, somente é exigível de seus inscritos, advogados e estagiários de advocacia, não havendo previsão legal para a cobrança das sociedades de advogados.
3. Em relação ao prazo aplicável para repetição dos valores indevidamente pagos a título de anuidade da OAB, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a anuidade exigida pela OAB seria espécie de instrumento particular, submetendo-se ao prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil.
4. Apelação da OAB desprovida."

Alega o embargante que o acórdão restou omissivo, pois não se posicionou em relação aos honorários devidos aos patronos da apelada em razão da atuação recursal, nos termos do art. 85 do CPC, requerendo a sua majoração para 20% (vinte por cento) do valor da causa (Id 119272188, p. 8).

A parte embargada se manifestou, nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC (Id 120117803, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008530-86.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
APELADO: AQUINO RIBEIRO E ADVOGADOS ASSOCIADOS - ME
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO SERGIO AQUINO RIBEIRO - SP134881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

Ao contrário do que alega o embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 107346296, p. 12):

"(...)

Cabível, portanto, o reconhecimento do direito de crédito dos valores indevidamente pagos a título de anuidades.

(...)

Assim, a sentença deve ser mantida tal como lançada, cumprindo majorar os honorários de sucumbência para 12% (doze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015.

(...)"

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

Ademais, no que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, *"os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado"* (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. O aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
5. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no Agrg nos REsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002699-39.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COTAVE COMERCIAL TARRAF DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002699-39.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COTAVE COMERCIAL TARRAF DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Cotave Comercial Tarraf de Veículos Ltda.**, em face do acórdão de id nº 57309982, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. JUNTADA DE COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O atual Código de Processo Civil tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda e, como no caso dos autos se trata de mandado de segurança, no qual é certo que ausência da juntada da prova pré-constituída acarretaria no julgamento sem resolução do mérito, entende-se plenamente possível a juntada de tal documentação neste momento processual. De mais a mais, tal fato não acarreta nenhum prejuízo à defesa da administração pública.

2. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. *Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*

4. *A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*

5. *Reexame necessário parcialmente provido; e, recurso de apelação desprovido.*”

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002699-39.2018.4.03.6106

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COTAVE COMERCIAL TARRAF DE VEICULOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: LYGIA CAROLINE SIMOES CARVALHO CAMPOS - SP204962-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. *A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

2. *No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*

3. *Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*

4. *Agravo de instrumento provido.*”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010360-22.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ROSAMAR EXTRATORA E COMERCIO DE AREIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: MOACYR FRANCISCO RAMOS - SP95004
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010360-22.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ROSAMAR EXTRATORA E COMERCIO DE AREIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: MOACYR FRANCISCO RAMOS - SP95004
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **ROSAMAR EXTRATORA E COMÉRCIO DE AREIA LTDA – EPP** (Id 107291185, p. 9-13), em face do acórdão (Id 107291185, p. 5-7), que negou provimento à apelação, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANTT. AUTUAÇÃO. EXCESSO DE PESO. REGULARIDADE. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

- 1. Trata-se apelação em demanda ajuizada por Rosamar Extração e Com. De Areia Ltda., em face da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, objetivando a nulidade de autos de infração lavrados contra a empresa.*
- 2. No caso em tela, restou consignado que alguns autos de infração foram anulados em sede de recurso administrativo. Pretende a parte autora, entretanto, obter a anulação de todas as autuações lavradas contra a empresa, por excesso de peso no transporte de carga, sob a justificativa de nulidades em razão do descumprimento aos dispositivos legais do Código de Trânsito Brasileiro.*
- 3. Quanto ao argumento de nulidade por não ter sido observado o prazo de 30 (trinta) dias para julgamento dos recursos administrativos, há que se considerar que não há sanção normativa que determine o arquivamento do auto de infração por excesso de prazo no julgamento dos recursos. Em se tratando de processo administrativo, o exame pelo Judiciário deve se limitar ao exame da legalidade.*
- 4. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento jurisprudencial, segundo o qual o Código de Trânsito Brasileiro não estabelece prazo para análise dos recursos interpostos contra autuação administrativa de multa de trânsito, mas disciplina que caso o recurso não seja julgado no prazo de 30 (trinta) dias, a Administração poderá conceder efeito suspensivo. Precedentes.*
- 5. No presente caso, não foram demonstrados nos autos os vícios alegados na inicial e reiterados na apelação. Conforme os documentos juntados aos autos (f. 73-1 li), verifica-se que constam assinalados na "Categoria" das Notificações de Autuação o campo "Embarcador", nos termos do art. 257, da Lei nº 9.503/97. Assim, não merece prosperar a alegação de ausência de notificação da autuação, tendo em vista o Termo de Entrega de Documentos, com data de 20.05.2008, juntado à f. 150.*
- 6. Assim, a Administração agiu conforme os parâmetros legais, não havendo mácula em sua atuação nas demais autuações.*
- 7. Apelação não provida."*

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando que a decisão colegiada não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (Id 107291185, p. 9-13).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada apresentou resposta (Id 128493823, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010360-22.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ROSAMAR EXTRATORA E COMERCIO DE AREIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: MOACYR FRANCISCO RAMOS - SP95004
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando que a decisão colegiada não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo, deixando de examinar algumas questões importantes (Id 107291185, p. 9-13).

Ao contrário do que alega a embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a questão da possibilidade de a embargante obter a declaração de nulidade de autos de infração lavrados contra a empresa, tendo sido consignado que alguns autos de infração foram anulados em sede de recurso administrativo. Pretendia a embargante, entretanto, obter a anulação de todas as autuações lavradas contra a empresa, por excesso de peso no transporte de carga, sob a justificativa de nulidades em razão do descumprimento aos dispositivos legais do Código de Trânsito Brasileiro.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 107291185, p. 3-5):

"(...)

Preliminarmente, conforme pacífica orientação jurisprudencial, o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos levantados pelas partes para expressar a sua convicção, principalmente quando encontrar motivação suficiente ao deslinde da causa. Nesse sentido: AgRg no ARE5p 750650/RJ, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 30/9/20 15 e AgRg no AREsp 493652/Ri, Relator Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 20/6/20 14.

No mérito, verifica-se que as autuações juntadas aos autos (f. 73-111), à exceção daquelas que foram anuladas administrativamente, encontram-se regulares.

Com efeito, quanto ao argumento de nulidade por não ter sido observado o prazo de 30 (trinta) dias para julgamento dos recursos administrativos, há que se considerar que não há sanção normativa que determine o arquivamento do auto de infração por excesso de prazo no julgamento dos recursos. Em se tratando de processo administrativo, o exame pelo Judiciário deve se limitar ao exame da legalidade.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça adotou entendimento jurisprudencial, segundo o qual o Código do Trânsito Brasileiro não estabelece prazo para análise dos recursos interpostos contra autuação administrativa de multa de trânsito, mas disciplina que caso o recurso não seja julgado no prazo de 30 (trinta) dias, a Administração poderá conceder efeito suspensivo:

ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRÂNSITO. RECURSO ADMINISTRATIVO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO.

1. O art. 285 do Código de Trânsito Brasileiro, combinado com seu § 30, confere efeito suspensivo ao recurso Contra a imposição de penalidade de trânsito, de ofício, ou por solicitação do requerente, sempre que não for julgado pela JARI em 30 dias, sendo irrelevante a indicação de sua intempestividade pela autoridade perante a qual foi interposto.

2. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 765.398/RS, Rei. Ministro TEORI ALBINO ZA VASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. TRÂNSITO. RECURSO ADMINISTRATIVO. ART. 285, CTB. JULGAMENTO. PRAZO.

Nos limites da legalidade estrita, o conseqüente único da superação do prazo de 30 dias para o julgamento do recurso administrativo referente a infrações de trânsito é o da possível eficácia suspensiva da impugnação (§ 3o, art. 285 CTB) Nenhuma outra sanção se estatuiu na normativa em pauta, inviável cogitar-se de decadência, prescrição ou nulidade. (TJ SP 7150075900 SP. órgão julgador: 1 Câmara de Direito Público Rei. Des. Ricardo Dip julgamento - 25/7/2008 Data da Publicação - 09/09/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. TRÂNSITO. ARE 285 DO CTB. EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE 30 DIAS PARA O JULGAMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. Não obstante a expiração do prazo de 30 dias previsto no art. 285 do Código de Trânsito Brasileiro para o julgamento do recurso administrativo interposto perante o Órgão de trânsito, ausente nulidade do procedimento, consonte a jurisprudência do e. STJ e deste TJRS. Negado seguimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70056413495, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 16/11/2015).

Ademais, conforme dispôs o Juízo a quo, não foram demonstrados nos autos os vícios alegados na inicial e reiterados na apelação.

De fato, conforme os documentos juntados aos autos (f. 73-111), verifica-se que constam assinalados na "Categoria" das Notificações de Autuação o campo "Embarcador", nos termos do art. 257, da Lei nº 9.503/97. Assim, não merece prosperar a alegação de ausência de notificação da autuação, tendo em vista o Termo de Entrega de Documentos, com data de 20.05.2008, juntado à f. 150.

Portanto, no presente caso, a Administração agiu conforme os parâmetros legais, não havendo mácula em sua atuação nas demais autuações, devendo ser mantido o julgado em todos os seus termos.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora, conforme fundamentação supra.

"...)"

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada qualquer omissão, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, *“os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado”* (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. No caso, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Na espécie, o acórdão abordou a questão da possibilidade de a embargante obter a declaração de nulidade de autos de infração lavrados contra a empresa, tendo sido consignado que alguns autos de infração foram anulados em sede de recurso administrativo, manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.
5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, *“os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado”* (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006960-02.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GLOBAL BRASIL - TECNOLOGIA EM QUÍMICA E MODA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO WYDRA - SP281237-A, GABRIEL PADOA GARCIA CAMPOS - RS86804-A, MARCELO RICARDO ESCOBAR - SP170073-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006960-02.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GLOBAL BRASIL - TECNOLOGIA EM QUIMICA E MODALTA.
Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO WYDRA - SP281237-A, GABRIEL PADOA GARCIA CAMPOS - RS86804-A, MARCELO RICARDO ESCOBAR - SP170073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão de id nº 41280256, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. JUNTADA DE COMPROVANTES EM SEDE RECURSAL. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO SUB JUDICE. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 11.457/07. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sobejavam razões para o acolhimento da tese restritiva, impeditiva da juntada de documentos novos em sede recursal. Com efeito, aquele diploma legal caracterizava-se como consagrador de um sistema de preclusões rígidas, de sorte que, ultrapassada a fase própria para a prática do ato, este restava inviabilizado.*
- 2. Já no Código de Processo Civil de 2015, todavia, concebido já sobre os influxos da teoria da instrumentalidade do processo, prevalece o princípio segundo o qual, sempre que possível, a solução mais completa da controvérsia deve ser buscada. Nesse particular, ademais, o atual Código Processual tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda.*
- 3. De mais a mais, não está se afastando a necessidade da devida instrução processual desde o início da demanda, mas a instrumentalidade do processo, sob o enfoque do caso dos autos, nos demonstra a ausência de prejuízo à defesa da administração pública. Isto porque os pontos atinentes à compensação foram regularmente levantados e analisados, sendo certo que a comprovação de credora, neste momento, apenas afirmou aquela condição devidamente debatida.*
- 4. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
- 5. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
- 6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*
- 7. No que tange à condenação dos honorários advocatícios, em análise pelo reexame necessário, entendo que apesar dos patamares constantes no artigo 85, § 3º, inciso I a V, do Código de Processo Civil, o intuito do legislador não é pautado pelo enriquecimento sem causa, devendo a fixação dos honorários ser realizada de forma equitativa, balizada pelos princípios da proporcionalidade, causalidade e razoabilidade, analisando-se o quanto dispõe o artigo 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.*
- 8. No caso dos autos, a matéria tratada é corriqueira e já sedimentada na jurisprudência, inclusive através do julgamento de repercussão geral pelo A. Supremo Tribunal Federal, ainda, verifica-se que não houve necessidade de dilação probatória com acompanhamento de perícia ou audiência, sendo que o tempo para a solução da demanda também não se demonstrou excessivo, o que enseja o reconhecimento do diminuto trabalho realizado.*
- 9. Neste diapasão, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.*
- 10. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.”*

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006960-02.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GLOBAL BRASIL - TECNOLOGIA EM QUIMICA E MODALTA.
Advogados do(a) APELADO: GUSTAVO WYDRA - SP281237-A, GABRIEL PADOA GARCIA CAMPOS - RS86804-A, MARCELO RICARDO ESCOBAR - SP170073-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Em razão do próprio acolhimento dos embargos de declaração opostos, mister se faz o reconhecimento de que não se configuraram como protelatórios, tomando-se indevida a alegação de litigância de má-fé.

Quanto à majoração dos honorários, por oportunidade do julgamento dos recursos interpostos pela União, melhor sorte não acompanha a embargada, haja vista que se trata de mandado de segurança e, portanto, incabível o arbitramento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005779-29.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CLINICA GASTRO DR. FLAVIO A. L. QUEIROZ LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ANA RODRIGUES DE ASSIS - SP146674-A, SOLANGE MARIA VILACA LOUZADA - SP79080-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005779-29.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CLINICA GASTRO DR. FLAVIO A. L. QUEIROZ LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ANA RODRIGUES DE ASSIS - SP146674-A, SOLANGE MARIA VILACA LOUZADA - SP79080-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **CLINICA GASTRO DR. FLAVIO A. L. QUEIROZ LTDA** em face do acórdão ID 90174708, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA IMPOSTA PELO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. ARTIGO 23 DA LEI Nº 12.016/2009. DECADÊNCIA CONFIGURADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança em que se postula a concessão de ordem para afastar exigência imposta pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, consistente no recolhimento de multas aplicadas diante da ausência de indicação de profissional farmacêutico para assunção de responsabilidade técnica no estabelecimento da impetrante.
2. A discussão trazida no mandado de segurança refere-se à fundamentação das autuações e das respectivas multas impostas à pessoa jurídica.
3. Estando em debate a fundamentação das autuações, o prazo decadencial para impetração de mandado de segurança iniciou-se com a ciência da lavratura dos autos de infração.
4. O conhecimento da inscrição da dívida não reabre o prazo para que por meio do mandado de segurança a empresa impugne as razões que motivaram as autuações.
5. Mantida a sentença que reconheceu a decadência do direito à impetração.
6. Apelação desprovida.”

A embargante postula a menção expressa às normas suscitadas em seu recurso de apelação para fins de prequestionamento.

Intimada nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005779-29.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CLINICA GASTRO DR. FLAVIO A. L. QUEIROZ LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ANA RODRIGUES DE ASSIS - SP146674-A, SOLANGE MARIA VILACA LOUZADA - SP79080-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade, contradição ou de erro material.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado.

No tocante ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores. Nesse sentido, a jurisprudência desta Turma:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão. 2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito. 3. Inexiste qualquer vício a ser sanado, o tema relativo ao termo inicial da contagem do prazo para a propositura da ação rescisória foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, consignando-se expressamente que “a interposição de recurso especial depois de transitado em julgado o acórdão da Turma não tem o condão de alterar o prazo decadencial para a ação rescisória, já em curso” “Desse modo, contando-se o prazo decadencial de dois anos a partir da data do trânsito em julgado do acórdão para ambas as partes - 13 de março de 2002 -, assim como preconizado pela Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que a ação rescisória deveria ter sido proposta até 13 de março de 2004, sendo certo que a autora fez-lo somente em 20 de abril de 2007, mais de três anos depois.” 4. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento. 5. Embargos rejeitados.” (AR 00365944720074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei)

“PROCESSO CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. IRPJ, CSLL E CPRB. COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I - Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infringente. Não se verifica omissão/contradição alguma na espécie. (...) X - No mais, não há no v. acórdão embargado qualquer omissão, obscuridade ou contradição a esclarecer via embargos de declaração, até porque restou claro que não houve afronta ao disposto nos artigos mencionados, sendo certo, por outro lado, que os embargos declaratórios não podem ser acolhidos com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controversia jurídica já apreciada, e ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciados os pressupostos indicados no art. 1.022 do CPC. XI - O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) é expresso no sentido do reconhecimento do prequestionamento ficto, isto é, a simples interposição dos embargos de declaração já se mostra suficiente para prequestionar a matéria, eis que a redação do art. 1.025 do CPC em vigor é: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. XII - Embargos de declaração rejeitados.” (Ap 00218284120154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:) (grifei)

Assim, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, todavia, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado.
3. No tocante ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores. Precedentes.
4. Ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003770-06.2018.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

APELADO: IVONETE BITENCOURT ANTUNES BITTELBRUNN

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL HEREDIA MARQUES - MS17553-A, LAURA PATRICIA DANIEL PALUMBO FERNANDES - MS8943-A, CESAR PALUMBO FERNANDES - MS7821-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003770-06.2018.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

APELADO: IVONETE BITENCOURT ANTUNES BITTELBRUNN

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL HEREDIA MARQUES - MS17553-A, LAURA PATRICIA DANIEL PALUMBO FERNANDES - MS8943-A, CESAR PALUMBO FERNANDES - MS7821-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **Fundação Universidade Federal de Mato Grosso** (Id122943825, p. 1-4), em face do acórdão (Id 108949778, p. 15-16) assimementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE TRATAMENTO. PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - UFMS. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONFIGURADA INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CDC. SÚMULA 469/STJ. DANO MORAL. QUANTUM. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Conforme a inicial, a parte autora relata que está em fase avançada de câncer de mama, com evolução para o fígado. No caso, os tratamentos convencionais não responderam adequadamente, motivo pelo qual seus médicos prescreveram a "Quimioembolização Hepática".

2. Entretanto, teve a autorização para o procedimento negada pelo seu plano de saúde, ao argumento de que referido tratamento teria o caráter experimental, e, portanto, não estaria incluído no rol de coberturas mínimas da Agência Nacional de Saúde.

3. Conforme o contrato do plano de saúde da autora, PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - UFMS, vigente desde 24.01.2005 (Id 4612784, p. 20), aplicável no caso as disposições da Lei nº 9.656/98. Ademais, nos termos do § 2º do art. 1º da norma de regência, "Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração".

4. Ainda que o tratamento indicado pelo médico não conste do rol da ANS ou esteja ali previsto com alguma limitação, a obrigatoriedade de cobertura remanesce, uma vez que tal listagem, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem natureza exemplificativa. Precedentes.

5. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de que os contratos de serviços de plano de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor e à Lei 9.656/1998, conforme aduz a Súmula n. 469/STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde". 6. O Código de Defesa do Consumidor se aplica também aos contratos de plano de saúde geridos por entidade de autogestão, uma vez que a relação de consumo resta-se configurada pelo objeto contratado, não sendo a natureza jurídica da entidade que presta os serviços (com ou sem fins lucrativos) fator determinante para justificar o afastamento da incidência da referida norma.

7. No que se refere ao pedido de indenização por danos morais, as circunstâncias narradas nos autos, confirmam que a parte autora sofreu sim, aflição e intranquilidade em face da não autorização do plano de saúde PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - UFMS para a realização do tratamento indicado pelos seus médicos.

8. Quanto à fixação do quantum indenizatório, de acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos atos ilícitos, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a ser suficiente para reparar o dano causado, sem, entretanto, gerar enriquecimento ilícito. Diante das circunstâncias fáticas, se mostra razoável a fixação da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais tal como fixado na sentença, eis que tal importância não proporcionará enriquecimento indevido e exagerado à parte autora e, ainda, é capaz de impor punição a parte ré, mormente na direção de evitar atuação reincidente.

9. Apelação desprovida."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, uma vez que (Id 122943825, p. 1-4):

a) no REsp 1.733.013, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o rol da ANS não é exemplificativo, mas sim taxativo;

b) em relação à aplicação de juros e correção monetária, a sentença determinou a incidência de juro de 1% ao mês para todo o período, enquanto o acórdão embargado determinou que o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento;

c) constou do dispositivo do acórdão que foi negado provimento à apelação da FUFMS, porém houve parcial provimento no tópico referente à correção monetária/juros.

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC (Id 124215459, p. 1), a parte embargada não apresentou manifestação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003770-06.2018.4.03.6000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL

APELADO: IVONETE BITENCOURT ANTUNES BITTELBRUNN

Advogados do(a) APELADO: RAFAEL HEREDIA MARQUES - MS17553-A, LAURA PATRICIA DANIEL PALUMBO FERNANDES - MS8943-A, CESAR PALUMBO FERNANDES - MS7821-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente a questão, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022 do CPC em vigor. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta Turma.

Pela leitura da peça recursal, depreende-se o inconformismo da embargante com o resultado do julgamento, visto que os declaratórios devem apontar, precisamente, os pontos da decisão que precisam ser integrados, o que não foi observado no caso em comento.

Com efeito, o acórdão é bastante claro ao consignar que (Id 108949778, p. 4-14):

"Conforme a inicial, a parte autora relata que está em fase avançada de câncer de mama, com evolução para o fígado. No caso, os tratamentos convencionais não responderam adequadamente, motivo pelo qual seus médicos prescreveram a "Quimioembolização Hepática".

Entretanto, teve a autorização para o procedimento negada pelo seu plano de saúde, ao argumento de que referido tratamento teria o caráter experimental, e, portanto, não estaria incluído no rol de coberturas mínimas da Agência Nacional de Saúde.

A Lei n.º 9.656/98, que regulamente sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, dispõe que:

"Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela facilidade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos.

§ 1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;
- e) qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e
- f) vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais.

§ 2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (g.n.)

§ 3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde.

§ 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo.

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde."

"Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei." (g. n.)

"Art. 35-F. A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes."

Neste contexto, conforme o contrato do plano de saúde da autora, PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - UFMS, vigente desde 24.01.2005 (Id 4612784, p. 20), aplicável as disposições da Lei nº 9.656/98.

Ademais, nos termos do § 2º do art. 1º da norma de regência, "Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração".

Conforme o relatório médico assinado pelo médico Thiago F. Nunes, radiologista intervencionista, (Id 4612784, p. 23), verbis:

"A paciente Ivonete Bitencourt Antunes é portadora de metástases hepáticas irrisecáveis diagnosticadas em julho/2014 por neoplasia mamária. A paciente atualmente apresenta excelente estado geral, não tem comorbidades, função renal, hematológica e hepática normal e com boa tolerância ao tratamento. Desta forma, foi indicado pelo seu Oncologista Dr. Amauri Ferreira e por mim (Radiologista Intervencionista) o procedimento de quimioembolização hepática intra-arterial das metástases para controle da doença no fígado.

A opção terapêutica de quimioembolização hepática utilizando micropartículas carregadas com quimioterápico é segura e eficaz em pacientes com lesões hepáticas secundárias e irrisecáveis. Este tratamento demonstra um benefício significativo para os pacientes que falharam com a terapia de primeira linha e é potencialmente uma terapia eficaz quando comparado com as taxas de resposta à quimioterapia sistêmica de segunda e terceira linhas."

Ainda que o tratamento indicado pelo médico não conste do rol da ANS ou esteja ali previsto com alguma limitação, a obrigatoriedade de cobertura remanesce, uma vez que tal listagem, segundo jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem natureza exemplificativa, verbis: (g.n.)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO MÉDICO. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA. PROCEDIMENTO PRESCRITO. NECESSIDADE. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE COBERTURA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O fato de o procedimento não constar do rol da ANS não afasta o dever de cobertura do plano de saúde, haja vista se tratar de rol meramente exemplificativo.

2. A Corte de origem, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu que o procedimento prescrito pelo médico era imprescindível ao tratamento da agravada. Assim, para alterar essa conclusão, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte.

3. Nas hipóteses em que há recusa injustificada de cobertura por parte da operadora do plano de saúde para tratamento do segurado, como ocorrido no presente caso, a orientação desta Corte é assente quanto à caracterização de dano moral, não se tratando apenas de mero aborrecimento.

4. Somente é possível a revisão do montante da indenização nas hipóteses em que o quantum fixado for exorbitante ou irrisório, o que, no entanto, não ocorreu no caso em exame. Isso, porque o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo agravado, que teve a cobertura de plano de saúde negada para aplicação de toxina botulínica prescrita pelo médico para tratamento de espasmo hemifacial esquerdo.

5. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 1036187/PE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)

De fato, o atestado médico e os exames juntados aos autos são documentos suficientes a comprovar a necessidade do tratamento postulado.

Ademais, cabe ao médico, devidamente habilitado para o exercício de sua atividade profissional e conhecedor das técnicas e tratamentos, indicar o procedimento mais adequado para a cura ou alívio da moléstia de seu paciente.

Prosseguindo, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de que os contratos de serviços de plano de saúde estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor e à Lei 9.656/1998, conforme aduz a Súmula n. 469/STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde".

O Código de Defesa do Consumidor se aplica também aos contratos de plano de saúde geridos por entidade de autogestão, uma vez que a relação de consumo resta-se configurada pelo objeto contratado, não sendo a natureza jurídica da entidade que presta os serviços (com ou sem fins lucrativos) fator determinante para justificar o afastamento da incidência da referida norma.

Nesse sentido, precedentes do STJ e desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO O CUSTEIO DE MATERIAL NECESSÁRIO À REALIZAÇÃO DE CIRURGIA CORRETIVA DE ROTURA PARCIAL DO TENDÃO SUPRA-ESPINHAL DO OMBRO ESQUERDO - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO PARA, DE PLANO, NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE.

1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão. É cediço nesta Corte que "a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado" (REsp 469.911/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 12.02.2008, DJe 10.03.2008). Incidência da Súmula 469/STJ.

2. Recusa indevida, pela operadora de plano de saúde, da cobertura financeira do material necessário ao procedimento cirúrgico indicado ao usuário. Ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do código consumerista), revela-se abusivo o preço excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico ou de internação hospitalar relativos a doença coberta. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido."

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ABUSIVIDADE CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. PROCEDIMENTO TERAPÊUTICO. CLÁUSULA LIMITATIVA. RECUSA INDEVIDA. AUSÊNCIA NO ROL DA ANS. COBERTURA DEVIDA.

1. Inocorrência de omissão, tampouco, negativa de prestação jurisdicional, quando o Tribunal 'a quo' decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia trazida no recurso.
 2. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde.
 3. São abusivas as cláusulas contratuais que limitam o direito do consumidor ao tratamento contratado.
 4. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. (AgRg no AREsp 708.082/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 26/02/2016)
 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 1099275/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 20/11/2017)
- (...)

9. Havendo indicação médica para tratamento de obesidade mórbida ou severa por meio de internação em clínica de emagrecimento, não cabe à operadora negar a cobertura sob o argumento de que o tratamento não seria adequado ao paciente, ou que não teria previsão contratual, visto que tal terapêutica, como último recurso, é fundamental à sobrevivência do usuário, inclusive com a diminuição das complicações e doenças dela decorrentes, não se configurando simples procedimento estético ou emagrecedor.

(REsp 1645762/BA, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AUTOGESTÃO. SAÚDE CAIXA. SÚMULA 429, STJ. RECUSA DO PLANO NO OFERECIMENTO DE PRÓTESE PENIANA INFLÁVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO VERIFICADA. CLÁUSULA ABUSIVA. ART. 51, IV e § 1º, CDC. ART. 424, CC. CONSIDERA-SE ABUSIVA CLÁUSULA QUE EXCLUÍ A COBERTURA DE TRATAMENTOS NECESSÁRIOS AO ÊXITO DE PROCEDIMENTO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA ACERCA DE DOENÇAS COBERTAS PELO PLANO. PRECEDENTES STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Caso em que o autor objetiva provimento jurisdicional que obrigue a operadora de plano de saúde - Saúde CAIXA - a fornecer prótese peniana inflável, recomendada por médico especialista.
2. Preliminarmente, rechaço a alegação da apelante de que o programa Saúde CAIXA é um plano de autogestão administrado pelo RH, não sendo um produto comercializável, não caracterizando, portanto, uma relação de consumo. Isso porque do item 3.1.2 do contrato de saúde, acostado à f. 159, depreende-se que a CAIXA é registrada na ANS como operadora de plano de saúde e consoante o disposto na Súmula 469 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, aos contratos de plano de saúde aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.
3. Precedente do STJ: AgRg no AREsp 718.634/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 16/12/2015.
4. Nessa senda, ao verificar que o contrato em questão submete-se, indubitavelmente, às regras da Lei nº 8.078/90, considera-se abusiva cláusula que exclui a cobertura de tratamentos necessários ao êxito de procedimento indicado por médico especialista acerca de doenças cobertas pelo plano, porquanto viola o artigo 51, IV, e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor e ao artigo 424, do Código Civil.
5. Ressalte-se que a abusividade da cláusula reside exatamente no ponto em que o paciente - que tem doença coberta pelo plano - é impedido, por este, de receber o tratamento com o método mais moderno e adequado para a cura ou abrandamento de sua moléstia. 6. Veja-se, ademais, que quem deve prever o tratamento é o médico especialista e não o plano de saúde contratado. Assim, é irrelevante a alegação da operadora do plano de saúde de que o implante de prótese indicada pelo médico do autor não está autorizado pelo Saúde CAIXA, nem está previsto no rol de coberturas obrigatórias da ANS. 7. Precedente do STJ: REsp 668.216/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 02/04/2007, p. 265.
8. Portanto, inadequada a imposição da apelante quanto à decisão de qual prótese seja melhor para o paciente.
9. Além de todo o exposto, na espécie, como acertadamente se posicionou o juízo de piso, a prótese solicitada e já implantada não tem finalidade simplesmente estética, mas possui reflexos inegáveis do ponto de vista psicológico e social, que não podem ser desconsiderados como condições de uma vida digna.

10. Apelação desprovida."

(APELAÇÃO CÍVEL - 0008786-67.2016.4.03.6106, Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3: 23/05/2018)

Sendo assim, a indicação do tratamento mais adequado por médico devidamente habilitado, deverá ser acobertado pelo plano de saúde oferecido pela requerida.

No que se refere ao pedido de indenização por danos morais, as circunstâncias narradas nos autos, confirmam que a parte autora sofreu sim, aflição e intranquilidade em face da não autorização do plano de saúde PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE - UFMS para a realização do tratamento indicado pelos seus médicos.

Quanto à fixação do quantum indenizatório, de acordo com a jurisprudência pátria, o valor arbitrado a título de danos morais deve guardar dupla função, uma de ressarcir a parte lesada e outra de desestimular o agente lesivo à prática de novos atos ilícitos, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a ser suficiente para reparar o dano causado, sem, entretanto, gerar enriquecimento ilícito.

Diante das circunstâncias fáticas, se mostra razoável a fixação da indenização no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais tal como fixado na sentença, eis que tal importância não proporcionará enriquecimento indevido e exagerado à parte autora e, ainda, é capaz de impor punição a parte ré, mormente na direção de evitar atuação reincidente.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXTENSÃO DE PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM", REJEITADAS. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INDEVIDA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO QUIMIOTERÁPICA ONCOLÓGICA DE USO ORAL E DOMICILIAR. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO NA INDENIZAÇÃO E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O art. 12 do Decreto-Lei nº 506/69 confere à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT as mesmas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, portanto, faz jus à isenção de custas processuais.
2. Rejeitada a preliminar de incompetência do Juízo suscitada pela ré em seu apelo. A ECT é um ente público federal e como tal deve permanecer no polo passivo da lide, uma vez que os serviços por ela explorados constituem serviços públicos de competência da União. O fato de o plano de saúde decorrer de um contrato de trabalho não significa que se trata de relação de trabalho, mas de relação de consumo. Portanto, compete à Justiça Federal processar e julgar o feito.
3. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva "ad causam" arguida pela ré, tendo em vista que como gestora e mantenedora do plano de saúde tem interesse na presente causa.
4. Resta assente no STJ o entendimento de que, sendo prevista contratualmente a cobertura para o tratamento quimioterápico, resta abusiva a cláusula que exclui o fornecimento de medicamento a ser ministrado no domicílio do beneficiário e prescrito por médico responsável pelo tratamento. A sua exclusão contraria a própria natureza do contrato, que é de assistência à saúde. E no caso dos autos, não resta dúvida de que ficou caracterizada a responsabilidade civil da apelante.
5. As cláusulas dos contratos dos planos de saúde devem considerar o direito à vida, assegurado pela Constituição Federal, por essa razão devem ser interpretadas de modo extensivo, ou seja, em prol do bem maior, que é a saúde do consumidor.
6. Mantida a fixação do montante indenizatório a título de danos morais e dos honorários advocatícios, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
7. Recurso de apelação desprovido."

(AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1775708 0010287-50.2011.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3:02/05/2017)

"ADMINISTRATIVO. PLANO DE SAÚDE DOS CORREIOS. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. VALOR RAZOÁVEL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme o entendimento deste Tribunal Superior de não admitir, em sede de recurso especial, a revisão do montante fixado pela instância de origem a título de danos morais, salvo em situações excepcionais, em que o quantum indenizatório seja indubitavelmente irrisório ou exorbitante.
2. No caso presente, o montante fixado a título de danos morais no âmbito do TRF-1ª Região (R\$ 20.000,00 - vinte mil reais) - decorrente da recusa indevida pela operadora do plano de saúde de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico - não desbordou dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, diante do contexto fático submetido àquele Tribunal, o que inviabiliza a apreciação excepcional por esta Corte de Justiça.
3. Agravo interno provido. Recurso especial não conhecido." (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1034126 2016.03.31442-0, GURGEL DE FARIA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE: 30/05/2017).

Finalmente, no que diz respeito aos consectários legais, no dia 22.02.2018, a 1ª seção do STJ julgou repetitivo (REsp 1.492.221) que discutia a aplicabilidade do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09, em relação às condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora.

Consignou-se no julgamento que, as condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: "(a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E".

Sendo assim, in casu, o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento.

Ante o exposto, NEGOPROVIMENTO à apelação, nos termos da fundamentação supra. "

Como se observa, a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, aduzindo novamente questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Assim, divergindo a embargante do entendimento explicitado no acórdão combatido, deve propor o recurso adequado, não sendo os embargos de declaração a via correta para tal pleito

Já no que se refere aos consectários legais, houve erro material ao negar provimento à apelação.

Na espécie, a sentença apelada determinou a incidência de juro de 1% ao mês para todo o período, enquanto o acórdão embargado determinou que o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento.

Assim, deve-se corrigir o erro material perpetrado, para que conste no dispositivo "dou parcial provimento à apelação, apenas para constar que os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no IPCA-E deve incidir a partir do arbitramento, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009".

Entretanto, tal erro material não altera a conclusão do julgamento, pois o acórdão foi suficientemente claro ao determinar que o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento.

Ante o exposto, **ACOLHO PARCIALMENTE** os embargos de declaração opostos, sem alterar a conclusão do julgado, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO NO JULGADO. ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS, SEM ALTERAÇÃO DA CONCLUSÃO DO JULGADO.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 1022 do Código de Processo Civil.
2. In casu, no que se refere aos consectários legais, houve erro material ao negar provimento à apelação.
3. Na espécie, a sentença apelada determinou a incidência de juro de 1% ao mês para todo o período, enquanto o acórdão embargado determinou que o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento.
4. Assim, deve-se corrigir o erro material perpetrado, para que conste no dispositivo "dou parcial provimento à apelação, apenas para constar que os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no IPCA-E deve incidir a partir do arbitramento, nos termos do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009".
5. Entretanto, tal erro material não altera a conclusão do julgamento, pois o acórdão foi suficientemente claro ao determinar que o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009, é aplicável somente aos juros de mora, os quais devem incidir a partir do evento danoso, enquanto a correção monetária, com base no índice IPCA-E, deve incidir a partir do arbitramento.
6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem alteração do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOULHEU PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos, sem alterar a conclusão do julgado, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002220-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ELUX S.S. EXPRESSO LUXO SAO PAULO SANTOS LTDA.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002220-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELUX S.S. EXPRESSO LUXO SAO PAULO SANTOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão de id nº 41280252, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. JUNTADA DE COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. Não se conhece da parte do recurso de apelação interposto pela União no que se refere à aplicação do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, bem como pela incidência da taxa SELIC como índice de correção do crédito tributário, visto que não fora sucumbente nesta parte.*
- 2. O atual Código de Processo Civil tem como norte principiológico a resolução do mérito da demanda e, como no caso dos autos se trata de mandado de segurança, no qual é certo que ausência da juntada da prova pré-constituída acarretaria no julgamento sem resolução do mérito, entende-se plenamente possível a juntada de tal documentação neste momento processual. De mais a mais, tal fato não acarreta nenhum prejuízo à defesa da administração pública.*
- 3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
- 4. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
- 5. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior*
- 6. Reexame necessário parcialmente provido; e, recurso de apelação parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.”*

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002220-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELUX S.S. EXPRESSO LUXO SAO PAULO SANTOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 153, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000429-17.2016.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: EDINEIA RODRIGUES NUNES
Advogado do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - DF34942-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000429-17.2016.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: EDINEIA RODRIGUES NUNES
Advogado do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **União** em face do acórdão assentado (ID 103871898 - Pág. 295-303 e 103871899 - Pág. 1-4):

“PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO SOLIRIS (ECULIZUMAB). DOENÇA HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (HPN). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento de que é solidária a responsabilidade dos entes da Federação na execução das ações e no dever fundamental de prestação de serviço público de saúde, consoante previsto no artigo 198, caput e §, da Constituição Federal e na Lei n. 8.080/1990. 2. Além disso, inexistente óbice para que a União figure isoladamente no polo passivo da lide, pois não se trata de hipótese configuradora de litisconsórcio passivo necessário. 3. No caso sub judice, há relatórios, exames médicos e laudo de perito judicial que comprovam ser a autora portadora da doença denominada "Hemoglobinúria Paroxística Noturna" (HPN), sendo necessária a ministração do medicamento "Soliris" (Eculizumab) para o abrandamento da moléstia. 4. Considerando o alto custo do fármaco e não tendo a autora condições de custeá-lo, negar-lhe o fornecimento pretendido implicaria desrespeito às normas constitucionais que garantem o direito à saúde e à vida. 5. O laudo médico pericial também é conclusivo no sentido de que o medicamento pretendido é o único que gera melhora da qualidade de vida da autora. 6. Configura obrigação inafastável do Estado assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária à cura, controle ou abrandamento de suas moléstias, sobretudo às mais graves, como a do caso em comento, devendo a União, portanto, fornecer à autora o medicamento "Soliris" (Eculizumab) no modo e quantidade prescritos pelo médico que a assiste. 7. Considerando, todavia, a informação de que a profissional responsável decidiu interromper temporariamente o uso do medicamento diante da melhora na saúde da autora e da estabilização de seu quadro clínico, o fornecimento do fármaco permanece suspenso até ulterior requerimento, visto que, em caso de novas crises, o medicamento deverá novamente ser utilizado. 8. Por fim, deve ser mantida a condenação da ré ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), porquanto fixados nos limites do artigo 85, § 3º, I, do CPC/2015 - diploma legal em vigor à época da prolação da sentença. 9. Precedentes. 10. Apelação desprovida.”

Alega a embargante que o acórdão foi omissivo em relação à fixação da verba honorária, pois mantida no parágrafo 8º do artigo 85 do CPC a possibilidade de arbitramento por apreciação equitativa para as causas de valor inestimável, como na hipótese dos autos. Além disso, aduz que não há qualquer fundamentação jurídica para a suspensão e possível reativação, indefinidamente, da condenação imposta à União, que deve ser certa e determinada.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000429-17.2016.4.03.6133
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: EDINEIA RODRIGUES NUNES
Advogado do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

Conquanto seja possível o arbitramento de honorários advocatícios de acordo com o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fixado a título de verba honorária sucumbencial, não se mostra exorbitante diante da natureza da demanda, do preço dos medicamentos de alto custo fornecidos à autora por um longo período, bem como do valor dado à causa.

Com efeito, um valor menor de honorários não seria suficiente para remunerar adequadamente o trabalho do causídico, que atua no feito desde fevereiro de 2016 e peticionou diversas vezes nos autos.

Ademais, não há se falar que a condenação da embargante se deu indefinidamente, o que seria vedado pela legislação, pois foi reconhecido o direito da parte embargada a receber o fármaco por todo o período que se fizer necessário para o tratamento da moléstia que lhe acomete. Trata-se, na verdade, de condenação certa e determinada, ainda que se protraia no tempo.

Logo, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

- Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
- No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

3. Conquanto seja possível o arbitramento de honorários advocatícios de acordo com o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil, o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fixado a título de verba honorária sucumbencial, não se mostra exorbitante diante da natureza da demanda, do preço dos medicamentos de alto custo fornecidos à autora por um longo período, bem como do valor dado à causa. Além disso, um valor menor de honorários não seria suficiente para remunerar adequadamente o trabalho do causídico, que atua no feito desde fevereiro de 2016 e peticionou diversas vezes nos autos.
4. Não há se falar que a condenação da embargante se deu indefinidamente, o que seria vedado pela legislação, pois foi reconhecido o direito da parte embargada a receber o fármaco por todo o período que se fizer necessário para o tratamento da moléstia que lhe acomete. Trata-se, na verdade, de condenação certa e determinada, ainda que se protraia no tempo.
5. O que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, comitida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014820-86.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ECOPOSTO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014820-86.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ECOPOSTO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Ecoposto Ltda.** (Id 104555023, p. 50-56), em face do acórdão (Id 104555023, p. 46-48), que negou provimento à apelação, assim ementado:

"PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de ação ajuizada com o objetivo de obter a anulação do Auto de Infração no 1593010934-288946, lavrado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP em face da parte autora, em razão da ausência de lacre do INMETRO e também por ausência de informação dos nomes das distribuidoras das quais adquire o combustível vendido, medida necessária para os postos que não adotam bandeira.
2. Segundo o apelante, antes da Resolução ANP no 15, de 07.06.2010, não estava obrigada a manter o lacre do INMETRO em suas bombas, mas apenas medida padrão calibrada pela Rede Brasileira de Calibração. Em relação à ausência de exibição da marca comercial do fornecedor, aduz que o próprio auto de infração informa o nome de duas distribuidoras nas bombas, sendo que o fiscal não teria discriminado em qual delas a omissão ocorreu.
3. Dentre as atribuições da Agência Nacional do Petróleo - ANP, instituída pela Lei 9.478/97, está a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, conforme disposto no artigo 8º, VII e XV, do supracitado diploma legal.
4. No caso, consta no Auto de Infração nº 1593010934-288946 (f. 25-27) que o autor foi multado pelos seguintes motivos, verbis: "a) A única medida -padrão existente não estava calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração, sendo que o Posto Revendedor deve possuir, em perfeito estado de funcionamento, medida -padrão de 20 litros calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração para verificação dos equipamentos medidores quando solicitado pelo consumidor no ato do abastecimento, o que constitui infração ao item 4.3 do Regulamento Técnico ANP nº 1/2007, estabelecido pela Resolução ANP nº 9, de 7 de março de 2007. Ressalta-se que o a única medida padrão apresentada nesta fiscalização não possuía nem selo nem lacre do JNMETRO; b) O revendedor optou por não exibir marca comercial de quaisquer distribuidoras (bandeira branca), no entanto, não indica de forma correta, em cada bomba abastecedora, o nome do respectivo fornecedor dos combustíveis comercializados, sendo que, tendo o revendedor varejista optado por não exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis, deve identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba abastecedora, o distribuidor que forneceu o respectivo combustível, o que constitui infração ao 3º do Art. 11 da Portaria ANP nº 116, de 05 de julho de 2000. Constatou-se que o posto revendedor informa nas bombas abastecedoras que compra das distribuidoras Fera Lubrificantes Ltda e Gold Distribuidora de Petróleo Ltda, mas conforme constata-se analisando as últimas notas fiscais de compra (cópias anexas a este documento), o mesmo adquire de outras distribuidoras também".
5. Assim, conforme a motivação do fiscal da ANP ("A única medida -padrão existente não estava calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração"), o autor não dispunha de medida padrão devidamente calibrada por laboratório credenciado à Rede Brasileira de Calibração. Não procede a alegação de que a autuação foi ocasionada pela ausência do lacre do JNMETRO nas bombas de combustível.
6. Quanto à alegação de omissão do nome das distribuidoras nas bombas, a multa deve-se, de fato, à errônea informação repassada ao consumidor; uma vez que, conforme relatado no item 'b' acima transcrito, o autor informava em suas bombas que o combustível era fornecido pelas empresas Fera e Gold, ao passo que as notas fiscais de compra verificadas pelo fiscal haviam sido emitidas pelas distribuidoras Petrosul e Aster.
7. Portanto, como aduziu o Juízo a quo, o inconformismo do autor não se justifica, uma vez que foi atuado pela prestação de informação inverídica e não pela omissão. 8. Apelação desprovida."

O embargante Ecoposto Ltda. alega que o acórdão padece de omissão pois o Tribunal não considerou o fato de o documento de fiscalização não mencionar precisamente quais bombas medidoras teriam problemas na indicação das distribuidoras, e que a suposta infração deve ser analisada nos termos da redação original, que não previa a necessidade de lacre pelo INMETRO (Id 104555023, p. 50-56).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada não apresentou resposta (Id 125426873).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014820-86.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ECOPOSTO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

O embargante Ecoposto Ltda. alega que o acórdão padece de omissão, pois o Tribunal não considerou o fato de o documento de fiscalização não mencionar precisamente quais bombas medidoras teriam problemas na indicação das distribuidoras, e que a suposta infração deve ser analisada nos termos da redação original, que não previa a necessidade de lacre pelo INMETRO (Id 104555023, p. 50-56).

Ao contrário do que alega o embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a questão da anulação do Auto de Infração nº 1593010934-288946, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e seu respectivo Processo Administrativo. Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 104555023, p. 43-45):

"Trata-se de ação ajuizada com o objetivo de obter a anulação do Auto de Infração nº 1593010934-288946, lavrado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP em face da parte autora, em razão da ausência de lacre do INMETRO e também por ausência de informação dos nomes das distribuidoras das quais adquire o combustível vendido, medida necessária para os postos que não adotam bandeira.

Segundo o apelante, antes da Resolução ANP nº 15, de 07.06.2010, não estava obrigada a manter o lacre do INMETRO em suas bombas, mas apenas medida padrão calibrada pela Rede Brasileira de Calibração. Em relação à ausência de exibição da marca comercial do fornecedor, aduz que próprio auto de infração informa o nome de duas distribuidoras nas bombas, sendo que o fiscal não teria discriminado em qual delas a omissão ocorreria.

De fato, a sentença não merece qualquer reparo.

A Agência Nacional do Petróleo - ANP é uma autarquia especial, instituída pela Lei nº 9.478/97, com a finalidade de promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo. Dentre as suas atribuições está .a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato, conforme disposto no artigo 8º, VII e XV, do supracitado diploma legal. Verbis:

"Art. 8º A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe:

VII -fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato.

(..)

XV - regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios"

No caso, consta no Auto de Infração nº 1593010934-288946 (f. 25- 27) que o autor foi multado pelos seguintes motivos, verbis:

"a) A única medida-padrão existente não estava calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração, sendo que o Posto Revendedor deve possuir, em perfeito estado de funcionamento, medida-padrão de 20 litros calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração para verificação dos equipamentos medidores quando solicitado pelo consumidor no ato do abastecimento, o que constitui infração ao item 4.3 do Regulamento Técnico ANP nº 1/2007, estabelecido pela Resolução ANP nº9, de 7 de março de 2007. Ressalta-se que o a única medida padrão apresentada nesta fiscalização não possuía nem selo nem lacre do INMETRO;

b) O revendedor optou por não exibir marca comercial de quaisquer distribuidoras (bandeira branca), no entanto, não indica de forma correta, em cada bomba abastecedora, o nome do respectivo fornecedor dos combustíveis comercializados, sendo que, tendo o revendedor varejista optado por não exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis, deve identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba abastecedora, o distribuidor que forneceu o respectivo combustível, o que constitui infração ao 30 do Art. 11 da Portaria ANP nº 116, de 05 de julho de 2000. Constatou-se que o posto revendedor informa nas bombas abastecedoras que compra das distribuidoras Fera Lubrificantes Ltda e Gold Distribuidora de Petróleo Ltda, mas conforme constata-se analisando as últimas notas fiscais de compra (cópias anexas a este documento), o mesmo adquire de outras distribuidoras também".

Assim, conforme a motivação do fiscal da ANP ("A única medida - padrão existente não estava calibrada por laboratório da Rede Brasileira de Calibração"), o autor não dispunha de medida padrão devidamente calibrada por laboratório credenciado à Rede Brasileira de Calibração. Não procede a alegação de que a autuação foi ocasionada pela ausência do lacre do INMETRO nas bombas de combustível

Quanto à alegação de omissão do nome das distribuidoras nas bombas, a multa deve-se, de fato, à errônea informação repassada ao consumidor, uma vez que, conforme relatado no item 'b' acima transcrito, o autor informava em suas bombas que o combustível era fornecido pelas empresas Fera e Gold, ao passo que as notas fiscais de compra verificadas pelo fiscal haviam sido emitidas pelas distribuidoras Petrosul e Aster.

Portanto, como aduziu o Juízo a quo, o inconformismo do autor não se justifica, uma vez que foi autuado pela prestação de informação inverídica e não pela omissão.

Ante o exposto, NEGÓPROVIMENTO à apelação, nos termos da fundamentação supra."

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada a violação ao art. 489 do CPC, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. Agravo interno não provido.”

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, “os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado” (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. No caso, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Na espécie, o acórdão abordou a questão da anulação do Auto de Infração nº 1593010934-288946, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.
5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, “os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado” (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
7. 8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0019819-87.2007.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534

Advogado do(a) APELANTE: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A

APELADO: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0019819-87.2007.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
Advogado do(a) APELANTE: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A
APELADO: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Panificadora Lalys Ltda.** e por **Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás** contra a r. sentença que julgou parcialmente procedente a "ação declaratória cumulada com condenatória" ajuizada pela primeira contra a segunda em litisconsórcio passivo com a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu a prescrição para a restituição dos valores pagos a título de empréstimo compulsório sobre a energia elétrica, referente aos pagamentos efetuados pelas rés anteriormente a 29.06.2002, pois o ajuizamento da presente demanda ocorreu em prazo superior a cinco anos.

O MM. Juízo *a quo* delimitou pela correção monetária dos créditos não prescritos, nos termos do manual de cálculos da Justiça Federal, aplicando-se juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano.

Sua Excelência, ainda, condenou as rés nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A autora, ora apelante, alega, em síntese, que o prazo prescricional deve levar em conta os marcos temporais delimitados na legislação de regência, qual seja, 20 (vinte) anos após o pagamento do empréstimo compulsório e mais 5 (cinco) anos depois deste marco para formular a pretensão em juízo.

Por seu turno, a ré Centrais Elétricas Brasileiras S/A – Eletrobrás aduz em seu recurso de apelação que:

a) em razão da natureza tributária do empréstimo compulsório, ocorrerá a prescrição para a restituição dos referidos créditos, haja vista que é aplicável o prazo disposto no Decreto nº 20.910/32, sendo o *dies a quo* para a contagem do referido prazo a conversão da ação;

b) ocorrerá a prescrição dos juros delimitados na legislação correlata, pois o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é o ano seguinte ao pagamento do tributo;

c) a correção monetária aplicável à espécie é a disposta no artigo 3º, da Lei nº 4.357/64, que dispõe que esta deve ser realizada com os índices correspondentes a atualização do valor patrimonial da Eletrobrás, providência já efetivada no momento da conversão dos créditos em ações;

d) em virtude o empréstimo compulsório ser recepcionado pela Constituição Federal de 1988, toda a legislação a ele atinente também foi e, assim, os juros e a correção monetária devem ser disciplinadas pela legislação que regula tal tributo;

e) na hipótese de não provimento da apelação, a liquidação da sentença deverá ocorrer por arbitramento;

f) deve ser invertido o ônus sucumbencial, pois as apeladas foram derrotadas em maior parte do pedido, em razão do reconhecimento da prescrição de parte substancial dos créditos aos quais se pede a restituição.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0019819-87.2007.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALDO GIOVANI KURLE - SP201534
Advogado do(a) APELANTE: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A
APELADO: PANIFICADORA LALYS LTDA - ME, CENTRAIS ELETRICAS BRASILEIRAS SA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: PAULO BARBOSA DE CAMPOS NETTO - SP11187-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): As questões dos presentes autos já foram julgadas sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, jurisprudência que, por oportuno, transcrevo:

"TRIBUNÁRIO E ADMINISTRATIVO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA - DECRETO-LEI 1.512/76 E LEGISLAÇÃO CORRELATA - RECURSO ESPECIAL: JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE - PRESCRIÇÃO: PRAZO E TERMO A QUO - CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS REMUNERATÓRIOS - JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC.

I. AMICUS CURIAE: As pessoas jurídicas contribuintes do empréstimo compulsório, por não contarem com a necessária representatividade e por possuírem interesse subjetivo no resultado do julgamento, não podem ser admitidas como amicus curiae.

II. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: Não se conhece de recurso especial: a) quando ausente o interesse de recorrer; b) interposto antes de esgotada a instância ordinária (Súmula 207/STJ); c) para reconhecimento de ofensa a dispositivo constitucional; e d) quando não atendido o requisito do prequestionamento (Súmula 282/STJ).

III. JUÍZO DE MÉRITO DOS RECURSOS 1. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO DA ELETROBRÁS: CONVERSÃO DOS CRÉDITOS PELO VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO:

1.1 Cabível a conversão dos créditos em ações pelo valor patrimonial e não pelo valor de mercado, por expressa disposição legal (art. 4º da lei 7.181/83) e por configurar-se critério mais objetivo, o qual depende de diversos fatores nem sempre diretamente ligados ao desempenho da empresa. Legalidade do procedimento adotado pela Eletrobrás reconhecida pela CVM.

1.2 Sistemática de conversão do crédito em ações, como previsto no DL 1.512/76, independentemente da anuência dos credores.

2. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O PRINCIPAL:

2.1 Os valores compulsoriamente recolhidos devem ser devolvidos com correção monetária plena (integral), não havendo motivo para a supressão da atualização no período decorrido entre a data do recolhimento e o 1º dia do ano subsequente, que deve obedecer à regra do art. 7º, § 1º, da Lei 4.357/64 e, a partir daí, o critério anual previsto no art. 3º da mesma lei.

2.2 Devem ser computados, ainda, os expurgos inflacionários, conforme pacificado na jurisprudência do STJ, o que não importa em ofensa ao art. 3º da Lei 4.357/64.

2.3 Entretanto, descabida a incidência de correção monetária em relação ao período compreendido entre 31/12 do ano anterior à conversão e a data da assembleia de homologação.

3. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS: Devida, em tese, a atualização monetária sobre juros remuneratórios em razão da ilegalidade do pagamento em julho de cada ano, sem incidência de atualização entre a data da constituição do crédito em 31/12 do ano anterior e o efetivo pagamento, observada a prescrição quinquenal. Entendimento não aplicado no caso concreto por ausência de pedido da parte autora. Acórdão reformado no ponto em que determinou a incidência dos juros de 6% ao ano a partir do recolhimento do tributo, desvirtuando a sistemática legal (art. 2º, caput e § 2º, do Decreto-lei 1.512/76 e do art. 3º da Lei 7.181/83).

4. JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE A DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA: São devidos juros remuneratórios de 6% ao ano (art. 2º do Decreto-lei 1.512/76) sobre a diferença de correção monetária (incluindo-se os expurgos inflacionários) incidente sobre o principal (apurada da data do recolhimento até 31/12 do mesmo ano). Cabível o pagamento dessas diferenças à parte autora em dinheiro ou na forma de participação acionária (ações preferenciais nominativas), a critério da ELETROBRÁS, tal qual ocorreu em relação ao principal, nos termos do Decreto-lei 1.512/76.

5. PRESCRIÇÃO:

5.1 É de cinco anos o prazo prescricional para cobrança de diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório à ELETROBRÁS.

5.2 TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO: o termo inicial da prescrição surge com o nascimento da pretensão (actio nata), assim considerada a possibilidade de seu exercício em juízo. Conta-se, pois, o prazo prescricional a partir da ocorrência da lesão, sendo irrelevante seu conhecimento pelo titular do direito. Assim: a) quanto à pretensão da incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios de que trata o art. 2º do Decreto-lei 1.512/76 (item 3), a lesão ao direito do consumidor ocorreu, efetivamente, em julho de cada ano vencido, no momento em que a ELETROBRÁS realizou o pagamento da respectiva parcela, mediante compensação dos valores nas contas de energia elétrica; b) quanto à pretensão de correção monetária incidente sobre o principal (item 2), e dos juros remuneratórios dela decorrentes (item 4), a lesão ao direito do consumidor somente ocorreu no momento da restituição do empréstimo em valor "a menor". Considerando que essa restituição se deu em forma de conversão dos créditos em ações da companhia, a prescrição teve início na data em que a Assembleia-Geral Extraordinária homologou a conversão a saber: a) 20/04/1988 - com a 72ª AGE - 1ª conversão; b) 26/04/1990 - com a 82ª AGE - 2ª conversão; e c) 30/06/2005 - com a 143ª AGE - 3ª conversão.

6. DÉBITO OBJETO DA CONDENAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA:

6.1 CORREÇÃO MONETÁRIA: Os valores objeto da condenação judicial ficam sujeitos a correção monetária, a contar da data em que deveriam ter sido pagos: a) quanto à condenação referente às diferenças de correção monetária paga a menor sobre empréstimo compulsório, e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir da data da correspondente assembleia-geral de homologação da conversão em ações; b) quanto à diferença de juros remuneratórios (item 4 supra), o débito judicial deve ser corrigido a partir do mês de julho do ano em que os juros deveriam ter sido pagos.

6.2 ÍNDICES: observado o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ, cabível o cômputo dos seguintes expurgos inflacionários em substituição aos índices oficiais já aplicados: 14,36% (fevereiro/86), 26,06% (junho/87), 42,72% (janeiro/89), 10, 14% (fevereiro/89), 84,32% (março/90), 44,80% (abril/90), 7,87% (maio/90), 9,55% (junho/90), 12,92% (julho/90), 12,03% (agosto/90), 12,76% (setembro/90), 14,20% (outubro/90), 15,58% (novembro/90), 18, 30% (dezembro/90), 19,91% (janeiro/91), 21,87% (fevereiro/91) e 11, 79% (março/91). Manutenção do acórdão à míngua de recurso da parte interessada.

6.3 JUROS MORATÓRIOS: Sobre os valores apurados em liquidação de sentença devem incidir, até o efetivo pagamento, correção monetária e juros moratórios a partir da citação: a) de 6% ao ano, até 11/01/2003 (quando entrou em vigor o novo Código Civil) - arts. 1.062 e 1.063 do CC/1916; b) a partir da vigência do CC/2002, deve incidir a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. Segundo a jurisprudência desta Corte, o índice a que se refere o dispositivo é a taxa SELIC.

7. NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora. Não aplicação de juros moratórios na hipótese dos autos, em atenção ao princípio da non reformatio in pejus.

8. EM RESUMO: Nas ações em torno do empréstimo compulsório da Eletrobrás de que trata o DL 1.512/76, fica reconhecido o direito às seguintes parcelas, observando-se que o prazo situa-se em torno de três questões, basicamente: a) diferença de correção monetária sobre o principal e os juros remuneratórios dela decorrentes (itens 2 e 4); b) correção monetária sobre os juros remuneratórios (item 5); c) sobre o valor assim apurado, incidem os encargos próprios dos débitos judiciais (correção monetária desde a data do vencimento - item 6.1 e 6.2 e juros de mora desde a data da citação - item 6.3).

9. CONCLUSÃO Recursos especiais da Fazenda Nacional não conhecidos. Recurso especial da ELETROBRÁS conhecido em parte e parcialmente provido. Recurso de fls. 416/435 da parte autora não conhecido. Recurso de fls. 607/623 da parte autora conhecido, mas não provido."

(REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 27/11/2009)

Quanto à preliminar de prescrição em relação à correção monetária sobre o principal e sobre os juros remuneratórios incidentes sobre esta correção, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data da conversão dos créditos em ações, ocorrida através da assembleia geral extraordinária.

Isto decorre porque tal correção e os juros sobre ela incidente ocorreram no momento da conversão em ações e, assim, pelo princípio da actio nata, naquele momento nascera a pretensão dos contribuintes.

As conversões realizadas nos presentes autos ocorreram nos anos de 2005 e, como o ajuizamento da demanda em 29.06.2007 e, portanto, a conversão realizada em 2005 não fora fulminada por aquela.

Porém, em relação à correção monetária sobre os juros remuneratórios, tal pretensão é fulminada pela prescrição em julho de cada ano vencido. Isto em decorrência da lesão ao direito do consumidor contribuinte ocorrer naquela data.

Tendo em vista que os recolhimentos reconhecidos na sentença são datados até 1993 e a data do ajuizamento da presente ação, tais parcelas foram fulminadas pela prescrição.

Quanto a matéria de fundo, o aresto adrede colacionado também se pronunciou e, assim, passo a tratar de tais questões.

Sem embargo do acima delimitado, cabe a inclusão dos expurgos inflacionários do período, conforme constante no manual de orientação de cálculos da Justiça Federal, pois é cediço que nos períodos em que ocorreram recolhimentos, a inflação do país era galopante e o não reconhecimento da inclusão dos aludidos índices acarretaria no enriquecimento sem causa das apelantes.

Porém, é descabida a incidência de correção monetária entre o período que compreende 31 de dezembro do ano anterior e a conversão em ações dos valores devidos pelas apelantes.

Em relação à incidência de correção monetária sobre os juros remuneratórios, tal questão resta prejudicada, pois conforme acima reconhecido, ocorreu a prescrição desta parte.

No que concerne aos juros remuneratórios sobre a diferença da correção monetária, tais valores devem sofrer aquela incidência, pois, conforme entendimento já consolidado, a correção monetária apenas recompõe o valor da moeda e, por se tratar de verba principal, os juros remuneratórios dispostos no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.512/76, deverão também incidir, *in verbis*:

"Art. 2º O montante das contribuições de cada consumidor industrial, apurado sobre o consumo de energia elétrica verificado em cada exercício, constituirá, em primeiro de janeiro do ano seguinte, o seu crédito a título de empréstimo compulsório que será resgatado no prazo de 20 (vinte) anos e vencerá juros de 6% (seis por cento) ao ano."

Quanto à aplicação dos juros moratórios, o REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, acima transcrito, delimita que a partir da vigência do Código Civil de 2002 é aplicável os juros moratórios que também incidem sobre os créditos tributários, a saber, a taxa SELIC, em decorrência do princípio da isonomia.

Quanto à liquidação, esta deverá ser realizada por arbitramento, visto que será necessária perícia contábil mais elaborada, em virtude do lapso temporal entre os recolhimentos efetuados, os expurgos inflacionários do período e os índices a serem aplicados. Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, confira-se:

"RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA DE EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. SENTENÇA ILÍQUIDA. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A reforma do CPC conduzida por meio da Lei 11.232/05 objetivou imprimir ansiedade e mesmo necessária celeridade ao processo executivo, no intuito de transformá-lo em um meio efetivo de realização do direito subjetivo lesado ou violado; nessa perspectiva, suprimiu-se a execução como uma ação distinta da ação precedente de conhecimento, para torná-la um incidente processual, abolindo-se a necessidade de novo processo e nova citação do devedor; tudo com o escopo de conferir a mais plena e completa efetividade à atividade jurisdicional, que, sem esse atributo de realização no mundo concreto, transformariam as sentenças em peças de grande erudição jurídica, da maior expressão e préstimo, sem dívida, mas sem ressonância no mundo real.

2. Para as sentenças condenatórias ao cumprimento de obrigação de pagamento de quantia em dinheiro ou na qual a obrigação possa assim ser convertida, o procedimento é o previsto no art. 475-J do CPC (art. 475-I do CPC). Neste último caso, a finalidade da multa imposta para o caso de não pagamento foi a de mitigar a apresentação de defesas e impugnações meramente protelatórias, incentivando a pronta satisfação do direito previamente reconhecido.

3. A liquidez da obrigação é pressuposto para o pedido de cumprimento de sentença; assim, apenas quando a obrigação for líquida pode ser cogitado, de imediato, o arbitramento da multa para o caso de não pagamento. Se ainda não liquidada ou se para a apuração do quantum ao final devido forem indispensáveis cálculos mais elaborados, com perícia, como no caso concreto, o prévio accertamento do valor faz-se necessário, para, após, mediante intimação, cogitar-se da aplicação da referida multa.

4. No contexto das obrigações ilíquidas, pouco importa, ao meu ver, que tenha havido depósito da quantia que o devedor entendeu incontroversa ou a apresentação de garantias, porque, independentemente delas, a aplicação da multa sujeita-se à condicionante da liquidez da obrigação definida no título judicial.

5. A jurisprudência desta Corte tem consignado que, de ordinário, a discussão sobre a liquidez ou iliquidez do título judicial exequendo é incabível no âmbito dos recursos ditos excepcionais, quando for necessário o revolvimento aprofundado de aspectos fáticos-probatórios; nesses casos, deve-se partir da conclusão das instâncias ordinárias quanto a esse atributo da obrigação executada para fins de verificar o cabimento da multa (AgRg no AREsp. 333.184/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 17.09.2013 e AgRg no AREsp 400.691/SC, Rel. Min. SIDNEI BENETTI, DJe 03.12.2013); todavia, ao meu sentir, se essa avaliação probatória puder ser suprimida, e não raro é possível tirar a conclusão a partir do contexto do próprio acórdão impugnado, é possível e mesmo desejável a avaliação dessa circunstância por esta Corte, de modo a por fim à controvérsia.

6. O caso concreto refere-se à condenação ao pagamento de diferenças de correção monetária de empréstimo compulsório, tendo ficado assentado nas decisões precedentes a iliquidez do título judicial; a apuração do montante devido, nessas hipóteses, não prescinde de certa complexidade, dado o tempo passado desde cada contribuição, as alterações monetárias e a diversidade de índices de correção monetária aplicáveis ao período, tanto assim que tem sido necessária perícia contábil mais elaborada em inúmeros, senão em todos os casos, como se observa dos diversos processos submetidos à apreciação da Primeira Seção desta Corte; a sentença, nesses casos, não pode ser considerada líquida no sentido que lhe empresta o Código, como bem salientou o acórdão a quo, pois sequer existe um valor básico sobre o qual incidiriam os índices de correção monetária e demais acréscimos.

7. Assim, para efeitos do art. 543-C do CPC, fixa-se a seguinte tese: No caso de sentença ilíquida, para a imposição da multa prevista no art. 475-J do CPC, revela-se indispensável (i) a prévia liquidação da obrigação; e, após, o accertamento, (ii) a intimação do devedor, na figura do seu Advogado, para pagar o quantum ao final definido no prazo de 15 dias.

8. Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial."

(REsp 1147191/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2015, DJe 24/04/2015)

Com efeito, a liquidação do quanto decidido deve ocorrer por arbitramento, nos termos do artigo 509, inciso I e artigo 510, ambos do novo Código de Processo Civil.

Finalmente, a condenação nos honorários advocatícios deverá ocorrer na forma do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, em razão da sucumbência recíproca, sendo certo que sua apuração só poderá ser verificada por ocasião da liquidação de sentença acima determinada.

Corroborando o acima delimitado, a jurisprudência da C. Corte Superior, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA - INTERESSE DE AGIR - 143ª AGE DA ELETROBRÁS - CONVERSÃO DOS CRÉDITOS EM AÇÕES - FATO SUPERVENIENTE - APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC - CONTRADIÇÃO E OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - REJULGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SÚMULA 7/STJ.

1. Os valores referentes à 143ª Assembléia Geral Extraordinária da Eletrobrás são levados em consideração por força do disposto no art. 462 do CPC, apesar de a conversão dos créditos ter ocorrido após o ajuizamento da presente ação.

2. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.

3. Considerando o decaimento parcial de ambas as partes, está caracterizada a sucumbência recíproca, a ser apurada por ocasião da liquidação da sentença.

4. A revisão da distribuição dos ônus sucumbências, com o intuito de perquirir eventual decaimento mínimo de algum litigante, envolve ampla análise de questões de fato e de prova, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, o que é inadequado na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes."

(EDcl no REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 07/05/2010)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos recursos de apelação interpostos pelas partes, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM CONDENATÓRIA. TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO. ENERGIA ELÉTRICA. PRESCRIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS REMUNERATÓRIOS SOBRE ESTA. OCORRÊNCIA PARCIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE JUROS REMUNERATÓRIOS INCIDENTES NO PRINCIPAL. OCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DIFERENÇA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. INCIDÊNCIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DOS MESMOS ÍNDICES UTILIZADOS PARA CORREÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSOS DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional em relação à correção monetária sobre o principal e sobre os juros remuneratórios incidentes sobre esta correção é a data da conversão dos créditos em ações, ocorrida através da assembleia geral extraordinária. Isto decorre porque tal correção e os juros sobre ela incidente ocorreram no momento da conversão em ações e, assim, pelo princípio da *actio nata*, naquele momento nascera a pretensão dos contribuintes.
2. As conversões realizadas nos presentes autos ocorreram nos anos de 2005 e, com o ajuizamento da demanda em 29.06.2007 e, portanto, a conversão realizada em 2005 não fora fulminada por aquela.
3. Em relação à correção monetária sobre os juros remuneratórios, tal pretensão é fulminada pela prescrição em julho de cada ano vencido. Isto em decorrência da lesão ao direito do consumidor contribuinte ocorrer naquela data. Tendo em vista que os recolhimentos reconhecidos na r. sentença são datados até 1993 e a data do ajuizamento da presente ação, tais parcelas foram fulminadas pela prescrição.
4. Porém, é descabida a incidência de correção monetária entre o período que compreende 31 de dezembro do ano anterior e a conversão em ações dos valores devidos pelas apelações.
5. No que pertine aos juros remuneratórios sobre a diferença da correção monetária, tais valores devem sofrer aquela incidência, pois, conforme entendimento já consolidado, a correção monetária apenas recompõe o valor da moeda e, por se tratar de verba principal, os juros remuneratórios dispostos no artigo 2º, do Decreto-Lei nº 1.512/76, deverão também incidir.
6. A liquidação por arbitramento é devida, pois é necessária perícia contábil mais elaborada, em virtude do lapso temporal entre os recolhimentos efetuados, os expurgos inflacionários do período e os índices a serem aplicados. Nesse sentido já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento sob o rito dos recursos repetitivos.
7. Quanto à aplicação dos juros moratórios, o REsp 1003955/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, acima transcrito, delimita que a partir da vigência do Código Civil de 2002 é aplicável os juros moratórios que também incidem sobre os créditos tributários, a saber, a taxa SELIC, em decorrência do princípio da isonomia.
8. A condenação nos honorários advocatícios deverá ocorrer na forma do artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973, em razão da sucumbência recíproca, sendo certo que sua apuração só poderá ser verificada por ocasião da liquidação de sentença.
9. Recursos de apelação parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos de apelação interpostos pelas partes, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5019980-68.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARIA ONILDA SIERRA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WILMA MARQUES DOS SANTOS - SP361967-A, MICHELE CRISTINA DA SILVA SIERRA - SP361217-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5019980-68.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARIA ONILDA SIERRA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WILMA MARQUES DOS SANTOS - SP361967-A, MICHELE CRISTINA DA SILVA SIERRA - SP361217-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária em face de sentença de procedência em mandado de segurança impetrado por **Maria Onilda Sierra** em face do **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**, com o objetivo de compelir a autoridade coatora a analisar o pleito administrativo de concessão de aposentadoria especial.

Na inicial, a impetrante afirma que protocolou o pedido de concessão de benefício previdenciário nº 1485147993, em 15.06.2018 (Id 12578855), perante o INSS, alegando que, embora o requerimento tenha sido devidamente instruído, após 5 (cinco) meses, até o momento da impetração do presente *mandamus* (26.11.2018), não houve qualquer decisão administrativa.

Foi deferida liminar, a fim de dar o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993 em 30 (trinta) dias (Id 84819596, p. 1-2).

Após o deferimento da liminar, em consulta do Sistema Único de Benefícios, verificou-se que pedido de aposentadoria em questão foi indeferido (Id 84819590, p. 1-3).

Na sentença, o Juízo *a quo* concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar concedida, a fim de que fosse dado o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993, em 30 (trinta) dias, e concedeu a segurança, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil (Id 84819598, p. 1-2).

Sem recurso voluntário, vieram os autos para exame da remessa necessária.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Maria Luiza Grabner, manifestou-se pelo desprovemento da remessa oficial e manutenção da sentença (Id 90600423).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5019980-68.2018.4.03.6183

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: MARIA ONILDA SIERRA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: WILMA MARQUES DOS SANTOS - SP361967-A, MICHELE CRISTINA DA SILVA SIERRA - SP361217-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Trata-se de mandado de segurança em que a impetrante visa à ordem para que a autoridade coatora proceda à análise e conclusão do requerimento de concessão de benefício previdenciário nº 1485147993, protocolado em 15.06.2018, não tendo havido qualquer decisão administrativa até a data do ajuizamento, em 26.11.2018.

Foi deferida a liminar, a fim de dar o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993, em 30 (trinta) dias (Id 84819596, p. 1-2).

Após o deferimento da liminar, em consulta do Sistema Único de Benefícios, verificou-se que pedido de aposentadoria em questão foi indeferido (Id 84819590, p. 1-3).

Na sentença, o Juízo *a quo* confirmou a liminar concedida, a fim de que fosse dado o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993, em 30 (trinta) dias, e concedeu a segurança, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil (Id 84819598, p. 1-2).

A sentença deve ser mantida.

De fato, não é razoável a demora de mais de cinco meses entre o protocolo do requerimento e a decisão, em desrespeito ao disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, além das normas relativas ao processo administrativo, especialmente ao art. 49 da Lei nº 9.784/99, que estabelece o prazo de trinta dias para decisão da autoridade administrativa, considerando a hipossuficiência dos segurados de autarquia previdenciária.

Ademais, a análise administrativa do pleito após o ajuizamento da ação pressupõe o reconhecimento jurídico do pedido por parte do INSS, que não se confunde com a perda de objeto ou a falta de interesse processual superveniente, eis que presente a pretensão resistida na data da impetração.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. DEMORA NA ANÁLISE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Trata-se de remessa necessária em face de sentença de procedência em mandado de segurança impetrado por **Maria Onilda Sierra** em face do **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**, como objetivo de compelir a autoridade coatora a analisar o pleito administrativo de concessão de aposentadoria especial.
2. Na inicial, a impetrante afirma que protocolou o pedido de concessão de benefício previdenciário nº 1485147993 em 15.06.2018 (Id 12578855) perante o INSS, alegando que, embora o requerimento tenha sido devidamente instruído, após 5 (cinco) meses, até o momento da impetração do presente *mandamus* (26.11.2018), não houve qualquer decisão administrativa.
3. Foi deferida a liminar, a fim de dar o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993, em 30 (trinta) dias (Id 84819596, p. 1-2).
4. Após o deferimento da liminar, em consulta do Sistema único de Benefícios, verificou-se que pedido de aposentadoria em questão foi indeferido (Id 84819590, p. 1-3).
5. Na sentença, o Juízo *a quo* confirmou a liminar concedida, a fim de que fosse dado o regular processamento ao processo administrativo protocolizado sob o nº 1485147993, em 30 (trinta) dias, e concedeu a segurança, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil (Id 84819598, p. 1-2).
6. De fato, não é razoável a demora de mais de cinco meses entre o protocolo do requerimento e a decisão, em desrespeito ao disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, além das normas relativas ao processo administrativo, especialmente ao art. 49 da Lei nº 9.784/99, que estabelece o prazo de trinta dias para decisão da autoridade administrativa, considerando a hipossuficiência dos segurados de autarquia previdenciária.
7. Ademais, a análise administrativa do pleito após o ajuizamento da ação pressupõe o reconhecimento jurídico do pedido por parte do INSS, que não se confunde com a perda de objeto ou a falta de interesse processual superveniente, eis que presente a pretensão resistida na data da impetração.
8. Remessa Necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002759-64.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: TRANSPORTADORA PRINT LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TRANSPORTADORA PRINT LTDA

Advogados do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002759-64.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: TRANSPORTADORA PRINT LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TRANSPORTADORA PRINT LTDA

Advogados do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação interpostos em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, em ação de rito ordinário ajuizada por **Transportadora Print Ltda.**, para assegurar a não inclusão dos valores pagos a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 60 (sessenta) meses, com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, corrigidos pela Selic.

Na sentença, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS a partir de 15 de março de 2017, e rejeitou o pedido em relação aos períodos anteriores, autorizando a compensação ou restituição das diferenças administrativamente, após o trânsito em julgado, condenando, ainda, a União a pagar à parte autora, os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado (Id 30411468, p. 1-4).

Em suas razões (Id 30411476, p. 1-31), a União requer, preliminarmente, a suspensão do feito até a publicação do acórdão do julgamento dos embargos de declaração opostos no RE 574.706. No mérito, sustenta, em síntese, a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei, sobretudo após a edição da Lei nº 12.973/14, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE 574.706, além da necessidade de se fixar a verba honorária nos termos do art. 85, § 8º do CPC, consoante apreciação equitativa do julgador.

Apelou a autora, **Transportadora Print Ltda.** (Id 30411471, p. 1-9), requerendo, em suma, a reforma da sentença para reconhecer seu direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, declarando-se o direito de serem compensados os valores indevidamente recolhidos, corrigidos, observado o prazo prescricional de 60 (sessenta meses) anos, contados a partir ajuizamento da demanda, aduzindo que a modulação dos efeitos acerca da impossibilidade de se compensar os montantes indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores à distribuição da demanda não constou no RE 574.706, não havendo possibilidade do Juízo de primeira instância exercer o controle difuso de constitucionalidade das normas, sendo da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Com contrarrazões da parte autora (Id 30411984, p. 1-19), e da União (Id 30411986, p. 1-8), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002759-64.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TRANSPORTADORA PRINT LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TRANSPORTADORA PRINT LTDA
Advogados do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A, MARIANA MELCHOR CAETANO SIQUEIRA - SP245412-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

Preliminarmente, a respeito da possibilidade, ou não, da inclusão do valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"- SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Ademais, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Passo ao exame do mérito.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconheceram exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo n.º da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS e COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento simulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20% podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDel no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. un) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Finalmente, em relação aos honorários sucumbenciais, o processo foi sentenciado em 24.04.2018 (Id 30411470, p. 4), sendo aplicáveis as regras do Código de Processo Civil de 2015, vigentes desde 18.03.2016.

Dispõe o artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 que:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; (g.n.)

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;"

Assim, tendo em vista os princípios da sucumbência e da equidade e observando-se, ainda, a simplicidade da causa, o lugar da prestação dos serviços advocatícios, o grau de zelo e o descomplicado trabalho realizado pelos causídicos da parte vencedora, os honorários advocatícios devem ser arbitrados nos seguintes termos: (dez por cento) sobre o montante de até 200 salários mínimos (aproximadamente até R\$ 200.000,00 - duzentos mil reais) = aproximadamente R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Portanto, é de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, como fixou a sentença, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Em relação aos honorários sucumbenciais, o processo foi sentenciado em 24.04.2018 (Id 30411470, p. 4), sendo aplicáveis as regras do Código de Processo Civil de 2015, vigentes desde 18.03.2016, sendo de rigor a condenação da União nos honorários advocatícios, fixados nos patamares mínimos dispostos no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, observando-se a faixa de valores e o quanto delimitado no § 5º, do mesmo dispositivo legal, em respeito aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e causalidade.
11. Apelação da parte autora provida. Apelação da União desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da parte autora e NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004289-41.2016.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: K & G INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: TASSO LUIZ PEREIRA DA SILVA - SP178403-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004289-41.2016.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pela **União** contra a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por **K & G INDUSTRIA E COMERCIO LTDA**, que concedeu parcialmente a segurança para determinar que as autoridades impetradas, observada a competência de cada uma (Procurador Seccional da Fazenda Nacional e Jundiaí/SP e Delegado da Receita Federal em Jundiaí/SP), procedam:

- a) concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pela impetrante nos autos do processo administrativo 13839.720915/2016-08;
- b) expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, se nenhum outro óbice além daquele objeto destes autos existir, e;
- c) suspensão do crédito tributário correspondente, enquanto permanecer a discussão administrativa.

Inconformada, a apelante sustenta, em síntese, que a impetrante incorreu em erro ao indicar a modalidade de pagamento diversa da escolhida, o que acarretou no seu retorno à condição de devedora, com a consequente inscrição do débito em dívida ativa, inexistindo ilegalidade no ato impugnado.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pela manutenção da sentença.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004289-41.2016.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: K & G INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: TASSO LUIZ PEREIRA DA SILVA - SP178403-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A apelada impetrou o presente *mandamus* objetivando a emissão de certidão positiva com efeito de negativa e a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto na esfera administrativa.

Narrou haver aderido ao pagamento antecipado previsto na Lei 12.996/2014, que permitia a utilização do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL para quitação da multa e juros.

Alegou que, com o advento da MP nº 651/2014, convertida na Lei 13.043/2014, aderiu ao benefício de quitação antecipada da integralidade do saldo devedor dos parcelamentos anteriores com utilização do prejuízo fiscal e da base negativa da CSLL, realizando o pagamento de 30% (trinta por cento) à vista e apresentando todas as informações e documentos necessários.

Afirmou que na fase de consolidação foi gerada uma guia para pagamento do valor remanescente, mas o manual orientava a não realizar o pagamento, tendo sido, contudo, surpreendida com a inscrição em dívida ativa do montante de R\$ 33.000.000,00 (trinta e três milhões de reais), valor esse que deveria ser quitado com o prejuízo fiscal e a base negativa da CSLL.

Aduziu, por fim, que não foi concedido efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto, assegurado pelo artigo 11 da Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 15/2014.

O pedido de liminar foi indeferido nos autos do *mandamus*, decisão reformada no bojo do Agravo de Instrumento nº 0013064-96.2016.4.03.0000, de Relatoria do Exmo. Des. Fed. Nelson dos Santos, ao qual foi dado provimento para determinar a suspensão da exigibilidade do débito, com a consequente expedição de certidão de regularidade fiscal, durante a discussão no âmbito administrativo.

Sobreveio, então, sentença concedendo parcialmente a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar a concessão de efeito suspensivo ao recurso administrativo interposto pela impetrante nos autos do processo administrativo 13839.720915/2016-08; a expedição de Certidão Positiva com Efeito de Negativa e a suspensão do crédito tributário correspondente, enquanto permanecer a discussão administrativa.

A sentença não merece reparos.

De fato, verifica-se que houve equívoco no momento de informar ao Fisco a modalidade de pagamento escolhida, o que implicou a rejeição da consolidação e o encaminhamento do débito para cobrança.

Há que se ponderar, contudo, que o contribuinte buscou diligentemente sanar a irregularidade junto à autoridade fazendária, a demonstrar sua boa-fé e a intenção de quitar as pendências junto ao Fisco.

Como já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, não se pode tomar os requisitos formais dos parcelamentos sempre de forma absoluta, até mesmo pela complexidade de tais programas. Em matéria de parcelamento, deve-se ter em vista a boa-fé do contribuinte e o interesse do próprio Estado, em um contexto de cooperação, mesmo porque se trata de negociação, ainda que nos estritos limites legais (REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.03.2010, DJe 09.04.2010).

Trago a lume julgado proferido em caso semelhante por esta Corte Regional:

"TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL. LEI 12.996/14. REJEIÇÃO DA CONSOLIDAÇÃO DOS DÉBITOS PARA PARCELAMENTO. ATRASO DE QUATRO DIAS NO PAGAMENTO DE UMA PARCELA PRÉVIA À CONSOLIDAÇÃO. BOA-FÉ. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. O cerne da questão posta a desate consiste no exame da recusa de consolidação de débitos da contribuição, no parcelamento previsto na Lei 12.996/14, sob a alegação de quatro dias de atraso no recolhimento de parcela do saldo residual da antecipação. 2. Verifica-se que a guia DARF emitida pelo sistema da própria Receita Federal apresentou a data de vencimento no dia 30/9/2014. Tal fato, segundo a autoridade coatora, decorreu de alteração efetuada pelo contribuinte na guia, para o mês da prestação das informações para a consolidação. 3. De toda forma, o atraso ocorrido limitou-se a quatro dias, com o recolhimento efetuado ainda no próprio mês de vencimento do débito, não se vislumbrando nesta situação a existência de prejuízos ao Erário ou de qualquer vantagem ou má-fé do contribuinte. 4. A exigência prevista em Portarias e Instruções Normativas deve ser relativizada quando se tratar de hipótese como a dos autos, em que a extemporaneidade do pagamento se restringe a poucos dias, mormente pelo fato de o requisito estar previsto apenas em ato infralegal e não na lei de instituição do benefício. 5. Foi reconhecido em Nota Técnica da própria Receita Federal, que os contribuintes em situação idêntica a da ora apelada tem direito à consolidação, de forma que a sua não permissão, no presente feito, configuraria verdadeira ofensa aos Princípios da Isonomia e da Razoabilidade. 6. A manutenção da recusa de inclusão no programa importaria não somente prejuízo ao contribuinte, como ao próprio Fisco, que abriria mão do ingresso certo das parcelas mensais, mesmo porque houve a comprovação do recolhimento integral das parcelas anteriores, demonstrada a boa-fé e a intenção e interesse na admissão no programa. Precedentes jurisprudenciais desta E. Corte. 7. Apelação e remessa necessária improvidas". (ApelRemNec 0005552-95.2016.4.03.6100, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/12/2017.)

Outrossim, a pretensão da impetrante encontra-se em consonância com o art. 11 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/2014, nos termos do qual o recurso administrativo possui efeito suspensivo, não se dependendo da leitura do referido dispositivo que a hipótese narrada nos presentes autos esteja excluída da aludida previsão.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. CONSOLIDAÇÃO. EQUÍVOCO NA MODALIDADE DE PAGAMENTO INFORMADA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO ADMINISTRATIVO. EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Trata-se de mandado de segurança objetivando a emissão de certidão positiva com efeito de negativa e a concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto na esfera administrativa.
2. Houve equívoco no momento de informar ao Fisco a modalidade de pagamento escolhida, o que implicou a rejeição da consolidação do parcelamento e o encaminhamento do débito para cobrança.
3. Há que se ponderar, contudo, que o contribuinte buscou diligentemente sanar a irregularidade junto à autoridade fazendária, a demonstrar sua boa-fé e a intenção de quitar as pendências junto ao Fisco.
4. Como já decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, em recurso submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, não se pode tomar os requisitos formais dos parcelamentos sempre de forma absoluta, até mesmo pela complexidade de tais programas. Em matéria de parcelamento, deve-se ter em vista a boa-fé do contribuinte e o interesse do próprio Estado, em um contexto de cooperação, mesmo porque se trata de negociação, ainda que nos estritos limites legais (REsp 1143216/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.03.2010, DJe 09.04.2010).
5. O recurso administrativo possui efeito suspensivo, nos termos do art. 11 da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 15/2014.
6. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** à apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006680-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: EDILSON MODESTO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDNILSON MODESTO DE OLIVEIRA - SP231525-N
AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO - SP132302-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006680-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: EDILSON MODESTO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDNILSON MODESTO DE OLIVEIRA - SP231525-N
AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO - SP132302-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Edilson Modesto de Oliveira** contra a r. decisão proferida à f. 1126 (integrada pelo ID 43313838) dos autos da execução fiscal nº 0000003-28.1994.8.26.0369, ajuizada pelo **Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP** e em trâmite perante o Juízo Estadual da 1ª Vara da Comarca de Monte Aprazível/SP, no âmbito da qual entendido que a matéria relativa à prescrição para o redirecionamento estaria preclusa.

Emissão realizada no dia 03/07/2019, a execução fiscal foi extinta em parte, de ofício, sendo negado provimento ao agravo de instrumento (ID 75939782).

Interposto Recurso Especial pela parte agravante (ID 87283500), a Vice-Presidência deste Tribunal, em juízo de admissibilidade recursal, vislumbrando a possibilidade de contrariedade do acórdão anteriormente prolatado com o REsp nº 1.201.993/SP (Tema 444), determinou o retorno dos autos a essa Turma, para avaliação da pertinência de eventual retratação, nos moldes do artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006680-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: EDILSON MODESTO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDNILSON MODESTO DE OLIVEIRA - SP231525-N
AGRAVADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO
Advogado do(a) AGRAVADO: PATRICIA APARECIDA SIMONI BARRETTO - SP132302-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Retomam os autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não obstante, conquanto tenha sido vislumbrada eventual contrariedade do julgado anteriormente proferido com o REsp nº 1.201.993/SP, prolatado sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 444), não há o que reconsiderar.

Com efeito, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.201.993/SP, fixou o entendimento de que o prazo de cinco anos para o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio conta da citação da pessoa jurídica, quando o ato ilícito previsto no artigo 135, inciso III, do CTN for precedente a essa; por outro lado, o termo inicial do prazo prescricional deve ser contado da "prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário" quando esta for subsequente à citação do estabelecimento empresarial. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA. OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015)

1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA

2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica". DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL

3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte".

4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-*visa* - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO

5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária.

6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.

7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010.

8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA

9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (*distinguishing*).

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. TESE REPETITIVA

14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lústro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da constrição judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.

18. Recurso Especial provido."

No caso em tela, o acórdão anteriormente prolatado por esta Turma consignou que o prazo de cinco anos para o redirecionamento da execução fiscal somente poderia contar da citação da empresa quando a causa legitimadora da responsabilização pessoal do sócio fosse precedente; porém, em sendo a ilicitude praticada no curso da execução, o prazo prescricional somente poderia contar a partir do momento em que fosse verificada essa mesma ilicitude.

Desse modo, concluiu que, tendo sido a dissolução irregular da empresa certificada por oficial de justiça em setembro de 1995 - e, portanto, posterior à citação daquela, ocorrida em agosto de 1994 -, o pedido de redirecionamento formulado em maio de 1996 não estava fulminado pela prescrição.

Ainda, reconheceu o aresto que a demora na citação do sócio não decorreu de inércia da Fazenda Pública, sendo descabido aventar de prescrição intercorrente; mantida a tempestividade do redirecionamento feito em maio de 1996.

Resta evidente, por conseguinte, que o acórdão anteriormente prolatado está em plena consonância com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no precedente citado.

Desse modo, não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, **cabível o juízo negativo de retratação, devolvendo-se os autos à Vice-Presidência.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. RESP 1201993. ARTIGO 1030, II, CPC. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE. JUÍZO NEGATIVO DE RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À VICE-PRESIDÊNCIA.

1. Retomamos autos da Vice-Presidência para juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil.
2. Conquanto tenha sido vislumbrada eventual contrariedade do julgado anteriormente proferido com o REsp nº 1.201.993/SP, prolatado sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema 444), não há o que reconsiderar.
3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.201.993/SP, fixou o entendimento de que o prazo de cinco anos para o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio conta da citação da pessoa jurídica, quando o ato ilícito previsto no artigo 135, inciso III, do CTN for precedente a essa; por outro lado, o termo inicial do prazo prescricional deve ser contado da "prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário" quando esta for subsequente à citação do estabelecimento empresarial.
4. O acórdão anteriormente prolatado por esta Turma consignou que o prazo de cinco anos para o redirecionamento da execução fiscal somente poderia contar da citação da empresa quando a causa legitimadora da responsabilização pessoal do sócio fosse precedente; porém, em sendo a ilicitude praticada no curso da execução, o prazo prescricional somente poderia contar a partir do momento em que fosse verificada essa mesma ilicitude. Desse modo, concluiu que, tendo sido a dissolução irregular da empresa certificada por oficial de justiça em setembro de 1995 - e, portanto, posterior à citação daquela, ocorrida em agosto de 1994 -, o pedido de redirecionamento formulado em maio de 1996 não estava fulminado pela prescrição.
5. Não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.
6. Com fundamento no artigo 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, cabível o juízo negativo de retratação, devolvendo-se os autos à Vice-Presidência.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, entendeu cabível o juízo negativo de retratação, devolvendo-se os autos à Vice-Presidência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008981-33.2008.4.03.6106
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO JOSE ARAUJO MARTINS - SP111552-A
APELADO: ELDIOMAR ALVES CIRQUEIRA, SOLANGE CIRQUEIRA FAZOLI, ELIDIO CIRQUEIRA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO - SP214130
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO - SP214130
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO - SP214130
OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SEBASTIANA NOGUEIRA CERQUEIRA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação do ESPÓLIO DE SEBASTIANA NOGUEIRA CERQUEIRA, para que se manifeste sobre a proposta de ACORDO trazida aos autos pela Caixa Econômica Federal - CEF, nos valores de: R\$ 15.651,63 (principal) e R\$ 1.565,16 (sucumbência) - ID 134374867, bem como informe se referido acordo contemplou a totalidade do pedido destes autos.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso *in albis* do prazo assinalado como total desinteresse, retornando os autos ao E. Relator para prosseguimento.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000282-13.2009.4.03.6108
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL CORREA - SP251470-A
APELADO: HELENA DA ASSUMPCAO REIS DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: FABIO AUGUSTO FRONTERA - SP257633

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, promovo a intimação da Caixa Econômica Federal - CEF para que se manifeste, no prazo de 10 (dez) dias, com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, sobre a contraproposta trazida aos autos pela parte autora - ID 136101737.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003388-07.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LUPERPLAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003388-07.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LUPERPLAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 124728752) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 01/10/2019, a empresa LUPERPLAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 2.390.502,53. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 124728742).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 124728744).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 124728745).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas pela União, que é isenta.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 124728756).

O *Parquet* opinou pelo não provimento do recurso (ID 127938638).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003388-07.2019.4.03.6120

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM ARARAQUARA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUPERPLAS INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Ainda, em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta, inclusive, o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de apelação, para "readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS", dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PE é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vencidas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **01/10/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 01/10/2019.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
11. Apelação e remessa oficial tida por interposta parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013378-67.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS

APELADO: TEXTIL OMBORGO LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013378-67.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS

APELADO: TEXTIL OMBORGO LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas pela União Federal (ID 126551254 e ID 126551259) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 03/10/2019, a empresa TEXTIL OMBORGO LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, majorando-se o valor da causa para R\$ 3.996.000,00 (ID 126551171).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 126551180).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 126551233).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 126551235).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Opostos declaratórios (ID 126551243), foram acolhidos apenas para esclarecer que o valor do ICMS a ser deduzido do cálculo do PIS e da COFINS é o destacado das notas fiscais, e ratificar fundamentadamente que o período passível de compensação é o dos cinco anos anteriores ao ajuizamento do *mandamus* (ID 126551248).

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Requer, ainda, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (ID 126551254).

A União apelou novamente, reiterando os mesmos fundamentos do recurso anterior (ID 126551259).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126551263).

O *Parquet* opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 128601120).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5013378-67.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS

APELADO: TEXTIL OMBORGO LTDA
Advogados do(a) APELADO: FELIPE ALBERTO VERZA FERREIRA - SP232618-A, LUKAS LEONARDO GREGGIO GONCALVES - SP411679-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, não se conhece da segunda apelação interposta, na medida em que, com a interposição da primeira, operou-se a preclusão consumativa.

Ainda em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÂRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.
5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, quando nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indetermiável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **03/10/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em extensa jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, como advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedecido o regime contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e*
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido de efeito suspensivo do recurso formulado pela União diante da presente decisão.

Ante o exposto, não conheço da apelação de ID 126551259, nego provimento à apelação de ID 126551254 e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Não se conhece da segunda apelação interposta, na medida em que, com a interposição da primeira, operou-se a preclusão consumativa.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simônus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 03/10/2019.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
11. Apelação de ID 126551259 não conhecida, apelação de ID 126551254 e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheço da apelação de ID 126551259, nego provimento à apelação de ID 126551254 e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001287-22.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SNJ INDUSTRIA DE MATERIAIS ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ISAILDO PIRES DE CALDAS - SP366891-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001287-22.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SNJ INDUSTRIA DE MATERIAIS ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ISAILDO PIRES DE CALDAS - SP366891-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 124852117 em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 20/08/2018, a empresa SNJ INDÚSTRIA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E ELETRÔNICOS LTDA. ajuizou a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexistência da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito. Deu-se à causa o valor de R\$ 401.197,23. Com a inicial, acostou documentos.

Contestação da União Federal (ID 124852106), com réplica do polo ativo (ID 124852111).

Sobreveio sentença que acolheu o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito da parte autora repetir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 124852112).

Condenou a União ao pagamento de honorários advocatícios em percentual a ser fixado nos termos do art. 85, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil na fase de liquidação do julgado.

Custas na forma da lei.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 124852121).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001287-22.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SNJ INDUSTRIA DE MATERIAIS ELETRICOS E ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ISAILDO PIRES DE CALDAS - SP366891-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores na caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, quando nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à repetição do indébito, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em **20/08/2018**.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários advocatícios conforme estabelecido na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EMAÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simôus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à repetição do indébito, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 20/08/2018.
6. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000537-93.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISOFORMA PLASTICOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A, BIANCA RODRIGUES POLLES - SP387013-A, MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL

CORDEIRO - SP192471-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000537-93.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISOFORMA PLASTICOS INDUSTRIAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A, BIANCA RODRIGUES POLLES - SP387013-A, MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL

CORDEIRO - SP192471-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 125962855) em face do *decisum* que julgou o feito parcialmente procedente.

No dia 15/03/2017, a empresa ISOFORMA PLÁSTICOS INDUSTRIAIS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em Sorocaba/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 125962831).

O órgão do Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento da demanda (ID 125962833).

Sobreveio sentença que concedeu parcialmente a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Consignou, no entanto, ser improcedente a pretensão de compensação, uma vez que inexistiriam valores a serem compensados (ID 125962846).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas nos termos da Lei nº 9.289/96.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 94851119).

O *Parquet* pelo não provimento do recurso (ID 128389337).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000537-93.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISOFORMA PLÁSTICOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SAMUEL LUIZ MANZOTTI RIEMMA - SP215430-A, BIANCA RODRIGUES POLLES - SP387013-A, MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL CORDEIRO - SP192471-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescentar que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715236/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp's 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime de não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houver de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
7. Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013758-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FLOR DO CAMPO - SERVICOS ESTETICOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013758-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FLOR DO CAMPO - SERVICOS ESTETICOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 126064939 e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 31/08/2017, a empresa FLOR DO CAMPO SERVIÇOS ESTÉTICOS LTDA. ajuizou a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexigibilidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito. Deu-se à causa o valor de R\$ 100.000,00.

Contestação da União Federal (ID 126064823), com réplica do polo ativo (ID 126064935)

Sobreveio sentença que acolheu o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a parte autora restituir/compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 126064936).

Condenou a União ao reembolso das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Suscita, ainda, a necessidade de se impor limites ao direito de compensação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126064944).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013758-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FLOR DO CAMPO - SERVICOS ESTETICOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: DENISE MARTINS VIEIRA FERNANDEZ LOPEZ - SP325491-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, observo que não há como sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

Quanto ao mérito, questiona-se a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ISS.

Pois bem, necessário se faz, antes de adentrar na controvérsia supramencionada, examinar a discussão acerca dos aspectos legais e constitucionais do acréscimo do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS."

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (como escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadorias ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS**.

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em **31/08/2017**.

No que diz respeito especificamente à compensação, o c. Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de a contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C. DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vencidas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório. Ressalvo, entretanto, o direito de a contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Ainda quanto à análise dos referidos critérios, tenho que a apelação merece parcial provimento, uma vez que a compensação, caso seja a opção da parte autora, não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvemento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido."

(AglInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários arbitrada na sentença, uma vez que fixada com razoabilidade, atentando-se às características deste feito.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial e dou parcial provimento à apelação, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
4. O valor retido em razão do ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
6. Reconhecido o direito à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 31/08/2017.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em aludida jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação parcialmente provida e remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial e deu parcial provimento à apelação, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000607-25.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000607-25.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por NESTLÉ BRASIL LTDA em razão dos vícios existentes no v. acórdão, quanto aos critérios para aplicação das multas, requerendo o conhecimento dos presentes Embargos de Declaração e o seu integral acolhimento, a fim de sanar as máculas apontadas.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADO. INMETRO. MULTA. APLICAÇÃO. DENTRO DO PARÂMETRO LEGAL. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O CPC, no art. 369, assegura a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis, bem como os moralmente legítimos. Contudo, referida norma não atribui à parte direito de produção de prova desnecessária ou incompatível com os fatos e fundamentos jurídicos expostos na inicial.

2. Formulários preenchidos corretamente e sem prejuízo para a embargante.

3. A multa aplicada encontra-se dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99.2. A contribuição ao PIS disciplinada pela Lei Complementar 7/70, foi recepcionada pelo artigo 239, da CF/1988 (RE 169.091, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 07.06.1995, DJ 04.08.1995).

4. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

5. Apelação improvida.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000607-25.2018.4.03.6127
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

No ponto, a questão impugnada foi devidamente analisada no voto-condutor *in verbis*: “válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. A questão impugnada foi devidamente analisada no voto-condutor *in verbis*: “válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.
3. Ausentes os vícios do artigo 1.022 do CPC.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001837-51.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A
Advogados do(a) APELADO: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001837-51.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A
Advogados do(a) APELADO: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por ALCATEL-LUCENT BRASIL TELECOMUNICACOES LTDA. a fim que sejam sanados, com a máxima vênia, os vícios, para que, uma vez demonstrado que o pedido formulado pela Embargante engloba a possibilidade de repetição dos valores indevidamente recolhidos pela via dos precatórios, seu Recurso de Apelação seja conhecido e seus fundamentos analisados, que demonstram a necessidade de reforma parcial da r. sentença apelada.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO DA IMPETRANTE NÃO CONHECIDA. SOBRESTAMENTO. INVIABILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Apelação da impetrante não conhecida, uma vez que não foi realizado o pedido de restituição do indébito via precatório, sendo que o conhecimento da matéria nesta oportunidade acarretaria em supressão de instância.

2. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

3. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação ou restituição administrativa dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, conforme documentos juntados com a inicial, tais como contrato social, DCTFs e guias DARF, observados os critérios estabelecidos em sentença, os quais estão de acordo com a jurisprudência desta Corte, bem como do C. STJ.

7. Possível o deferimento da repetição pelo contribuinte por meio de compensação ou restituição administrativa, após o reconhecimento do seu crédito.

8. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados/restituídos, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar/restituir e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

9. Apelação da impetrante não conhecida e apelação da União e remessa oficial desprovidas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001837-51.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ALCATEL-LUCENT BRASIL S.A
Advogados do(a) APELADO: DANIELA LEME ARCA - SP289516-A, MARCO ANTÔNIO GOMES BEHRNDT - SP173362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, o embargante informado como resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

De fato, restou claro no voto condutor do acórdão embargado que, "Conforme se observa dos pedidos realizados em sede inicial, não foi realizado o pedido de restituição do indébito via precatório ... Assim, tem-se verdadeira inovação em sede recursal, sendo que o conhecimento da matéria nesta oportunidade acarretaria em supressão de instância."

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. Restou claro no voto condutor do acórdão embargado que, "Conforme se observa dos pedidos realizados em sede inicial, não foi realizado o pedido de restituição do indébito via precatório ... Assim, tem-se verdadeira inovação em sede recursal, sendo que o conhecimento da matéria nesta oportunidade acarretaria em supressão de instância."
4. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012936-20.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: EDSON OSVALDO TOMBA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA ALESSANDRA SILVA NUNES AGARUSSI - SP239188-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012936-20.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: EDSON OSVALDO TOMBA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA ALESSANDRA SILVA NUNES AGARUSSI - SP239188-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - DISTRATO - FASE DO PROCEDIMENTO DE DISSOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO - REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO SÓCIO-ADMINISTRADOR - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENÇÃO DA EXEQUENTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS.

1. O registro do distrato social perante a Junta Comercial constitui mera fase do procedimento de dissolução da pessoa jurídica, sendo imprescindível a prévia realização do ativo e pagamento do passivo para fins de extinção da personalidade jurídica das microempresas, a teor do que estabelece o art. 9º, caput, da Lei Complementar nº 123/06, justificando, dessarte, o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-administrador, caso não ocorra o pagamento dos tributos devidos.

2. Verifica-se não ser cabível a condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista não ter sido extinta a execução fiscal, mas apenas rejeitada a exceção de pré-executividade no tocante à alegação de ilegitimidade de parte do exipiente.

Alega o embargante EDSON OSVALDO TOMBA que o agravo de instrumento foi interposto em face de decisão interlocutória que acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade, com fundamento no art.156, inciso V, CTN, para julgar extintos os créditos tributários descritos nas CDAs nº 80.4.04.071139-43 e 80.6.04.103608-53, mantendo o sócio no polo passivo da demanda e condenando ambas as partes ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 na proporção de 50% para cada parte.

Assevera que a União Federal não recorreu da decisão que a condenou em honorários, tendo ocorrido a preclusão da matéria.

Afirma, portanto, a existência de contrariedade, “no tocante à extinção parcial da execução fiscal combatida e omissão por ter invocado motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, menos à posta à sua apreciação”, sendo de rigor o recebimento dos declaratórios, para reconhecer a ocorrência da preclusão, da extinção parcial da execução fiscal e do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça sobre a condenação em honorários sucumbenciais, quando da extinção parcial ou total da execução fiscal e, ao final, acolher os para manter a condenação das partes ao pagamento dos honorários advocatícios, nos termos da decisão de primeira instância.

Intimada, a embargada UNIÃO FEDERAL pugnou pela rejeição dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012936-20.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: EDSON OSVALDO TOMBA

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIA ALESSANDRA SILVA NUNES AGARUSSI - SP239188-N

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, importa salientar que o agravo de instrumento foi interposto pelo ora embargante EDSON OSVALDO TOMBA em face de decisão que, em execução fiscal, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade oposta para reconhecer a ocorrência de prescrição em relação aos débitos constantes das CDAs nºs 80.4.04.071139-43 e 80.6.04.103608-53, como constou no relatório.

Assim, a condenação da União Federal em honorários advocatícios, em razão da extinção parcial da execução fiscal pelo reconhecimento da prescrição, não foi objeto do agravo de instrumento, sob pena de implicar o *reformatio in pejus*.

Peço vênia para transcrever o voto condutor:

Finalmente, verifica-se não ser cabível a condenação do agravante ao pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista não ter sido extinta a execução fiscal, mas apenas rejeitada a exceção de pré-executividade no tocante à alegação de ilegitimidade de parte do excipiente.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. AUSÊNCIA DE EXTINÇÃO TOTAL OU PARCIAL DO FEITO EXECUTIVO FISCAL.

1. Na hipótese dos autos, a Corte de origem negou provimento ao recurso por entender que não houve extinção (parcial ou total) da execução fiscal e que “a verba honorária só deverá ser fixada em exceção de pré-executividade se do julgamento desta decorrer a extinção do feito executivo, ainda que parcialmente”.

2. A conclusão alcançada pelo Tribunal a quo não destoia do entendimento pacificado nesta Corte Superior, segundo o qual é cabível a fixação de honorários de sucumbência quando a Exceção de Pré-Executividade for acolhida para extinguir total ou parcialmente a execução, em homenagem aos princípios da causalidade e da sucumbência.

3. Estando o acórdão recorrido em sintonia com o atual entendimento do STJ, não merece prosperar a irrisignação quanto à aventada divergência jurisprudencial. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

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

(REsp 1.695.228/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 17/10/2017, DJe 23/10/2017).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. NÃO CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A sucumbência, por força da exceção de pré-executividade, pressupõe extinção total ou parcial da execução, não incidindo quando há prosseguimento da execução fiscal, com possibilidade de interposição de embargos à execução.

2. A exceção de pré-executividade rejeitada não impõe ao excipiente condenação em ônus sucumbenciais (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 999.417/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01.04.2008, DJ 16.04.2008; REsp 818.885/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.03.2008, DJ 25.03.2008; EDcl no REsp 698.026/CE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15.12.2005, DJ 06.02.2006; e AgRg no Ag 489.915/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 02.03.2004, DJ 10.05.2004).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1259216/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/08/2010)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. VERBA HONORÁRIA INDEVIDA. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

- A teor do disposto no art. 1.022 do NCPC (art. 535 do CPC de 1973) somente têm cabimento os embargos de declaração nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

- O v. Acórdão embargado não se ressente de quaisquer desses vícios. Da simples leitura do julgado verifica-se que foram abordadas todas as questões debatidas pelas partes. No mais, resulta que pretende a parte embargante rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos.

- Desconstituir os fundamentos da decisão embargada implicaria, in casu, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

- Inexiste omissão em torno dos honorários advocatícios, pois, verificada a rejeição da exceção de pré-executividade, como ocorre na hipótese dos autos, a verba honorária será fixada somente no término do processo de execução fiscal.

- Considerando o enunciado nº 7 do Plenário do C. Superior Tribunal de Justiça, sessão de 09 de março de 2016, não há condenação em honorários recursais.

- Embargos de declaração rejeitados.”

(Apelação Cível 0001268-89.2013.4.03.9999, Rel. Des. Fed. Mônica Nobre, 4ª Turma, j. 15/03/2017, e-DJF3 27/03/2017)

Insta esclarecer que o acórdão recorrido, ao negar provimento ao agravo de instrumento do ora embargante, não reformou a decisão interlocutória no que tange à condenação em honorários advocatícios, pelo reconhecimento da precisão das mencionadas CDAs, não obstante tenha expressado o descabimento da imputação.

Como a referida condenação em honorários (referentes ao acolhimento parcial da exceção de pré-executividade que reconheceu a prescrição parcial das CDAs cobradas) não era objeto do agravo de instrumento, tem cabimento o acolhimento dos presentes aclaratórios, para excluir a aludida menção, restando o acórdão impugnado nestes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - DISTRATO - FASE DO PROCEDIMENTO DE DISSOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO - REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO SÓCIO-ADMINISTRADOR – AGRAVO IMPROVIDO.

1. O registro do distrato social perante a Junta Comercial constitui mera fase do procedimento de dissolução da pessoa jurídica, sendo imprescindível a prévia realização do ativo e pagamento do passivo para fins de extinção da personalidade jurídica das microempresas, a teor do que estabelece o art. 9º, caput, da Lei Complementar nº 123/06, justificando, dessarte, o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-administrador, caso não ocorra o pagamento dos tributos devidos.

2. Agravo de instrumento improvido.

Por fim, como as demais questões invocadas (ocorrência da preclusão, da extinção parcial da execução fiscal e do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça sobre a condenação em honorários sucumbenciais, quando da extinção parcial ou total da execução fiscal) não foram inicialmente invocadas nas razões recursais, despendiend a qualquer deliberação neste momento processual.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração, nos termos supra.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS- ACOLHIMENTO PARCIAL DA EXCEÇÃO – QUESTÃO NÃO DEVOLVIDA - EMBARGOS ACOLHIDOS.

1.O agravo de instrumento foi interposto pelo ora embargante EDSON OSVALDO TOMBA em face de decisão que, em execução fiscal, acolheu parcialmente a exceção de pré-executividade oposta para reconhecer a ocorrência de prescrição em relação aos débitos constantes das CDAs nºs 80.4.04.071139-43 e 80.6.04.103608-53, como constou no relatório. Assim, a condenação da União Federal em honorários advocatícios, em razão da extinção parcial da execução fiscal pelo reconhecimento da prescrição, não foi objeto do agravo de instrumento, sob pena de implicar a *reformatio in pejus*.

2.O acórdão recorrido, ao negar provimento ao agravo de instrumento do ora embargante, não reformou a decisão interlocutória no que tange à condenação em honorários advocatícios, pelo reconhecimento da precisão das mencionadas CDAs, não obstante tenha expressado o descabimento da imputação.

3.Como a referida condenação em honorários (referentes ao acolhimento parcial da exceção de pré-executividade que reconheceu a prescrição parcial das CDAs cobradas) não era objeto do agravo de instrumento, tem cabimento o acolhimento dos presentes aclaratórios, para excluir a aludida menção, restando o acórdão impugnado nestes termos: **AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - DISTRATO - FASE DO PROCEDIMENTO DE DISSOLUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA - AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO - REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO SÓCIO-ADMINISTRADOR – AGRAVO IMPROVIDO.** 1. O registro do distrato social perante a Junta Comercial constitui mera fase do procedimento de dissolução da pessoa jurídica, sendo imprescindível a prévia realização do ativo e pagamento do passivo para fins de extinção da personalidade jurídica das microempresas, a teor do que estabelece o art. 9º, caput, da Lei Complementar nº 123/06, justificando, dessarte, o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio-administrador, caso não ocorra o pagamento dos tributos devidos. 2. Agravo de instrumento improvido.

4.Como as demais questões invocadas (ocorrência da preclusão, da extinção parcial da execução fiscal e do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça sobre a condenação em honorários sucumbenciais, quando da extinção parcial ou total da execução fiscal) não foram inicialmente invocadas nas razões recursais, despendiend a qualquer deliberação neste momento processual.

5. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019674-91.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ROBERTO OLIVEIRA DE LIMA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, JOSE EDSON CARREIRO - SP139473-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

APELADO: DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PESSOAS FÍSICAS - DERPF/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019674-91.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ROBERTO OLIVEIRA DE LIMA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, JOSE EDSON CARREIRO - SP139473-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

APELADO: DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PESSOAS FÍSICAS - DERPF/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração interpostos contra acórdão proferido nestes autos e cuja ementa tem o seguinte teor:

TRIBUTÁRIO. IRPF. INCIDÊNCIA. "INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE CONFIDENCIALIDADE E DE NÃO FAZER CONCORRÊNCIA - NONS COMPETE AGREEMENT". INDENIZAÇÃO POR LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. NATUREZA REMUNERATÓRIA.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.102.575/MG, da Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu que incide o Imposto de Renda sobre as gratificações pagas voluntariamente pelos empregadores em decorrência da quebra do contrato de trabalho.

2. Dentro da definição de verbas pagas por mera liberalidade se enquadram as recebidas por ocasião da quebra do contrato de trabalho, a título de acordo de confidencialidade, ainda que paga sob a rubrica de indenização. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Apelação a que se nega provimento.

Sustenta o embargante que o "decisum" incorreu em duas omissões, sendo a primeira consistente na utilização de jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça que determina a incidência do Imposto de Renda sobre as verbas pagas por mera liberalidade do empregador quando da rescisão do contrato de trabalho (Resp. 1.112.745 e de julgados no Resp. 1.102.575, ambos analisados sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil de 2015), porém teria deixado de analisar a peculiaridade da verba tratada no presente feito, posto que esta seria indenização necessária para que o embargante não exercesse a mesma atividade profissional e a segunda omissão refere-se ao fato de que o *decisum* não teria analisado a alegação, contida na apelação, de que a verba recebida não está no âmbito de incidência do artigo 153, III, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Tributário Nacional, uma vez que possui caráter indenizatório. Por outro lado, alegou que o Acórdão incidiu em obscuridade, pois indicou que a matéria referente a incidência do Imposto de Renda sobre verbas pagas por mera liberalidade do empregador na rescisão do contrato de trabalho estaria consolidada no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, contudo a questão da natureza da verba ainda é analisada por aquela Corte, no âmbito do REsp nº 1.679.495/SP. Por fim, pretende o prequestionamento da citada matéria.

Pede o acolhimento dos embargos a fim de que sejam sanados os vícios apontados.

É o relatório

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019674-91.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ROBERTO OLIVEIRA DE LIMA

Advogados do(a) APELANTE: CLAUDIA DE CASTRO CALLI - SP141206-A, JOSE EDSON CARREIRO - SP139473-A, RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A

APELADO: DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE PESSOAS FÍSICAS - DERPF/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não existem, em qualquer hipótese, as duas omissões apontadas pelo embargante, bem como a contradição, uma vez que o voto condutor enfrentou diretamente toda a matéria, conforme se verifica abaixo:

Em relação a alegada primeira omissão, observo que esta não prospera, pois Jurisprudência do egrégio STJ utilizada pelo Voto condutor, referente as verbas pagas por mera liberalidade do empregador na rescisão do contrato de trabalho, ilustram o entendimento daquela Corte sobre a matéria. Contudo, o *decisum* assinalou que a presente demanda versava sobre verba recebida em decorrência de "instrumento particular de constituição de obrigação de confidencialidade e de não fazer concorrência - NONS COMPETE AGREEMENT", ou seja, uma verba paga pelo empregador por mera liberalidade e não em decorrência das normas trabalhistas, possuindo, portanto, natureza remuneratória, afigurando-se legítima a incidência tributária.

Por sua vez, no que se refere a alegada segunda omissão, assevero que esta não pode ser acolhida, pois conforme constou do Voto condutor e do Acórdão, a verba recebida pelo embargante decorreu de "instrumento particular de constituição de obrigação de confidencialidade e de não fazer concorrência - NONS COMPETE AGREEMENT", logo esta foi paga pelo empregador por mera liberalidade, ocasionando com isso o seu caráter remuneratório, fato que determinou a incidência do artigo 153, III, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, a alegação do embargante de que o Acórdão teria incidido em obscuridade, pois indicou como consolidada no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça matéria referente a incidência do Imposto de Renda sobre verbas pagas por mera liberalidade do empregador na rescisão do contrato de trabalho, observo que tal também não prospera, pois o Voto e Acórdão refletiram o entendimento majoritário, na época, sobre a matéria no egrégio Superior Tribunal de Justiça, sendo que o REsp nº 1.679.495/SP foi julgado no mesmo sentido.

Portanto, há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção do embargante de apenas prequestionar os citados dispositivos legais, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante a petição inicial e dos documentos acostados a esta.

Ante o exposto, não contendo o acórdão embargado qualquer omissão ou contradição, conheço, mas rejeito os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÕES – CONTRADIÇÃO – INEXISTÊNCIA – REJEIÇÃO.

1. Não existem, em qualquer hipótese, as duas omissões apontadas pelo embargante, bem como a contradição, uma vez que o voto condutor enfrentou diretamente toda a matéria.
2. Em relação a alegada primeira omissão, observo que a Jurisprudência do egrégio STJ utilizada pelo Voto condutor, referente as verbas pagas por mera liberalidade do empregador na rescisão do contrato de trabalho, ilustram o entendimento daquela Corte sobre a matéria. Contudo, o *decisum* assinalou que a presente demanda versava sobre verba recebida em decorrência de “instrumento particular de constituição de obrigação de confidencialidade e de não fazer concorrência - NONS COMPETE AGREEMENT”, ou seja, uma verba paga pelo empregador por mera liberalidade e não em decorrência das normas trabalhistas, possuindo, portanto, natureza remuneratória, afigurando-se legítima a incidência tributária.
3. No que se refere a alegada segunda omissão, assevero que conforme constou do Voto condutor e do Acórdão, que a verba recebida pelo embargante decorreu de “instrumento particular de constituição de obrigação de confidencialidade e de não fazer concorrência - NONS COMPETE AGREEMENT”, logo esta foi paga pelo empregador por mera liberalidade, ocasionando com isso o seu caráter remuneratório, fato que determinou a incidência do artigo 153, III, da Constituição Federal e do artigo 43 do Código Tributário Nacional.
4. A alegação do embargante de que o Acórdão teria incidido em obscuridade, pois indicou como consolidada, no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça, matéria referente a incidência do Imposto de Renda sobre verbas pagas por mera liberalidade do empregador na rescisão do contrato de trabalho, observo que tal também não prospera, pois o Voto e Acórdão apenas refletiram o entendimento majoritário, na época, sobre a matéria no egrégio STJ, sendo que o REsp nº 1.679.495/SP foi julgado no mesmo sentido.
5. Há de se destacar que nos presentes embargos, na melhor das hipóteses, haveria intenção do embargante de apenas prequestionar os citados dispositivos legais, a fim de lhe abrir a via especial ou extraordinária, contudo o acórdão examinou a questão conforme o pedido constante a petição inicial e dos documentos acostados a esta.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000967-60.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LA PRIMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE PEREZ DE OLIVEIRA - RJ109741-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000967-60.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LA PRIMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE PEREZ DE OLIVEIRA - RJ109741-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO DA NOTA FISCAL DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. VIGENTE NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.
2. O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral.
3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente desta E. Terceira Turma.
4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação da União neste aspecto.
5. A impetrante foi intimada a trazer aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos que pretende a restituição, pois o C. STJ, no julgamento do Resp 1.111.164/BA, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.
6. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.
7. Nestes autos, pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, fato comprovado com os documentos juntados com a inicial.
8. A compensação deverá ser realizada administrativamente nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, conforme decidido no Resp nº 1.137.738/SP.
9. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.
10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de contradição no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o efetivamente recolhido.

Intimada, a embargada não se manifestou.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000967-60.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LA PRIMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE PEREZ DE OLIVEIRA - RJ109741-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que *"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"* (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. **No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.**

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002827-56.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ABH TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILSON NUNES DE OLIVEIRA - RS68827-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002827-56.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ABH TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILSON NUNES DE OLIVEIRA - RS68827-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 89915299) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 07/12/2018, a empresa ABH TRANSPORTES LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Araçatuba/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 50.000,00. Com a inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, modificando-se o valor da causa para R\$ 33.505,27 (ID 89915272).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 89915285).

O órgão do Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 89915288).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 89915289).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 89915305).

O *Parquet* protestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 107374897).

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002827-56.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ABH TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILSON NUNES DE OLIVEIRA - RS68827-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do R/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR – tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia esbanja qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta, inclusive, o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de apelação, para "readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS", dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PE é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **07/12/2018** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em elatada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e*
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 07/12/2018.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006904-38.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JOSE CARLOS MARQUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUDICINEIA CORDEIRO DOS SANTOS - SP369150-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006904-38.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JOSE CARLOS MARQUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUDICINEIA CORDEIRO DOS SANTOS - SP369150-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **JOSÉ CARLOS MARQUES** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO do INSS CEAP (CENTRAL ESPECIALIZADA DE ALTA PERFORMANCE)**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para o julgamento de seu pedido administrativo de aposentadoria por idade, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Aduziu o impetrante que protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por idade, em 27/03/2019, sob o nº NB 1917555404, com a entrega de documentos pertinentes, em 10/07/2019, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto nos artigos 48, 49 e § 1º do 50 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal, bem assim o do artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, que dispõe que o primeiro pagamento do benefício será efetuado em até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão. Sustentou, em síntese, violação aos artigos 48, 49 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99 e artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91. Reforçou o caráter alimentar da demanda e sua condição de idoso. Por fim, requereu a fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 123078307).

Redistribuído o processo com fundamento em razões de competência (Id 123078318).

Requeru o impetrante a extinção do feito, à vista de manifestação do INSS solicitando ao autor carta de exigência (Id 123078322).

Indeferida a liminar. Concedido os benefícios da Justiça Gratuita (Id 123078328).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 123078328).

Informou a autoridade impetrada aguardar o cumprimento da carta de exigência, emitida, em 15/09/2019, para o prosseguimento do requerimento de aposentadoria por idade do impetrante (Id 123078332).

O MPF manifestou-se no sentido da extinção do feito, sem análise do mérito, com fulcro no artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil, considerada a desistência do impetrante (Id 123078335).

O juízo de origem concedeu a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar que o INSS concluisse o processo de concessão/revisão do benefício requerido, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da notificação. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula 105 do Superior Tribunal de Justiça. Sem condenação ao pagamento de custas, em face da isenção de que goza o ente público. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição nos termos do art. 14, §1º, Lei nº 12.016/20 (Id 123078336).

Noticiou a Autarquia Previdenciária a análise e indeferimento do benefício, em 09/11/2019 (Id 123078344).

Opinou o Ministério Público Federal pelo desprovemento da remessa oficial (Id 123782820).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 123956859).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006904-38.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JOSE CARLOS MARQUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LUDICINEIA CORDEIRO DOS SANTOS - SP369150-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como o escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por idade, formulado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante protocolizou requerimento administrativo de benefício de aposentadoria por idade, em 27/03/2019, sob o nº NB 1917555404, coma entrega de documentos pertinentes, em 10/07/2019, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a segurança no âmbito da sentença para determinar que a autoridade impetrada concluisse o processo administrativo, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (Id 123078336), informou a Autarquia Previdenciária a análise e indeferimento do benefício, em 09/11/2019 (Id 123078344).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002897-60.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HB SOLUCOES EMAR COMPRIMIDO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MARCIO PEREIRA DA SILVA - SP265588-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002897-60.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HB SOLUCOES EMAR COMPRIMIDO EIRELI

Advogado do(a) APELADO: MARCIO PEREIRA DA SILVA - SP265588-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 108024576) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 27/02/2019, a empresa HB SOLUÇÕES EMAR COMPRIMIDO EIRELI impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, modificando-se o valor da causa para R\$ 1.000,00 (ID 108024556).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 108024567).

O órgão do Ministério Público Federal se manifestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 108024569).

Sobreveio sentença que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito da impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 108024570).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Sustenta, ainda, a impossibilidade de restituição administrativa do indébito, bem como a necessidade de se impor limites ao direito de compensação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 108024580).

O *Parquet* deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 125055354).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002897-60.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HB SOLUCOES EM AR COMPRIMIDO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: MARCIO PEREIRA DA SILVA - SP265588-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, não conheço da apelação do que tange à discussão envolvendo a impossibilidade de restituição administrativa dos valores indevidamente recolhidos, pois tal matéria não foi objeto do mandado de segurança.

Ainda, em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÂRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exceções em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF 3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se desprende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Quanto à possibilidade de compensação dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, não formulou pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença *a quo* julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja apenas declarada indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Ante o exposto, não conheço de parte da apelação e, na parte conhecida, nego-lhe provimento e dou parcial provimento à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO.

1. Apelação não conhecida que tange a discussão envolvendo a inviabilidade de restituição administrativa dos valores indevidamente recolhidos, pois tal matéria não foi objeto do mandado de segurança.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. A impetrante não formulou pleito de compensação na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja apenas declarada indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.
7. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
8. Apelação não provida na parte em que conhecida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte da apelação e, na parte conhecida, negou-lhe provimento e deu parcial provimento à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001927-79.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: ARLETE MASSUCATO ZANON

JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ALEX RAMOS OLIVEIRA RAMIREZ - SP374362-A, ARISMARAMORIM JUNIOR - SP161990-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001927-79.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: ARLETE MASSUCATO ZANON
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: ALEX RAMOS OLIVEIRA RAMIREZ - SP374362-A, ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **ARLETE MASSUCATO ZANON** em face do **GERENTE DA AGÊNCIA DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL DE SANTO ANDRÉ/SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para que a autoridade coatora analise o pedido de aposentadoria da impetrante, de forma fundamentada, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, para a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Narrou a impetrante que protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, em 14/11/2018, sob nº 1323690565, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal. Sustentou, em síntese, violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, segurança jurídica e interesse público (artigo 37, *caput*, da CF/88 e artigo 2º da Lei 9.784/99). Por fim, requereu a fixação de multa diária de R\$ 1.000,00 e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 69839441).

Liminar indeferida. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 69839450).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 69839454).

Parecer do MPF pelo regular prosseguimento do feito, à vista da inexistência de interesse que justifique a manifestação do *Parquet* (Id 69839458).

O juízo de origem, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgou procedente o pedido e concedeu a segurança em definitivo, para reconhecer a omissão administrativa e declarar o direito da impetrante de ver processado o pedido de concessão de aposentadoria por idade NB 132.369.056-5, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da intimação. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Custas na forma da lei. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º e 3º, da Lei 12.016/09 (Id 69839459).

Manifestou o INSS a ausência de interesse em recorrer (Id 69839464).

Informou a Autarquia que o requerimento administrativo foi analisado em 23/05/2019 com emissão de carta de exigência ao interessado (Id 69839466).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 82796435).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 122945224).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001927-79.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: ARLETE MASSUCATO ZANON
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTO ANDRÉ/SP - 3ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: ALEX RAMOS OLIVEIRA RAMIREZ - SP374362-A, ARISMAR AMORIM JUNIOR - SP161990-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, formulado pela impetrante.

No caso, constata-se que a impetrante protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, em 14/11/2018, sob nº 1323690565, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a segurança no âmbito da sentença para reconhecer a omissão administrativa e declarar o direito da impetrante de ver processado o pedido de concessão de aposentadoria por idade NB 132.369.056-5, no prazo de 15 (quinze) dias (Id 69839459), informou a Autarquia que o requerimento administrativo foi analisado em 23/05/2019 com emissão de carta de exigência ao interessado (Id 69839466).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Constata-se, *in casu*, que, protocolado requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição pelo impetrante, em 14/11/2018, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, mormente considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.
2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).
4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.
5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.
6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.
7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.
8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.
9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.
10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.
2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.
3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.
4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Protocolado requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição pelo impetrante, em 14/11/2018, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, momento considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003867-98.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ZF DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003867-98.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ZF DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 4206465 e remessa oficial em face do *decisum* que julgou o feito parcialmente procedente.

No dia 27/11/2017, a empresa ZF DO BRASIL LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba/SP, objetivando, em suma, a inclusão dos débitos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), relativos aos períodos de 2010 e 2011, no programa de parcelamento da Lei nº 12.996/14 (REFIS DA COPA), formalizado nos autos do PA nº 16020.720003/2017-11, sem se sujeitar à exigência estabelecida no artigo 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14, por se tratar de mera formalidade, com a consequente extinção pelo quitação do parcelamento, possibilitando a emissão de certidão de regularidade fiscal. Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00. Com a inicial, foram acostados documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 4206434).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 4206440).

Sobreveio sentença que julgou o pedido parcialmente procedente e concedeu a segurança "para o fim de garantir, desde que atendidos os demais requisitos legais, a critério da Receita Federal, o direito da impetrante de ter incluídos os débitos do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), referente aos períodos de 2010 e 2011, no programa de parcelamento da Lei n. 12.996/2014 (REFIS DA COPA), formalizado nos autos do PA n. 10855.723.123/2015-18, sem se sujeitar ao prazo previsto para a exigência estabelecida do artigo 6º-A da IN 1491/14, possibilitando a emissão de certidão de regularidade fiscal" (ID 4206455).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma do acórdão, em razão da impossibilidade de relativização das regras que disciplinam o procedimento previsto no parcelamento especial, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Opostos declaratórios (ID 4206467), foram acolhidos apenas para retificar erro material consistente na numeração correta do Processo Administrativo - PA nº 16020.720003/2017-11 (ID 4206470).

A União ratificou suas razões recursais (ID 4206474).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 4206476).

O *Parquet* opina pelo regular prosseguimento do feito (ID 6551146).

É o relatório.

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003867-98.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ZF DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A controvérsia recursal cinge-se à possibilidade de inclusão pela parte impetrante dos débitos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no programa de parcelamento da Lei nº 12.996/14 (REFIS DA COPA), sem se sujeitar à exigência estabelecida no artigo 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14.

De forma sucinta, a impetrante sustenta que, com o advento da Lei nº 12.996/14 (REFIS DA COPA), aderiu ao parcelamento de que trata referido diploma, visando quitar os débitos controlados no âmbito do Processo Administrativo nº 16020.720003/2017-11. Aponta para a ocorrência de mera irregularidade formal e inexistência de prejuízo material ao Fisco, para fundamentar seu pedido de inclusão no aludido parcelamento, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em cobrança.

Em suas razões recursais, a União combate o mérito da sentença *a quo*, informando que a exigência contida no art. 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14 deve ser reputada hígida e válida para o caso concreto, sob pena de ferir-se o princípio da isonomia.

A despeito dos argumentos apresentados pela Fazenda Nacional, não merece reparos a sentença recorrida. Não há que se impor formalidade em detrimento do cumprimento integral de elementos materiais que importaram no regular pagamento do parcelamento. De fato, a adesão ao parcelamento ocorreu em 11/08/2014 (documento 4206356 da petição inicial). Apenas nove dias depois foi instituída obrigação acessória, através da IN/RFB nº 1.491/14, publicada no DOU de 20/08/2014, entrando em vigor na data da publicação.

A obrigação acessória prevista no art. 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14, de informar à Receita Federal, por meio de formulário próprio, os valores devidos e que seriam constituídos por lançamento de ofício no procedimento fiscal, não foi implementada dentro do prazo de 15 dias, prazo exíguo diga-se de passagem, **mas no momento da consolidação do débito, em 25/09/2015, consoante discriminação de débitos a parcelar – DIPAR (ID 4206359)**. A irregularidade da forma utilizada não pode prevalecer para fins de exclusão do contribuinte do parcelamento, eis que atingida, como visto, a finalidade do ato.

Com efeito, a ocorrência de meros erros formais não pode implicar em sanção desproporcional e irrazoável ao contribuinte, principalmente porque o escopo dos programas de parcelamento é justamente a regularização dos débitos fiscais, sendo que *in casu* a impetrante estava em dia com suas obrigações.

Neste sentido, já decidiu esta Corte, conforme arestos que trago à colação:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. LEI Nº 13.496/2017. AUSÊNCIA DAS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO PARCELAMENTO DENTRO DO PRAZO ESTABELECIDO. IMPRECISÃO FORMAL. PELO NÃO PROVIMENTO DA APELAÇÃO E DA REMESSA OFICIAL

I - Em linhas gerais, o impetrante sustenta que, com o advento da lei 13.496/2017, aderiu ao parcelamento de que trata referida lei, visando quitar os débitos controlados no Processo Administrativo 10437.720.473/2017-15, tendo efetuado o pagamento das parcelas mensais, bem como o pagamento do saldo remanescente à vista com as reduções legais, dando integral cumprimento ao parcelamento, em janeiro de 2018. Todavia, aduz que não atentou para o prazo de consolidação, deixando de efetuar-la, razão pela qual foi excluído do parcelamento. Escorrendo-se na inexistência de prejuízo material ao Fisco, resultando em mera irregularidade formal, a parte impetrante pede sua inclusão no referido parcelamento, bem como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em cobrança.

II - Com as informações prestadas nestes autos, a autoridade impetrada combate o mérito da impetração, informando também que, caso o impetrante tivesse cumprido os requisitos legais necessários à consolidação, os débitos em cobrança no processo 10437.420.473/2017-15 estariam quitados. Logo, pelo relatado nos autos e conforme fundamentação da r. sentença, há apenas imprecisão formal nas providências da parte-impetrante, e não irregularidade material (notadamente quanto ao pagamento dos débitos incluídos no parcelamento, os quais foram pagos integralmente, conforme informado pela autoridade impetrada).

III - Desta forma, não há que se impor formalidade em detrimento do cumprimento integral de elementos materiais que importaram no regular pagamento das parcelas do parcelamento. Se houve a perda de prazo para inclusão dos débitos, na fase de consolidação, não é providência irrelevante, mas não pode impor exclusão do contribuinte do parcelamento, mormente quando efetuado o pagamento integral dos débitos parcelados.

IV - Apelação e Remessa Oficial não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5003258-77.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPEDIMENTO DA ADESÃO AO PERT. IMPOSSIBILIDADE. MERO ATRASO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A apelante cometeu um erro ao realizar os procedimentos para adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária - PERT, cumprindo em atraso o último dever formal para adesão ao referido programa. Entretanto, embora com atraso, não deixou de cumprir a referida obrigação.

2. De fato, ainda que a apelante tenha cumprido com atraso a obrigação acessória do artigo 2º da Portaria PGFN nº 1.207/17, não se afigura razoável o impedimento da adesão ao PERT quando todas as demais formalidades foram cumpridas rigorosa e tempestivamente.

3. O princípio da proporcionalidade, apesar de não estar explícito expressamente na Constituição Federal, é um dos valores mais caros ao ordenamento jurídico pátrio. Admitir-se a negativa de adesão ao PERT apenas por atraso no cumprimento de uma obrigação acessória consistiria em violação ao referido princípio.

4. Isso porque a manutenção da negativa implica em impedir o acesso da apelante à Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, criando óbice à sua eventual participação em licitações e contratos com a Administração Pública, prejudicando, em última instância, a função social da empresa. Não se revela proporcional nem razoável prejudicar a atividade empresarial por mero atraso de uma das formalidades exigidas para adesão ao PERT.

5. Ademais, resta evidenciada a boa-fé da apelante, bem como a ausência de prejuízo ao erário, motivo pelo qual se revela desarrazoada a negativa de adesão ao PERT levada a cabo pela autoridade coatora.

6. Apelação provida para julgar procedente o pedido e conceder a segurança para determinar a anulação do DESPACHO/PSFN/JUNDI/VSM nº 44/2018 e declarar ao apelante à adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária - PERT, nos termos do artigo 3º, inciso II, alínea "a" e parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 13.496/17, para propiciar a liquidação dos débitos objetos da CDA nº 12.655.939-2 mediante compensação de prejuízos fiscais e base negativa de CSLL.

(TRF 3ª Região, 1ª Turma, ApCív - APELAÇÃO CÍVEL - 5001761-75.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal WILSON ZAUHY FILHO, julgado em 12/03/2020, Intimação via sistema DATA: 13/03/2020)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. CONSOLIDAÇÃO. ATRASO NO PAGAMENTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A UNIÃO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Trata-se de mandado de segurança objetivando a consolidação de parcelamento instituído pela Lei nº 12.996/14.

2. A consolidação não foi efetivada, com fundamento no art. 8º da Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1064/2015, considerando que a ora apelada efetuou o pagamento correspondente em 27.10.2015, após o prazo fatal de 23.10.2015.

3. O atraso no pagamento refere-se à penúltima parcela, limitou-se a 2 (dois) dias úteis e não ultrapassou o último dia útil do mês, não se verificando, dessa forma, nenhum prejuízo para a União.

4. A não consolidação do parcelamento pelo atraso de apenas dois dias no pagamento de uma única parcela, a demonstrar a boa-fé e a intenção de quitar as pendências junto ao Fisco, revela excessivo formalismo e violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes desta Corte.

5. Apelação e remessa necessária tida por interposta não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0012884-10.2016.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 02/01/2020)

No mesmo sentido, o entendimento externado pelo e. STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. LEI 12.996/2014. REFIS DA COPA. EQUÍVOCO DO CONTRIBUINTE QUANTO À MODALIDADE ELEITA. REINCLUSÃO DOS DÉBITOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu ser possível a inclusão dos débitos da recorrida no programa de parcelamento da Lei 12.996/2014 (REFIS da Copa), ante a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto o simples erro de preenchimento relativo à modalidade dos débitos importou excesso de formalismo.

2. Tendo a Corte local asseverado ser possível a aplicação, in casu, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo se levados em consideração a finalidade do programa de recuperação fiscal e os demais aspectos da demanda, rever a sua conclusão requer revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos.

3. A análise dessa questão demanda o reexame de fatos e provas, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1670833/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 12/09/2017)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. LEI Nº 12.996/2014 (REFIS DA COPA). OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PREVISTA NO ART. 6º-A DA IN/RFB Nº 1491/14. CUMPRIMENTO NO MOMENTO DA CONSOLIDAÇÃO DO DÉBITO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. A controvérsia recursal cinge-se à possibilidade de inclusão pela parte impetrante dos débitos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no programa de parcelamento da Lei nº 12.996/14 (REFIS DA COPA), semse sujeitar à exigência estabelecida no artigo 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14.

2. A obrigação acessória prevista no art. 6º-A da IN/RFB nº 1.491/14, de informar à Receita Federal, por meio de formulário próprio, os valores devidos e que seriam constituídos por lançamento de ofício no procedimento fiscal, não foi implementada dentro do prazo de 15 dias, prazo exíguo diga-se de passagem, **mas no momento da consolidação do débito, em 25/09/2015, consoante discriminação de débitos a parcelar – DIPAR (ID 4206359)**. A irregularidade da forma utilizada não pode prevalecer para fins de exclusão do contribuinte do parcelamento, eis que atingida, como visto, a finalidade do ato.

3. A ocorrência de meros erros formais não pode implicar em sanção desproporcional e irrazoável ao contribuinte, principalmente porque o escopo dos programas de parcelamento é justamente a regularização dos débitos fiscais, sendo que *in casu* a impetrante estava em dia com suas obrigações.

4. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024106-56.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JOSÉ ROBERTO FERREIRA MARTINS

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS RIBEIRO VENTURI CALDAS - SP123481-A, ANDRE PACINI GRASSIOTTO - SP287387-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024106-56.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: JOSÉ ROBERTO FERREIRA MARTINS

Advogados do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS RIBEIRO VENTURI CALDAS - SP123481-A, ANDRE PACINI GRASSIOTTO - SP287387-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por José Roberto Ferreira Martins, em 14 de novembro de 2017, contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Dourados/MS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que determine o cancelamento do crédito tributário, referente às diferenças de ITR do exercício de 2002, proveniente do Processo Administrativo nº 10880-721.250/2006-76. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais). Corra inicial, acostou documentos.

O impetrante alega, em síntese, ter efetuado a averbação da área de reserva legal junto ao Registro de Imóveis competente, bem assim que o fato de referido registro datar do ano de 2004 não afasta o seu direito à isenção.

Indeferida a liminar vindicada (ID 11096448).

A União (Fazenda Nacional) requereu o ingresso no feito, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 (ID 11096453).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 11096457).

O Ministério Público Federal opinou pela não intervenção no feito (ID 11096459).

Foi proferida sentença de improcedência do pedido (ID 11096465), denegando a segurança pleiteada, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem condenação em honorários, com base nas Súmulas 512 do STF e 105 do STJ. Custas *ex lege*. Decisão não submetida ao reexame necessário.

Irresignado, apelou o impetrante (ID 11096469), tempestivamente, pugrando pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 11096476), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (ID 23992598).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5024106-56.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: JOSÉ ROBERTO FERREIRA MARTINS
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ CARLOS RIBEIRO VENTURI CALDAS - SP123481-A, ANDRE PACINI GRASSIOTTO - SP287387-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 9.393/96 preconiza que “o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano” (art. 1º, *caput*), bem assim que, para efeitos de apuração do referido imposto, não se considera área tributável a área de reserva legal (art. 10, §1º, II, “a”).

Por seu turno, o c. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade da averbação da área de reserva legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para a fruição da isenção relativa ao ITR prevista no artigo 10, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.393/96. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ITR. ÁREA DE RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. AGRADO INTERNO DA FAZENDA CONDADO S.A. A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É assente nesta Corte de Justiça ser imprescindível a averbação da área de reserva legal no registro do imóvel para gozo do benefício fiscal do ITR. Precedentes: REsp. 1.668.718/SE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13.9.2017; AgInt no AREsp. 666.122/RN, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 10.10.2016 e AgRg no REsp. 1.429.300/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 25.6.2015.

2. Agravo Interno da Fazenda Condado S.A. a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1611167/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 26/03/2019)

No mesmo sentido, o precedente desta Turma:

TRIBUTÁRIO. ITR. AVERBAÇÃO DA ÁREA DE RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. OBRIGATORIEDADE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA. CABIMENTO. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA NO VALOR DE 75% INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto por José Carlos Costa Marques Bumlai em face de sentença de improcedência, em demanda ajuizada para obter a anulação do auto de infração nº 0145200/60074/01, referente a Imposto sobre a Propriedade Rural, ITR suplementar (ano-calendário 1997), relativo à Fazenda São Fernando, em Corumbá/MS, em razão da inexistência de averbação à margem da matrícula do imóvel, das áreas de reserva legal.

2. Diversamente do que ocorre com as áreas de preservação permanente, cuja localização se dá mediante referências topográficas e a olho nu, a fixação do perímetro da reserva legal carece de prévia delimitação pelo proprietário, pois, em tese, pode ser situada em qualquer ponto do imóvel.

3. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp nº 1.027.051 (Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 21.10.2013), sedimentou o entendimento de que, ao contrário do que sucede em relação às áreas de preservação permanente, cuja instituição decorre de disposição legal, a delimitação da área de reserva legal exige prévio registro junto ao Poder Público, uma vez que o ato de averbação da reserva legal na matrícula do imóvel revela natureza constitutiva e não apenas declaratória, para fins tributários.

4. Finalmente, não há que se falar em caráter confiscatório em relação à multa punitiva no valor de 75% do valor do tributo. Trata-se do caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da administração tributária.

5. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2157281 - 0008041-27.2010.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 03/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/04/2019)

Com efeito, sem a devida averbação da área de reserva legal, que visa a identificação da área protegida, não é possível reconhecer a sua regularidade e, conseqüentemente, o direito à isenção tributária respectiva.

No caso vertente, a área de reserva legal foi averbada na matrícula do imóvel tão somente em 4 de março de 2004 (ID 11064979 – pág. 3), sendo que o crédito tributário, cujo cancelamento se pleiteia, refere-se ao exercício de 2002.

Válida, pois, a cobrança de ITR em relação à área de reserva legal não averbada na matrícula do imóvel à época da ocorrência do fato gerador.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

Sem condenação em verba honorária, a teor das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal, bem como do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE TERRITORIAL RURAL - ITR. ÁREA DE RESERVA LEGAL. ISENÇÃO. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO PRÉVIA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL.

1. A Lei nº 9.393/96 preconiza que “o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, de apuração anual, tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel por natureza, localizado fora da zona urbana do município, em 1º de janeiro de cada ano” (art. 1º, *caput*), bem assim que, para efeitos de apuração do referido imposto, não se considera área tributável a área de reserva legal (art. 10, §1º, II, “a”).

2. O c. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade da averbação da área de reserva legal à margem da inscrição da matrícula do imóvel junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, para a fruição da isenção relativa ao ITR prevista no artigo 10, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.393/96.

3. Sem a devida averbação da área de reserva legal, que visa a identificação da área protegida, não é possível reconhecer a sua regularidade e, conseqüentemente, o direito à isenção tributária respectiva.

4. No caso vertente, a área de reserva legal foi averbada na matrícula do imóvel tão somente em 4 de março de 2004, sendo que o crédito tributário, cujo cancelamento se pleiteia, refere-se ao exercício de 2002.

5. Válida, pois, a cobrança de ITR em relação à área de reserva legal não averbada na matrícula do imóvel à época da ocorrência do fato gerador.

6. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008058-91.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SISTEMAS DE SERVICOS R.B. QUALITY COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, RENAN CESAR PINTO PERES - SP367808-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, IRIS DE ALMEIDA - SP420592-A, MAYARA LUZIA LUCIANO - SP396365-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008058-91.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SISTEMAS DE SERVICOS R.B. QUALITY COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, RENAN CESAR PINTO PERES - SP367808-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, IRIS DE ALMEIDA - SP420592-A, MAYARA LUZIA LUCIANO - SP396365-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 126310520) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 28/10/2019, a empresa SISTEMAS DE SERVIÇOS R.B. QUALITY COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Guarulhos/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 126310506).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 126310511).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 126310516).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Subsidiariamente, pugna pela necessidade de impor limites ao direito de compensação. Postula, ainda, pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126310525).

O *Parquet* opina pelo regular prosseguimento do feito (ID 128492089).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008058-91.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SISTEMAS DE SERVICOS R.B. QUALITY COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCELO MORENO DA SILVEIRA - SP160884-A, RENAN CESAR PINTO PERES - SP367808-A, VAGNER RUMACHELLA - SP125900-A, ILDA DAS GRACAS NOGUEIRA MARQUES - SP121409-A, IRIS DE ALMEIDA - SP420592-A, MAYARA LUZIA LUCIANO - SP396365-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistematização da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.344-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE 574.706/PR - tema 69**, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exceções em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento stufgrado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Carmen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS."

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconhecimento do direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 28/10/2019 e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaca que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à proposição da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Nessa toada, registre-se que a concessão da segurança não significa a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, apenas, reiterar-se, a declaração do direito de compensação a que faz jus a impetrante. A esse respeito, já decidiu o c. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DO DIREITO AO CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 213/STJ.

1. "o creditamento de ICMS na escrituração fiscal constitui espécie de compensação tributária, motivo pelo qual há de ser facultada a via do *mandamus* para obtenção desse provimento de cunho declaratório, em conformidade com o que dispõe a Súmula 213/STJ: 'O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária'" (EREsp 727.260/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 23/3/2009).

2. A possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação (ou creditamento), nos termos da Súmula 213/STJ, de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração a fim de cancelar eventual creditamento já realizado pelo contribuinte. O referido provimento mandamental, de natureza declaratória, tem efeitos exclusivamente prospectivos, autorizando a realização do encontro de contas apenas a partir de sua prolação. A esse respeito: EREsp 1.020.910/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 8/6/2010. Em igual sentido: REsp 1.596.218/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/8/2016; AgRg no REsp 1.365.189/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 15/4/2014; EDcl nos EDcl no REsp 1.215.773/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 20/6/2014.

3. Agravo interno não provido. - g.m.

(AgInt no AREsp 1032984/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 27/11/2017)

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido de efeito suspensivo do recurso formulado pela União diante da presente decisão.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 28/10/2019.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.

9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010655-69.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: PEDRO KASSARDJIAN NETO
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCIA ANGELICA CORREA FERRARI - SP94148-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010655-69.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: PEDRO KASSARDJIAN NETO
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCIA ANGELICA CORREA FERRARI - SP94148-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **PEDRO KASSARDJIAN NETO** em face do **GERENTE DA AGÊNCIA CENTRAL DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL EM SÃO PAULO/SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para a imediata análise de seu processo administrativo de aposentadoria especial, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Narrou o impetrante que, em 1º/12/2015, requereu administrativamente a concessão de aposentadoria especial, NB 42/11774379268. Indeferido o pedido, interpôs Recurso Ordinário nº 36218.020.697/2016-11, distribuído para a 4ª Junta do Conselho de Recursos da Previdência Social do Ministério da Previdência Social, incluído em pauta, em 09/05/2017, para a sessão de 16/05/2017. Ocorre que o julgamento foi convertido em diligência ficando determinado ao impetrante o cumprimento de exigência, o que foi feito pelo impetrante, em 06/03/2018, com a apresentação dos documentos solicitados, consistentes no Diploma, comprovando a formação profissional; Declaração do Conselho Regional de Odontologia – CRO e fichas de atendimentos aos pacientes. Não obstante o atendimento das exigências e, portanto, o preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, até então, não teve analisado pela Autarquia Previdenciária seu pleito. Alegou, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo, porquanto extrapolado o prazo de 30 dias previsto nos artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 para a análise de processo administrativo na esfera federal (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF e artigos 48, 49 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99). Por fim, requereu a tramitação prioritária, nos termos do artigo 1.048 do CPC e artigo 71 do Estatuto do Idoso; fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 59129722).

Concedido o benefício da Justiça Gratuita e anotada a prioridade legal, foi determinada a emenda da inicial, com a juntada da cópia integral do processo administrativo (Id 59129844).

Recebida a emenda da inicial e deferida a liminar para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 10 (dez) dias, desse prosseguimento do recurso administrativo com protocolo recebido em 14.12.2016, afeto ao NB 42/177.437.926-8, desde que inexistente por parte do impetrante providência a ser cumprida (Id 59129854).

Pugnou a União pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 59129858).

Informou a autoridade impetrada o encaminhamento do ofício referente ao presente *mandamus* à APS São Paulo - Centro, tendo em vista que o benefício do impetrante foi por ela analisado (Id 59129863).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da concessão da segurança (Id 59129864).

Peticionou o impetrante informando que, a teor da documentação que colacionou, seu pedido administrativo de aposentadoria continua paralisado junto à autoridade coatora (Id 59129870).

O juízo de origem julgou procedente o pedido inicial e concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 10 (dez) dias, desse prosseguimento do recurso administrativo protocolado em 14.12.2016, afeto ao NB 42/177.437.926-8, desde que inexistente por parte da impetrante providência a ser cumprida. Iseção de custas na forma da lei. Sentença sujeita ao reexame necessário (Id 59129872).

Opostos embargos de declaração pelo impetrante, nos quais alegou omissão quanto à apreciação do pedido de aplicação de multa diária à impetrada por descumprimento (Id 59129874), foram desprovidos (Id 59129875).

Informou novamente a autoridade coatora o encaminhamento à APS São Paulo - Centro (Id 59129880). Noticiou, outrossim, a Autarquia Previdenciária, que *foi providenciada a movimentação do Recurso Administrativo nº 36218.020697/2016-11, interposto por PEDRO KASSARDJIAN NETO em razão do indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição 42/177.437.926-8. O recurso em comento retornou à 4ª Junta de Recurso da Previdência Social após cumprimento de diligências, com previsão de seu julgamento em 18/03/2019* (Id 59129891).

Parecer do MPF pelo regular prosseguimento do feito, à vista da inexistência de interesse que justifique a manifestação do *Parquet* (Id 61315735).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 122943481).

É o relatório

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010655-69.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: PEDRO KASSARDJIAN NETO
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 4ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCIA ANGELICA CORREA FERRARI - SP94148-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como o escopo de se ver analisado o processo administrativo de concessão de benefício de aposentadoria especial protocolizado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante, em 1º/12/2015, requereu administrativamente a concessão de aposentadoria especial, NB 42/11774379268, pedido que foi indeferido e em relação ao qual interpsôs recurso ordinário (nº 36218.020.697/2016-11), cujo julgamento foi convertido em diligência, determinado ao impetrante o cumprimento de exigência, o que atendido, em 06/03/2018, com a apresentação dos documentos solicitados, sem que tivesse, no entanto, êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Confirmada a liminar e concedida a segurança para determinar que a autoridade impetrada desse prosseguimento, em 10 (dez) dias, ao processo administrativo com protocolo recebido em 14/12/2016, afeto ao NB 42/177.437.926-8, informou a Autarquia Previdenciária, que foi providenciada a movimentação do Recurso Administrativo nº 36218.020697/2016-11, interposto por PEDRO KASSARDJIAN NETO em razão do indeferimento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição 42/177.437.926-8. O recurso em comento retornou à 4ª Junta de Recurso da Previdência Social após cumprimento de diligências, com previsão de seu julgamento em 18/03/2019 (Id 59129891), restando, portanto, evidente, que pende de análise o inconformismo interposto no âmbito administrativo.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

"Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Constata-se, *in casu*, que, interposto recurso ordinário administrativo pelo impetrante, em 14/12/2016, afeto ao NB 42/177.437.926-8, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, mormente considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENAÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas."

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.
2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.
3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.
4. Interposto o recurso ordinário administrativo pelo impetrante, em 14/12/2016, afeto ao NB 42/177.437.926-8, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, mormente considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.
5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)
6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004495-91.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PARTE RE: SONIA REGINA DE SOUZA
Advogado do(a) PARTE RE: FAUSTO BARRETO FERREIRA DA SILVA - SP260131-A
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004495-91.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **SONIA REGINA DE SOUZA** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM ITAQUERA – SÃO PAULO**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para a imediata análise de seu pedido administrativo de concessão de aposentadoria por idade e, o final, para a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Aduziu a impetrante que, em 19/10/2018, requereu a concessão de aposentadoria por idade, sob o nº 1985311706, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal. Sustentou, ainda, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF e artigo 49 da Lei 9.784/99). Reforçou o caráter alimentar da demanda. Por fim, requereu, a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 108999138).

Apreciação da liminar postergada para momento posterior ao da apresentação de informações pela autoridade impetrada. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 108999146).

O juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a segurança, reconhecendo o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, com base no art. 25 da Lei 12.016/2009 e nas Súmulas 512 do STF e 105 do STJ. Custas *ex lege*. Sentença submetida ao reexame necessário, nos termos do art. 14, §1º da Lei 12.016/09 (Id 108999163).

Noticiou a Autarquia Previdenciária a conclusão do processo administrativo e o indeferimento do benefício (Id 108999169).

O Ministério Público manifestou-se pela manutenção da sentença (Id 117634393).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 131297926).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004495-91.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PARTE RE: SONIA REGINA DE SOUZA
Advogado do(a) PARTE RE: FAUSTO BARRETO FERREIRA DA SILVA - SP260131-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por idade, formulado pela impetrante.

No caso, constata-se que a impetrante protocolou requerimento administrativo de benefício de aposentadoria por idade, em 19/10/2018, sob o nº 1985311706, junto ao INSS, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a ordem, no âmbito da sentença, para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo, em 45 dias (Id 108999163), noticiou a Autarquia Previdenciária a conclusão do processo administrativo e o indeferimento do benefício (Id 108999169).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a “*razoável duração do processo*” foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda o artigo 41-A, da Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENAÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001238-84.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001238-84.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO:AGILIX SISTEMAS LOGISTICOS LTDA - EPP
Advogados do(a)APELADO: LUCINEA FERREIRA DE LIMA - SP303763, ANA CLAUDIA MOREIRA PERES - SP289619-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 107782429) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 06/08/2018, a empresa AGILIX SISTEMAS LOGÍSTICOS LTDA. - EPP impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Taubaté/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos realizados com base na Lei nº 12.973/14. Coma inicial, acostou documentos. Deu-se à causa o valor de R\$ 1.000,00.

A exordial foi emendada, majorando-se o valor da causa para R\$ 9.780,57 (ID 107782394).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 107782405).

O órgão do Ministério Público Federal protestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 107782414).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/restituir os tributos recolhidos indevidamente nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 107782421).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Suscita, ainda, a necessidade de se impor limites ao direito de compensação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 107782434).

O *Parquet* pugnou pelo regular prosseguimento da demanda (ID 128512906).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001238-84.2018.4.03.6121
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO:AGILIX SISTEMAS LOGISTICOS LTDA - EPP
Advogados do(a)APELADO: LUCINEA FERREIRA DE LIMA - SP303763, ANA CLAUDIA MOREIRA PERES - SP289619-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento.” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que “não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS”. Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.344-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito em julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entende que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a “posição de credor tributário”, nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento suscitado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Carmen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos.”

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS."

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, **conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.**

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, **todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.**

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, **somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.**

10. Com esses fundamentos, **concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Quanto à possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, formulou apenas pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença a quo julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, **deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).**

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, **sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.**

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), restringindo, no entanto, aos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos efetuados com base na Lei nº 12.973/14, uma vez que o pleito da parte autora, tal como consta da Inicial de ID 107782383, refere-se a tal período.

Outrossim, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Específico que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. A impetrante não formulou pedido de restituição administrativa na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), restringindo, no entanto, aos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos efetuados com base na Lei nº 12.973/14, uma vez que o pleito da parte autora, tal como consta da Inicial de ID 107782383, refere-se a tal período.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
11. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que

a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024960-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CRBS S/A, BEBIDAS FANTÁSTICAS E PARTICIPAÇÕES LTDA., CERVEJARIA ZX S.A., RPO LATAM ESTRATÉGIA EM COMPRAS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de medida liminar, formulado nos autos de mandado de segurança, com o fim de suspender a exigibilidade do PIS e da COFINS de suas próprias bases de cálculo, destacados em suas notas fiscais, obstando-se atos de exigência dos tributos indicados.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGRESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo o agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024960-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: CRBS S/A, BEBIDAS FANTÁSTICAS E PARTICIPAÇÕES LTDA., CERVEJARIA ZX S.A., RPO LATAM ESTRATÉGIA EM COMPRAS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCELO PAULO FORTES DE CERQUEIRA - SP144994-A, DANIEL MONTEIRO PEIXOTO - SP238434-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de medida liminar, formulado nos autos de mandado de segurança, com o fim de suspender a exigibilidade do PIS e da COFINS de suas próprias bases de cálculo, destacados em suas notas fiscais, obstando-se atos de exigência dos tributos indicados.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGRESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo o agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAVA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008125-98.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: LUIZ ANTONIO IKUNO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ANA PAULA SILVA OLIVEIRA - SP259024-A, CLESSI BULGARELLI DE FREITAS GUIMARAES - SP258092-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM CAMPINAS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008125-98.2019.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: LUIZ ANTONIO IKUNO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ANA PAULA SILVA OLIVEIRA - SP259024-A, CLESSI BULGARELLI DE FREITAS GUIMARAES - SP258092-A

PARTE RÉ: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM CAMPINAS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **LUIZANTÔNIO IKUNO** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DO INSS DA REGIONAL DE CAMPINAS - SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para que seja analisado seu requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição e, ao final, concedida em definitivo a segurança e confirmada a liminar requerida, com a implantação do benefício previdenciário. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduz o impetrante que requereu através da *internet*, em 20/12/2018, sob o Número do Requerimento 610254245, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão em processo administrativo na esfera federal. Alega não se tratar de um processo complexo, com todos os dados dos períodos trabalhados no CNIS, inclusive com a informação na própria simulação fornecida no site do INSS que o autor já possui mais de 35 anos de contribuição e perfaz a pontuação necessária 85/95 (regra dos pontos) para não aplicação do fator previdenciário. Reforça a necessidade de comando explícito por parte da autoridade impetrada (artigos 48, 49 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99). Requereu a tramitação prioritária por ser pessoa idosa com mais de 60 (sessenta) anos (art. 230, CF/88 e art. 71 da Lei nº 10.741/03), a fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 123716291).

Liminar deferida para determinar que a autoridade impetrada, no prazo das informações, procedesse ao julgamento do pedido administrativo ou justificasse especificamente eventual impossibilidade por culpa imputável à parte impetrante, com prova de que a comunicou para a providência necessária. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 123716301).

Informou a Autarquia a conclusão da análise do requerimento de aposentadoria apresentado por impetrante e a respectiva implantação, sob o nº 42/192.364.105-8, com DIB em 15/04/2019 (Id 123716308).

Parecer do MPF no sentido da perda superveniente do objeto do *mandamus* (Id 123716310).

O juízo de origem confirmou a liminar deferida e concedeu a segurança para assegurar ao impetrante a análise conclusiva de seu requerimento administrativo. Sem honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Sem custas, em face da isenção de que goza o ente público, nada havendo a reembolsar. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição (Id 123716313). Opostos embargos de declaração, sob a alegação de perda superveniente do objeto e necessidade de extinção do feito (Id 123716317), não foram conhecidos (Id 123716321).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento da remessa oficial (Id 124965239).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 126737304).

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003988-87.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EQPS INDÚSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003988-87.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EQPS INDÚSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 77537005) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 25/10/2018, a empresa EQPS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Barueri/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, majorando-se o valor da causa para R\$ 257.233,09 (ID 77536929).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 77536996).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/resstituir os tributos (ID 77536998).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Opostos declaratórios (ID 77537004), foram acolhidos apenas para consignar expressamente que o marco prescricional na espécie seria 25/10/2013 (ID 77537006).

A União ratificou suas razões recursais (ID 77537010).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 77537009).

O *Parquet* deixou de se manifestar quanto ao mérito da demanda (ID 89891905).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003988-87.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EQPS INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÂRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.*
- 9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).*
- 10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 11. Apelação da Impetrante provida."*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.
Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.
4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.
5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Quanto à possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, formulou apenas pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença *a quo* julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **25/10/2018** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e

(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

E esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. A impetrante não formulou pedido de restituição administrativa na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.
7. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 25/10/2018.
8. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
9. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
10. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
11. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em aludida jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
12. Apelação não provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001077-76.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: B. R. D. S.

REPRESENTANTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

Advogados do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - DF34942-A, CRISTIANE RYDEN DE MELLO GRACILIANO - SP218704-A, JAQUELINE LEA MARTINS - SP359053-A, THIAGO

APARECIDO ALVES GIOVINI - SP372675-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

ASSISTENTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

ADVOGADO do(a) ASSISTENTE: THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001077-76.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: B. R. D. S.

REPRESENTANTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

Advogados do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A, CRISTIANE RYDEN DE MELLO GRACILIANO - SP218704-A, JAQUELINE LEA MARTINS - SP359053-A, THIAGO

APARECIDO ALVES GIOVINI - SP372675-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

ASSISTENTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

ADVOGADO do(a) ASSISTENTE: THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento pelo rito ordinário, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Bryan Rodrigo da Silva, representado por sua genitora, em 18 de agosto de 2016, em face da União Federal, visando a prestação jurisdicional que obrigue a ré a fornecer ao autor o medicamento Translama® (Ataluren), na forma e na quantidade prescrita, pelo fato de ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, bem como por não possuir condições financeiras que lhe permita arcar com esse custo semprejuzo de sua subsistência. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). Coma inicial, acostou documentos.

O autor alega ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, doença genética hereditária ligada ao cromossomo X, progressivamente degenerativa e sem cura, com mutação no gene distrofina. Sustenta que o medicamento Translama® (Ataluren) evitará e/ou retardará em muito a progressão da doença, aumentando sua qualidade e expectativa de vida. Afirma, ainda, que os tratamentos padrões realizados restaram infrutíferos, sendo o medicamento ora solicitado a única forma de tratamento existente para ele.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada e deferidos os benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor (ID 102658872 – págs. 118/123).

O autor comprovou a interposição de Agravo de Instrumento em face da decisão supracitada, sendo-lhe deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, conforme cópia da decisão acostada às fls. 243/245 (ID 102658873 – págs. 56/60).

Citada, a União Federal apresentou contestação (ID 102658872 – págs. 174/190)

Houve réplica (ID 102658872 – págs. 192/200 e ID 102658873 – págs. 1/15).

Laudo médico pericial no sentido da indicação do uso do medicamento Ataluren pelo autor, para o tratamento da Distrofia Muscular de Duchenne (ID 102658873 – págs. 64/69).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela procedência da ação, com a condenação da União a fornecer ao autor o medicamento Translama® (Ataluren) pelo tempo necessário, da forma e na quantidade prescrita, e de modo continuamente correspondente ao seu desenvolvimento psicofísico (ID 102658873 – págs. 131/145).

Foi proferida sentença de procedência do pedido, para condenar a União ao fornecimento do medicamento Translama® (Ataluren), na forma e no quantitativo descrito na prescrição médica de fl. 48, pelo prazo que exigir o tratamento médico do autor. A ré foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 4º, inciso III, do Código de Processo Civil. Decisão não sujeita ao reexame necessário (ID 102658873 – págs. 153/159).

Irresignada, apelou a União (fs. 365/377), tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Alegou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Sustentou não ser obrigada a fornecer medicamentos cuja eficácia e segurança não foram devidamente comprovadas. Aduziu ser gestora e financiadora do Sistema Único de Saúde e não executora de suas atividades. Defendeu que o fornecimento de fármaco sem registro na ANVISA coloca em risco a saúde do paciente. Ao final, pugnou pela redução dos honorários de sucumbência. (ID 102658873 – págs. 202/215)

Com contrarrazões (ID 102658874), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da apelação (ID 130802339).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001077-76.2016.4.03.6139

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: B. R. D. S.

REPRESENTANTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

Advogados do(a) APELADO: SANDRA ORTIZ DE ABREU - SP263520-A, CRISTIANE RYDEN DE MELLO GRACILIANO - SP218704-A, JAQUELINE LEA MARTINS - SP359053-A, THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI - SP372675-A,

OUTROS PARTICIPANTES:

ASSISTENTE: CHRIS HELEN DA SILVA TEIXEIRA

ADVOGADO do(a) ASSISTENTE: THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI

VOTO

A saúde é um direito social garantido pela Constituição da República (art. 6º), indissociável do direito à vida (art. 5º, *caput*).

À luz dos artigos 196 e 198, § 1º, da Magna Carta, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra como o mero repasse de verbas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que qualquer ente federado tem legitimidade para figurar, em conjunto ou isoladamente, no polo passivo de demanda que tenha como escopo o acesso a medicamentos adequados para tratamento de saúde. Neste sentido, confira-se: REsp 1805886/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 17/06/2019; AgInt no REsp 1617502/P1, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017.

Qualquer ente federativo tem, portanto, legitimidade passiva para integrar demanda em que se pretende o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Afastada, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela União.

Passo à análise do mérito.

A Lei nº 8.080/90 que regulamentou o Serviço Único de Saúde - SUS, com fundamento na Carta da República, define a saúde como um direito fundamental e inclui nas suas ações a assistência farmacêutica integral.

Os princípios mais importantes do SUS são a universalidade, a equidade e a integralidade. A integralidade remete à ideia de que o atendimento dispensado pelo SUS ao paciente deve ser completo.

É assegurado a todos o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência, dispondo a lei que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

In casu, o autor comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, com diminuição da força muscular em membros superiores e inferiores, bem como a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren), não fornecida pelo SUS, que "mostrou benefício com melhora na variação média da distância de caminhada de seis minutos, alteração na função muscular proximal e alteração na força exercida durante a flexão e a extensão dos joelhos comparado ao placebo", conforme laudo médico pericial (ID 102658873 – págs. 64/69).

Entendo que o fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento.

A recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo autor implica em desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis.

A Constituição Federal, no inciso XXXV, do seu artigo 5º, preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Neste passo, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado como óbice à realização de direitos sociais, sendo de fundamental importância a atuação do Judiciário como órgão controlador da atividade administrativa, ordenando o cumprimento de determinada política pública, uma vez que o direito à vida e à saúde representa um dever constitucional do Estado, não se encontrando no âmbito dos atos discricionários (oportunidade e conveniência) da Administração Pública.

A Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.657.156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que "a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento".

Modulou-se os efeitos do repetitivo supracitado, por ocasião do julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156/RJ, de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04/05/2018.

No caso vertente, a ação foi ajuizada em 18/08/2016, bem assim o autor comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne (ID 102658872 – págs. 50, 52/55 e ID 102658873 – págs. 64/69), a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren) para o seu tratamento (ID 102658872 – págs. 50/51 e ID 102658873 – págs. 64/69), além da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito (ID 102658872 – págs. 114/117).

Insta salientar que, desde 29/04/2019, o medicamento Translarna® (Ataluren) encontra-se registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária sob o nº 1577000010036 (processo nº 25351.717381/2017-67).

Presentes, pois, os requisitos autorizadores para concessão do medicamento pleiteado.

Quanto aos honorários advocatícios, cumpre observar que, consoante entendimento da Segunda Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil estabelece a seguinte ordem de preferência para fixação dos honorários de sucumbência: "(I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)" (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAULARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).

Ressalte-se que o artigo 85 da Lei Adjéitiva Civil estabelece os critérios para a fixação dos honorários sucumbenciais, inclusive, nas causas em que a Fazenda Pública for parte.

Com efeito, o artigo 85 do diploma processual civil preconiza que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, como no caso em comento, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa (§4º, III), observados os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os percentuais delimitados no §3º, restringindo-se o comando excepcional do §8º, de fixação por equidade, às causas em que for inestimável ou irrisório o proveito ou, ainda, em que o valor da causa for muito baixo.

Mantidos, portanto, os honorários de sucumbência como consignado na r. sentença, em 10% sobre o valor atribuído à causa, porquanto arbitrados de acordo com os preceitos que regem o tema.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESP 1.657.156/RJ.

1. A saúde é um direito social garantido pela Constituição da República (art. 6º), indissociável do direito à vida (art. 5º, *caput*).
2. À luz dos artigos 196 e 198, § 1º, da Magna Carta, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios são solidariamente responsáveis pela prestação do serviço de saúde à população, o que implica não apenas na elaboração de políticas públicas e em uma consistente programação orçamentária para tal área, como também em uma atuação integrada entre tais entes, que não se encerra como mero repasse de verbas.
3. O c. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de forma que qualquer ente federado tem legitimidade para figurar, em conjunto ou isoladamente, no polo passivo de demanda que tenha como escopo o acesso a medicamentos adequados para tratamento de saúde. Neste sentido, confira-se: REsp 1805886/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 23/05/2019, DJe 17/06/2019; AgInt no REsp 1617502/PI, Relatora Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 02/08/2017.
4. Qualquer ente federativo tem, portanto, legitimidade passiva para integrar demanda em que se pretende o fornecimento de medicamentos ou tratamento médico para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Afastada, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela União.
5. A Lei nº 8.080/90 que regulamentou o Serviço Único de Saúde - SUS, com fundamento na Carta da República, define a saúde como um direito fundamental e inclui nas suas ações a assistência farmacêutica integral.
6. É assegurado a todos o acesso igualitário e universal aos serviços de saúde, bem como a integralidade da assistência, dispondo a lei que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado (União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios) prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
7. *In casu*, o autor comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, com diminuição da força muscular em membros superiores e inferiores, bem como a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren), não fornecida pelo SUS, que "mostrou benefício com melhora na variação média da distância de caminhada de seis minutos, alteração na função muscular proximal e alteração na força exercida durante a flexão e a extensão dos joelhos comparado ao placebo", conforme laudo médico pericial.
8. Entendo que o fornecimento gratuito de medicamentos deve atingir toda a medicação necessária ao tratamento dos necessitados, significando que não só são devidos os remédios padronizados pelo Ministério da Saúde, como todos aqueles que porventura sejam necessários às particularidades de cada paciente. A padronização significa que os medicamentos padronizados serão os habitualmente fornecidos, o que não impede que o SUS forneça outro tipo de medicamento indispensável ao tratamento.
9. A recusa no fornecimento do medicamento pretendido pelo autor implica em desrespeito às normas que lhe garantem o direito à saúde e, acima de tudo, o direito à vida, direitos estes indissociáveis.
10. A Constituição Federal, no inciso XXXV, do seu artigo 5º, preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".
11. Neste passo, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado como óbice à realização de direitos sociais, sendo de fundamental importância a atuação do Judiciário como órgão controlador da atividade administrativa, ordenando o cumprimento de determinada política pública, uma vez que o direito à vida e à saúde representa um dever constitucional do Estado, não se encontrando no âmbito dos atos discricionários (oportunidade e conveniência) da Administração Pública.
12. A Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.657.156/RJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no sentido de que "a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento".
13. Modulou-se os efeitos do repetitivo supracitado, por ocasião do julgamento dos EDel no REsp 1.657.156/RJ, de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 04/05/2018.
14. No caso vertente, a ação foi ajuizada em 18/08/2016, bem assim o autor comprovou ser portador de Distrofia Muscular de Duchenne, a necessidade da medicação Translarna® (Ataluren) para o seu tratamento, além da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito.
15. Insta salientar que, desde 29/04/2019, o medicamento Translarna® (Ataluren) encontra-se registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária sob o nº 1577000010036 (processo nº 25351.717381/2017-67).
16. Presentes, pois, os requisitos autorizadores para concessão do medicamento pleiteado.
17. Quanto aos honorários advocatícios, cumpre observar que, consoante entendimento da Segunda Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil estabelece a seguinte ordem de preferência para fixação dos honorários de sucumbência: "(I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)" (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAULARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).
18. Ressalte-se que o artigo 85 da Lei Adjetiva Civil estabelece os critérios para a fixação dos honorários sucumbenciais, inclusive, nas causas em que a Fazenda Pública for parte. Como efeito, referido dispositivo preconiza que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, como no caso em comento, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa (§4º, III), observados os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do §2º e os percentuais delimitados no §3º, restringindo-se o comando excepcional do §8º, de fixação por equidade, às causas em que for inestimável ou irrisório o proveito ou, ainda, em que o valor da causa for muito baixo.
19. Mantidos, pois, os honorários de sucumbência como consignado na r. sentença, em 10% sobre o valor atribuído à causa, porquanto arbitrados de acordo com os preceitos que regem o tema.
20. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5024189-68.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: DALKADO BRASILTA.
Advogados do(a) AGRAVADO: GUSTAVO RUEDA TOZZI - SP251596-A, NELSON CALIXTO VALERA - SP324459-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu o pedido de medida liminar, formulado nos autos de mandado de segurança, com o fim de determinar à autoridade impetrada que proceda, em até 30 dias, à restituição dos créditos, cujo direito à restituição foi reconhecido, devendo se abster de efetuar a compensação de ofício de tais valores com créditos que estejam com a exigibilidade suspensa.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGARESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo a agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAVA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002968-33.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: SAMAUMABRANDS COMERCIO, IMPORTACAO EXPORTACAO DE ELETRO-ELETRONICOS LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: ANA CAROLINA SCOPIN CHARNET - SP208989-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002968-33.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: SAMAUMABRANDS COMERCIO, IMPORTACAO EXPORTACAO DE ELETRO-ELETRONICOS LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: ANA CAROLINA SCOPIN CHARNET - SP208989-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pela SAMAUMABRANDS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO DE ELETRO-ELETRÔNICOS LTDA., para que seja sanada a omissão identificada na fundamentação do V. acórdão, especificamente no que se refere à questão do critério para exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições do PIS e da Cofins, como firme que reste expresso que deve ser excluído o montante de ICMS destacado nas notas fiscais de saída levadas a efeito pela Embargante.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EFEITO SUSPENSIVO PREJUDICADO. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. Prejudicado o pedido de efeito suspensivo ante o julgamento do presente recurso.

2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

5. A impetrante foi intimada a trazer aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos que pretende a restituição, pois o C. STJ, no julgamento do Resp 1.111.164/BA, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

6. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.

7. Nestes autos, pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, fato comprovado com os documentos juntados com a inicial.

8. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

9. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

10. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

11. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

12. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

13. Apelação provida.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002968-33.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: SAMAUMABRANDS COMERCIO, IMPORTACAO EXPORTACAO DE ELETRO-ELETRONICOS LTDA - ME

Advogados do(a) APELANTE: ANA CAROLINA SCOPIN CHARNET - SP208989-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.**

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma a uma, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. A questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
3. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
4. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000347-18.2017.4.03.6115
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PORTO BRASIL CERAMICA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000347-18.2017.4.03.6115
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PORTO BRASIL CERAMICA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.
2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.
3. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação.
4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente desta E. Terceira Turma.
5. A compensação deve observar o prazo prescricional de 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal (RE 566.621/RS – repercussão geral) e no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.269.570/MG – recurso repetitivo).
6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, uma vez que, como já mencionado, a presente ação foi ajuizada em 15/03/2017, conforme REsp 1.137.738/SP, também submetido à sistemática dos recursos repetitivos.
7. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

8. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

9. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

10. Diante do provimento da apelação, invertidos os ônus da sucumbência.

11. Recurso de apelação provido.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000347-18.2017.4.03.6115
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PORTO BRASIL CERAMICA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDO ALVES FERREIRA - SP370363-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante informada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ: AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) constituiria evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. **No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.**

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgado embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014947-82.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAPITAL CORPORATION AGENCIAMEN DE CARGAS NAC E INT LTDA
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014947-82.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAPITAL CORPORATION AGENCIAMEN DE CARGAS NAC E INT LTDA
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por CAPITAL CORPORATION AGENCIAMENTO DE CARGAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS LTDA em face de acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO ADUANEIRO. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES. DESCONSOLIDAÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. AFASTADA. DECRETO-LEI 37/66. IN 800/2007. MULTA MANTIDA.

1. No caso dos autos, os navios atracaram sem a desconsolidação no tempo determinado pela Instrução Normativa - RFB nº 800 de 2007, 'quarenta e oito horas antes da chegada da embarcação no porto de destino do conhecimento genérico'.

2. A intenção da norma é a de possibilitar a autoridade aduaneira ter conhecimento dos bens objeto do comércio exterior, o que facilitaria o controle do cumprimento das obrigações sanitárias e fiscais.

3. Não cabe a análise da quantificação do dano ao erário no caso concreto, ou a aferição do grau de equívoco ou culpa do infrator. Comprovados os fatos previstos como infração à legislação tributária, impõe-se a aplicação da pena prevista como ato vinculado a ser praticado pela autoridade fiscal.

4. Entendo que deva ser mantido o valor da multa estabelecido (RS 5.000,00 - cinco mil reais por infração), pois não se mostra confiscatório e nem fere o princípio da razoabilidade.

5. O instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica no caso de obrigações acessórias autônomas. Assim como o disposto no art. 102, § 2º, do DL 37/66, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010, o qual prevê a aplicação do instituto da denúncia espontânea inclusive para as penalidades de natureza administrativa, pois ainda que as informações sejam prestadas posteriormente, a conduta, de todo modo, não terá respeitado o prazo legal, razão pela qual é inaplicável o instituto da denúncia espontânea na hipótese.

6. Quanto ao disposto no art. 50 da IN 800/2007, entendo que sendo carga transportada antes da atracação ou desatracação em porto no Brasil, não se aplica o referido artigo.

7. Apelação e agravo retido improvidos.

Alega, a embargante, a existência de omissões a serem sanadas no v. acórdão embargado acerca de duas das principais matérias devolvidas a este E. Tribunal em sede de apelação, quais sejam, a inaplicabilidade do prazo previsto no art. 22 da IN 800/2007 - com obrigatoriedade suspensa à época dos fatos (*vacatio legis*) -, e a aplicação do prazo de 30 dias contados da atracação.

Sustenta o cabimento do presente recurso com fundamento nos arts. 489, inc. II, e §1º, inc. IV, c/c 1.022, inc. II, ambos do Código de Processo Civil/2015, bem como para fins de prequestionamento.

Pugna pelo acolhimento destes embargos de declaração para sanar as omissões apontadas e, a partir dos seus excepcionais efeitos infringentes, alterar o acórdão para dar provimento à apelação, reformando a sentença e julgando procedentes os pedidos formulados na petição inicial (Id 100887547).

Intimada, a UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) apresentou resposta aos embargos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014947-82.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAPITAL CORPORATION AGENCIAMEN DE CARGAS NAC E INT LTDA
Advogado do(a) APELANTE: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não obstante o inconformismo da embargante, não se verificam as omissões apontadas.

Ao contrário do que alegou a recorrente, observa-se à leitura do inteiro teor do v. acórdão recorrido que não obstante a previsão de que os prazos de antecedência previstos no art. 22 da Instrução Normativa nº 800/2007 somente seriam obrigatórios a partir de 1º de abril de 2009 em razão da redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008, isso não eximia o transportador da obrigação de prestar informações acerca da carga transportada antes da atracação ou da desatracação da embarcação em porto no País, conforme disposto no parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007, *in verbis*:

"Art. 50. Os prazos de antecedência previstos no art. 22 desta Instrução Normativa somente serão obrigatórios a partir de 1º de abril de 2009. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008)

Parágrafo único. O disposto no caput não exige o transportador da obrigação de prestar informações sobre:

I - a escala, com antecedência mínima de cinco horas, ressalvados prazos menores estabelecidos em rotas de exceção;

II - as cargas transportadas, antes da atracação ou da desatracação da embarcação em porto no País."

Ressalte-se, no caso em análise, no que alude aos prazos de antecedência previstos no art. 22 da IN nº 800/2007, que a despeito da alteração de redação dada ao art. 50 ("caput") dessa instrução normativa pela IN RFB nº 899/2008, a "Prestação das Informações" deverá ser sempre "anterior" à atracação ou desatracação da embarcação consoante disposto no parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007, o que não foi cumprido pela autora, ora embargante, resultando na autuação da empresa por descumprimento à supramencionada norma aduaneira.

Outrossim, cumpre mencionar que o Decreto-Lei nº 37/66 já dispunha do dever de prestação de informações das cargas transportadas com antecedência, conforme segue *in verbis*:

Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

§ 1º O agente e de carga, assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

§ 2º Não poderá ser efetuada qualquer operação de carga ou descarga, em embarcações, enquanto não forem prestadas as informações referidas neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

Por sua vez, no tocante à alegada omissão pela embargante em relação à aplicação do prazo de 30 dias contados da atracação, também não merece acolhimento o argumento invocado porquanto a recorrente insiste em sustentar a ilegitimidade da autuação realizada pela autoridade fiscal ao entendimento equivocado da obrigatoriedade de prestar informações "com antecedência" acerca da atracação ou desatracação da embarcação tão somente "a partir de 1º de abril de 2009", o que não ocorre como já mencionado.

Assim, a recorrente afirmou ter prestado as informações necessárias e exigíveis dentro de 30 dias, frise-se, "contados da atracação", e não "anteriormente" a essa, como seria devido, entendendo, equivocadamente, pela não aplicação do parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007, o qual manteve sua vigência a despeito da redação dada pela IN RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008, ao "caput" desse mesmo artigo.

Nesse sentido, declarou a recorrente em suas razões de apelação, cujo excerto peço vênia reproduzir, *in verbis*:

“Suspensa a obrigatoriedade do artigo 22 da IN RFB 800/2007, tem-se que a apelante providenciou a desconsolidação de todos os conhecimentos eletrônicos (CE Mercante) no prazo legal, vale dizer, dentro dos 30 (trinta) dias contados da atracação, com exceção de apenas um, o CE nº 160805105233894” (grifos meus).

Mister se faz que as informações (sobre manifestos, conhecimentos eletrônicos, conclusão de desconsolidação etc) sejam dadas em tempo hábil, antes da atracação da embarcação, contribuindo para o hígido e eficiente desempenho do poder de polícia estatal - fiscalização aduaneira -, o que no caso não foi observado pela recorrente.

Logo, cabível a autuação da empresa, ora embargante, em razão de descumprimento da obrigação de prestação de informações com antecedência, de acordo com a legislação aduaneira aplicável à época dos fatos (DL nº 37/66, art. 37, § 2º; art. 50, parágrafo único, inc. II, da IN nº 800/2007), e não 30 dias contados da atracação conforme entende a recorrente.

Por derradeiro, insta salientar que a fundamentação constante do julgado se mostrou suficiente, viabilizando a compreensão e propiciando o exercício da ampla defesa pela recorrente, inexistindo, portanto, ofensa ao artigo 489, inc. II e § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Verifica-se, no caso em análise, que a embargante objetiva a rediscussão da matéria impugnada, não sendo os embargos de declaração a via adequada para esse desiderato.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. INEXISTÊNCIA. ADUANEIRO. DECRETO LEI Nº 37/66. ART. 37. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 800/2007 SRE ART. 50, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. II. APLICAÇÃO. ANTECEDÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES. DESCUMPRIMENTO. MULTA. CABIMENTO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não obstante o inconformismo da embargante, não se verificam as omissões apontadas.

2. Ao contrário do que alegou a recorrente, observa-se à leitura do inteiro teor do v. acórdão recorrido que não obstante a previsão de que os prazos de antecedência previstos no art. 22 da Instrução Normativa nº 800/2007 somente seriam obrigatórios a partir de 1º de abril de 2009 em razão da redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008, isso não eximia o transportador da obrigação de prestar informações acerca da carga transportada antes da atracação ou da desatracação da embarcação em porto no País, conforme disposto no parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007.

3. Ressalte-se, no caso em análise, no que alude aos prazos de antecedência previstos no art. 22 da IN nº 800/2007, que a despeito da alteração de redação dada ao art. 50 (“caput”) dessa instrução normativa pela IN RFB nº 899/2008, a “Prestação das Informações” deverá ser sempre “anterior” à atracação ou desatracação da embarcação consoante disposto no parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007, o que não foi cumprido pela autora, ora embargante, resultando na autuação da empresa por descumprimento à supramencionada norma aduaneira.

4. Por sua vez, no tocante à alegada omissão pela embargante em relação à aplicação do prazo de 30 dias contados da atracação, também não merece acolhimento o argumento invocado porquanto a recorrente insiste em sustentar a ilegitimidade da autuação realizada pela autoridade fiscal ao entendimento equivocado da obrigatoriedade de prestar informações “com antecedência” acerca da atracação ou desatracação da embarcação tão somente “a partir de 1º de abril de 2009”, o que não ocorre como já mencionado.

5. Assim, a recorrente afirmou ter prestado as informações necessárias e exigíveis dentro de 30 dias, frise-se, “contados da atracação”, e não “anteriormente” a essa, como seria devido, entendendo, equivocadamente, pela não aplicação do parágrafo único, inc. II, do art. 50 da IN nº 800/2007, o qual manteve sua vigência a despeito da redação dada pela IN RFB nº 899, de 29 de dezembro de 2008, ao “caput” desse mesmo artigo.

6. Mister se faz que as informações (sobre manifestos, conhecimentos eletrônicos, conclusão de desconsolidação etc) sejam dadas em tempo hábil, antes da atracação da embarcação, contribuindo para o hígido e eficiente desempenho do poder de polícia estatal - fiscalização aduaneira -, o que no caso não foi observado pela recorrente. Logo, cabível a autuação da empresa, ora embargante, em razão de descumprimento da obrigação de prestação de informações com antecedência, de acordo com a legislação aduaneira aplicável à época dos fatos (DL nº 37/66, art. 37, § 2º; art. 50, parágrafo único, inc. II, da IN nº 800/2007), e não 30 dias contados da atracação conforme entende a recorrente.

7. Por derradeiro, insta salientar que a fundamentação constante do julgado se mostrou suficiente, viabilizando a compreensão e propiciando o exercício da ampla defesa pela recorrente, inexistindo, portanto, ofensa ao artigo 489, inc. II e § 1º, inciso IV, do Código de Processo Civil.

8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006095-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: BABYONE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006095-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: BABYONE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO, contra a decisão proferida nos autos da execução fiscal nº 0005303-64.2003.8.26.0624, em trâmite perante o Juízo Estadual do Setor de Anexo Fiscal da Comarca de Itatui/SP, no âmbito da qual determinada a distribuição da carta precatória pela exequente.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) “art. 125, inc. II c/c art. 262 c/c art. 141, inc. II, todos do Código de Processo Civil, que asseveram que o referido ato (encaminhamento de carta precatória) constitui incumbência a ser executada pelo Poder Judiciário”;

b) “a União é isenta do pagamento de custas, emolumentos e despesas, na prática de atos cartorários de seu interesse nas execuções fiscais”, a realização da diligência pela Fazenda acaretaria-lhe custos relacionados à mão-de-obra.

A parte contrária não possui advogado constituído nos autos.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006095-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BABYONE INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar Relatora: Independentemente de regramento administrativo do Tribunal, não se pode atribuir aos litigantes diligências que são, por lei, de atribuição da serventia.

No caso, deve-se ter em vista o Código de Processo Civil, segundo o qual:

“Art. 152. Incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria:

1 - redigir, na forma legal, os ofícios, os mandados, as cartas precatórias e os demais atos que pertençam ao seu ofício;

II - efetivar as ordens judiciais, realizar citações e intimações, bem como praticar todos os demais atos que lhe forem atribuídos pelas normas de organização judiciária;”

Nessa linha, não se pode aceitar que se imponha a distribuição de carta precatória pela parte, na forma da jurisprudência deste E. Tribunal, inclusive em causas que tramitam no Poder Judiciário do Estado de São Paulo:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CARTA PRECATÓRIA. ENCAMINHAMENTO PELA SECRETARIA DO JUÍZO DEPRECANTE. AGRAVO PROVIDO. 1. O novo artigo 152 do Código de Processo Civil, antigo artigo 141 do antigo CPC, dispõe que incumbe ao escrivão redigir as cartas precatórias e efetivar as ordens judiciais. Daí se conclui que cabe ao escrivão ou chefe de secretaria distribuir a carta precatória. 2. Não é razoável exigir-se do exequente que pratique ato tipicamente administrativo, que diz respeito a processos internos da secretaria da vara. O fato de o Comunicado CG n. 155/2016 mencionar que as cartas precatórias serão objeto de petição eletrônico, como afirma o Juízo a quo, não significa dizer que as cartas não despachadas via internet deverão ser distribuídas pela própria parte. 3. Agravo provido.”
(AI 00157600820164030000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DISTRIBUIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. ARTIGO 141, DO CPC. ATRIBUIÇÃO DO ESCRIVÃO. É incumbência do escrivão a distribuição de carta precatória, nos termos do artigo 141, do CPC. Agravo de instrumento provido.”

(AI 00167564020154030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/05/2016)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FAZENDA PÚBLICA. RETIRADA E POSTAGEM DA CARTA CITATÓRIA. PAGAMENTO. ISENÇÃO. 1. Após o deferimento da citação, passa a ser atribuição do escrivão ou do chefe de secretaria a sua remessa ao citando (artigo 223 do CPC). 2. O pagamento do porte postal da carta citatória enquadra-se nas custas processuais, gozando a União da isenção prevista no artigo 4º, I, da Lei n. 9.289/1996. 3. Tratando-se de execução fiscal, a legislação é clara quanto à referida exoneração, consoante se depreende da interpretação conjunta dos artigos 7º, 8º e 39 da Lei n. 6.830/1980. 4. Não há que se exigir da Fazenda Pública o pagamento, mesmo quando a ação executiva for intentada junto à Justiça Estadual, uma vez que tal prerrogativa foi outorgada por Lei Federal. 5. Precedentes do STJ e desta Corte. 6. Agravo de instrumento provido.”
(AI 00284883820034030000, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, DJU DATA:19/09/2007)

Enfim, prospera a pretensão recursal, devendo a serventia realizar os atos necessários para distribuição da carta precatória.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CARTA PRECATÓRIA. ATRIBUIÇÃO DA SECRETARIA QUE NÃO PODE SER IMPUTADA À PARTE. RECURSO PROVIDO.

1. O art. 152 do Código de Processo Civil dispõe que incumbe ao escrivão redigir as cartas precatórias e efetivar as ordens judiciais. Desse modo, cabe à serventia distribuir a carta precatória, o que não pode ser atribuído à parte.
2. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003338-69.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FÁRIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}
'; java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003338-69.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FÁRIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Erro de interpretação na linha: '
#{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}
'; java.lang.ClassCastException: br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaJuridica cannot be cast to br.jus.pje.nucleo.entidades.PessoaFisica
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por NESTLÉ BRASIL LTDA. sustentando em razão do vício existente no v. acórdão, quanto os critérios para aplicação das multas, requer-se o conhecimento dos presentes Embargos de Declaração e o seu integral acolhimento, a fim de sanar a mácula apontada.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADO. INMETRO. MULTA. APLICAÇÃO. DENTRO DO PARÂMETRO LEGAL. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O CPC, no art. 369, assegura a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis, bem como os moralmente legítimos. Contudo, referida norma não atribui à parte direito de produção de prova desnecessária ou incompatível com os fatos e fundamentos jurídicos expostos na inicial.

2. Formulários preenchidos corretamente e sem prejuízo para a embargante.

3. A multa aplicada encontra-se dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99.

4. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

5. Apelação improvida.

É o relatório.

APELANTE: NESTLE NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Erro de interpretação na linha: 1

{processoTrfHome.processoPartePoloPassivoDetalhadoStr}

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respeito jurisprudencial colacionado.

No ponto, a questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor *in verbis*: “válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. ... Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresenta obscuridade, contradição ou omissão.

2. A questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor *in verbis*: “válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. ... Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.

3. Ausentes os vícios do artigo 1.022 do CPC.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003519-19.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONTINENTAL BRASIL INDUSTRIA AUTOMOTIVA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A, FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Com fulcro no artigo 998 do Código de Processo Civil, homologo, para que produza seus regulares efeitos de direito, a desistência do recurso de apelação interposto pela impetrante.

Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, baixemos autos à vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003728-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARITUCS ALIMENTOS LIMITADA.
Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003728-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARITUCS ALIMENTOS LIMITADA.
Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão id 77397940, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO.

1. A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve incidir sobre o patrimônio do devedor; constringendo "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios", nos precisos termos do art. 831 do Código de Processo Civil.

2. Apesar de a penhora sobre o faturamento não constar do rol do artigo 11 da Lei n.º 6.830/80, na prática, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, exige-se cautela no que tange ao percentual objeto dessa constrição, para não tornar inviável o funcionamento da empresa. Precedentes STJ.

A embargante sustenta existir omissão no acórdão embargado.

Para tanto, alega que o julgado "omitiu-se diante da apresentação do PARECER ECONÔMICO (ID 59746405), o qual expõe cabalmente alteração significativa na situação econômica e financeira vivenciada pela empresa, bem como as perspectivas futuras de geração de caixa e comprometer os existentes, comprovando que o percentual fixado inviabiliza o exercício da atividade empresarial. Restou claramente demonstrado pelo ilustre economista, responsável pela elaboração do referido parecer econômico, que a penhora foi fixada em um percentual inviável ao exercício da atividade empresarial. Merece ser apontado que o Parecer Econômico somente foi concluído após a propositura do Agravo de Instrumento, visto a necessidade de estar suficientemente embasado nos registros contábeis históricos e representar o momento real vivenciado, com perspectivas de futuro a partir de premissas de mercado já consolidadas. Logo, a análise em questão demandou um profissional especializado e um prazo para a reunião de dados e informações".

E continua: "Assim, diante dos dados prestados pela Embargante, sobre sua atual situação econômica, não pode prevalecer a assertiva de que não existem alterações substanciais. Basta uma breve análise no parecer exposto para se concluir que o percentual fixado vai muito além da capacidade econômica da empresa. A estimativa calculada para o ano de 2019 demonstra que o percentual de 5% importaria na captação de montante equivalente a R\$ 3,3 milhões, valor muito acima do esperado para o fluxo de caixa livre disponível, o que certamente inviabilizaria o desenvolvimento das atividades empresariais. Cumpre esclarecer que a empresa Embargante propõe uma diminuição do percentual de 5% para 1,1%, tratando-se de percentual gradativo, pois existe expectativa de progressão de receita, podendo a penhora, até o ano de 2023 atingir o patamar de 2,8%".

Intimada, a União Federal manifestou-se pelo desprovemento dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003728-75.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MARITUCS ALIMENTOS LIMITADA.
Advogados do(a) AGRAVANTE: ROGERIO AUGUSTO CAMPOS PAIVA - SP175156-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são recurso ordinário de devolução vinculada que têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional obscura, contraditória, omissa ou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, evada de erro material.

Previsto no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração têm a seguinte redação:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no [art. 489, § 1º](#).

Vê-se que os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material.

A prestação jurisdicional é omissa na hipótese de faltar manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa. Ela é obscura quando confuso ou incompreensível. Contraditória entre as próprias proposições e as conclusões do julgado e não entre a tese defendida e o julgado. E incorre em erro material quando apresenta equívocos materiais evidentes em relação ao que consta nos autos.

Os embargos de declaração não se prestam, portanto, a nova valoração jurídica do conteúdo probatório e dos fatos envolvidos no processo. Também não servem para rediscutir a causa ou para corrigir inconformismo das partes baseado em alegação de injustiça.

No mérito, a pretensão ora deduzida não comporta acolhimento.

A despeito das razões invocadas pela parte embargante, não se verifica no acórdão embargado qualquer omissão passível de ser sanada pela via estreita dos embargos declaratórios.

O acórdão embargado assim decidiu acerca da penhora sobre o faturamento:

“No tocante à penhora sobre o faturamento, tem-se que, malgrado essa providência não conste do rol do artigo 11 da Lei n.º 6.830/80, na prática, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, exige-se cautela no que tange ao percentual objeto dessa construção, para não tornar inviável o funcionamento da empresa.

(...)

Pontue-se que não se vislumbra o risco às atividades empresariais, pois não há indício nos autos nesse sentido, razão pela qual sem relevância a menção ao princípio da preservação e da função social da empresa.

Este também tem sido o percentual adotado por esta C. Turma (...).”

Não há que se falar, assim, em omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão foi expresso em apontar que não há indício nos autos de risco à atividade empresarial.

Acerca do parecer econômico apresentado, a embargante consignou que “merece ser apontado que o Parecer Econômico somente foi concluído após a propositura do Agravo de Instrumento”, situação que afasta a alegada omissão.

Importante destacar, por fim, que o enfrentamento das razões lançadas pela ora embargante em relação ao parecer econômico apresentado após a propositura do agravo de instrumento implicaria em supressão do duplo grau, vedada pela sistemática processual.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – EMBARGOS REJEITADOS

1. Inexiste qualquer omissão em relação aos fundamentos do acórdão embargado, que foi expresso em apontar que não há indício nos autos de risco à atividade empresarial.
2. Acerca do parecer econômico apresentado, a embargante consignou que “merece ser apontado que o Parecer Econômico somente foi concluído após a propositura do Agravo de Instrumento”, situação que afasta a alegada omissão.
3. O enfrentamento das razões lançadas pela ora embargante em relação ao parecer econômico apresentado após a propositura do agravo de instrumento implicaria em supressão do duplo grau, vedada pela sistemática processual.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CAPPANOG-COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO SCAVONE JUNIOR - SP153873-A, RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP340618-A, RENATA MARTINS ALVARES - SP332502-A, ROBINSON VIEIRA - SP98385-A, NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030097-43.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: NORSEMAN INDUSTRIALS.A

Advogados do(a) AGRAVADO: DIEGO CAPUA - SP241603, ADILSON CRUZ - SP18945-A, JULIO CESAR DA SILVA MOREIRA - SP132468

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030097-43.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: NORSEMAN INDUSTRIALS.A

Advogados do(a) AGRAVADO: DIEGO CAPUA - SP241603, ADILSON CRUZ - SP18945-A, JULIO CESAR DA SILVA MOREIRA - SP132468

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por SOPLASTPLÁSTICOS SOPRADOS S.A., atualmente denominada NORSEMAN INDUSTRIAL S.A. em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE FATURAMENTO.

1. A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve incidir sobre o patrimônio do devedor, constringendo "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios", nos precisos termos do art. 831 do Código de Processo Civil.

2. Apesar de a penhora sobre o faturamento não constar do rol do artigo 11 da Lei n.º 6.830/80, na prática, tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência. No entanto, exige-se cautela no que tange ao percentual objeto dessa constrição, para não tornar inviável o funcionamento da empresa. Precedentes STJ.

Alega a embargante que a decisão embargada "deixou de se pronunciar quanto aos relevantes assuntos suscitados em Contraminuta de Agravo de Instrumento, bem como em Embargos de Declaração (id 27251624) opostos contra a decisão liminar".

Afirma que não se observou (i) a existência de bens da Agravada/Embargante, notificada na contraminuta (ID-22426653), avaliados em R\$702.000,00, e que sequer foram levados à leilão como reconhece a Agravante/Embargada às fls. 256 verso, o que foi ressaltado nos Embargos de Declaração (27251624); (ii) a existência de penhora de faturamento já determinada e em andamento, em outra execução promovida pela Embargada, de modo que comprometido 10% do seu faturamento.

Destaca o disposto no art. 489, CPC.

Aponta também omissão quanto a existência de bem imóvel de propriedade da Agravada/Embargante, situado na rua 10, nº 280, Porto Novo, Bairro Alvarenga, no Município de São Bernardo do Campo-SP, oriundo da matrícula nº 51.068, R.2/51068, do 2º Cartório de Registro de Imóveis de São Bernardo do Campo-SP, avaliado em R\$3.603.500,00, sendo que o referido bem é suficiente, por si só, para garantir a execução fiscal proposta pela Agravante/Embargada, oferecidos como reforço de penhora. (id. 8157437).

Argumenta que a penhora de seu faturamento impõe pesado ônus a sua atividade empresarial.

Requer, por fim, o saneamento da omissão, com efeitos modificativos, para revogar a decisão embargada, sendo proferida determinação (i) “à serventia da 04ª Vara das Execuções Fiscais de São Paulo que proceda à designação de data para a realização de leilão dos bens penhorados às fls. 105 e 106 dos autos de Execução Fiscal (Processo nº 0055272-28.2006.403.6182), conforme noticiado na contramimuta de Agravo de Instrumento”; (ii) que a penhora recaia sobre o imóvel objeto da matrícula nº 51.068, do 2º Oficial de Registro de Imóveis de São Bernardo do Campo – SP (ids. 8157437 e 8157437), em substituição a penhora de 5% do faturamento da Embargante; e, subsidiariamente, que “a penhora requerida pela Fazenda Nacional e determinada nos presentes autos por esse r. Juízo no percentual de 5% sobre o faturamento somente se torne exigível após o esaurimento da penhora de faturamento já deferida e ora em fase de cumprimento, em favor do mesmo ente federal, nos autos do processo nº 0029494-27.2004.403.6182), em trâmite na 10ª Vara Federal da Execuções Fiscais da Capital”.

Por fim, prequestiona o artigo 170, caput e III, da Constituição Federal de 1988, IX, da Constituição Federal e artigos 11 da LEF e artigos 805 e 835 do Novo Código de Processo Civil.

A UNIÃO FEDERAL apresentou resposta, pugrando pela rejeição dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030097-43.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: NORSEMAN INDUSTRIALS.A
Advogados do(a) AGRAVADO: DIEGO CAPUA - SP241603, ADILSON CRUZ - SP18945-A, JULIO CESAR DA SILVA MOREIRA - SP132468
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto às omissões apontadas, cumpre esclarecer que a embargante não logrou êxito em comprovar a existência e titularidade do imóvel e outros bens indicados, bem como se se encontram livres e desembaraçados, limitando a arguir sua existência nas razões dos embargos de declaração anteriormente opostos, não restando afastada, desta forma, a excepcionalidade necessária para o deferimento da penhora sobre o faturamento.

Outrossim, a existência de penhora do faturamento em outra execução fiscal não obsta a realização da constrição na execução fiscal que deu origem a este agravo de instrumento, porquanto fixados, em ambos executivos, percentuais moderados, como forma de não prejudicar a atividade empresarial da embargante.

No mais, impõe-se ressaltar que o agravo de instrumento foi interposto em face de decisão que indeferiu a penhora do faturamento da empresa, de modo que determinações como penhora de outros bens e de designação de leilão são questões estranhas ao presente recurso.

Destarte, saneadas as omissões apontadas pela embargante, carece de reforma a decisão embargada.

Caráter de prequestionamento como acesso aos tribunais superiores.

Ante o exposto, **acolho** os embargos de declaração, sem, contudo, conferir-lhes efeitos modificativos.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS – NÃO COMPROVAÇÃO – PENHORA DO FATURAMENTO – EXCEPCIONALIDADE NÃO AFASTADA – EMBARGOS REJEITADOS.

1. A embargante não logrou êxito em comprovar a existência e titularidade do imóvel e outros bens indicados, bem como se se encontram livres e desembaraçados, limitando a arguir sua existência nas razões dos embargos de declaração anteriormente opostos, não restando afastada, desta forma, a excepcionalidade necessária para o deferimento da penhora sobre o faturamento.

2. A existência de penhora do faturamento em outra execução fiscal não obsta a realização da constrição na execução fiscal que deu origem a este agravo de instrumento, porquanto fixados, em ambos executivos, percentuais moderados, como forma de não prejudicar a atividade empresarial da embargante.

3. O agravo de instrumento foi interposto em face de decisão que indeferiu a penhora do faturamento da empresa, de modo que determinações como penhora de outros bens e de designação de leilão são questões estranhas ao presente recurso.

4. Caráter de prequestionamento como acesso aos tribunais superiores.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, sem, contudo, conferir-lhes efeitos modificativos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023833-43.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANS LICHMANN TRANSPORTES E LOGISTICA EIRELI
Advogado do(a) APELADO: ANGELO NUNES SINDONA - SP330655-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5018218-72.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: REAG SPRAY MONTAGEM E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO LUIS CAIVANO - SP336722-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5018218-72.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: REAG SPRAY MONTAGEM E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO LUIS CAIVANO - SP336722-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por REAG SPRAY MONTAGEM E COMÉRCIO LTDA. em face de v. acórdão que, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO. INVIABILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. O pleito da União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.
4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da remessa oficial.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário.
6. Não se há de falar em necessidade de comprovação do pagamento do ICMS pela empresa, uma vez que se pretende a compensação de montante pago a maior a título de PIS e COFINS.
7. A análise e exigência da documentação pertinente necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS e a sua correta exclusão, cabe ao Fisco, no momento em que o contribuinte pleitear a sua compensação administrativa.
8. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.
9. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).
10. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
11. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.
12. Apelação e remessa oficial desprovidas.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5018218-72.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REAG SPRAY MONTAGEM E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIO LUIS CAIVANO - SP336722-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

O magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma a uma, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000088-36.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: STANLEY ELECTRIC DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELA GULLO DE CASTRO MELLO - SP212923-A, MICHELE GARCIA KRAMBECK - SP226702-A, NOEDY DE CASTRO MELLO - SP27500-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000088-36.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: STANLEY ELECTRIC DO BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pela STANLEY ELECTRIC DO BRASIL LTDA, para o fim de ser esclarecido se o ICMS a ser excluído da base de cálculo quando da apuração de seu crédito, é a parcela mensal do ICMS a recolher (entendimento manifestado pela Embargada na Solução de Consulta Cosit nº 13/2018) ou o ICMS destacado nas notas fiscais (o qual resta inserido na íntegra na base de cálculo das aludidas contribuições).

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. ARTIGO 942 DO CPC. SOBRESTAMENTO. INVULSIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

1. Não conhecida parte da apelação da União por ausência de interesse recursal, no que tange às alegações de impossibilidade de compensação do indébito com contribuições previdenciárias, uma vez que não foi sucumbente neste ponto.

2. Também não se conheceu da apelação na questão relacionada à possibilidade de expedição de precatório em mandado de segurança, tendo em vista a decisão proferida por essa E. Turma em sessão realizada no dia 12/06/2019, com quórum ampliado (art. 942 do CPC), na qual foi vencedora a divergência do e. Desembargador Federal Nelson dos Santos, no sentido de não ter sido admitida expressamente tal forma de execução pela sentença, a qual permitiu a compensação ou a restituição, formas compatíveis com a via administrativa.

3. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

4. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

5. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

6. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF.

8. Possível o deferimento da repetição pelo contribuinte por meio de compensação ou restituição administrativa, após o reconhecimento do seu crédito.

9. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

10. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

11. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

12. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

13. Fica ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados/restituídos, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar/restituir e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

14. Apelação desprovida, assim como a remessa oficial.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000088-36.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: STANLEY ELECTRIC DO BRASIL LTDA.

Advogados do(a) APELADO: DANIELA GULLO DE CASTRO MELLO - SP212923-A, MICHELE GARCIA KRAMBECK - SP226702-A, NOEDY DE CASTRO MELLO - SP27500-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. **No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.**

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infrigente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

3. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

4. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5005936-53.2019.4.03.6104

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: UNIMAR AGENCIAMENTOS MARÍTIMOS LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A, GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER D'ANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZANEGRAO FELICIO - SP345765-A

PARTE RE: INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199)Nº 5005936-53.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: UNIMAR AGENCIAMENTOS MARITIMOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A, GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER DANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A
PARTE RE: INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face de sentença que concedeu a ordem, no mandado de segurança impetrado por **Unimar Agenciamentos marítimos Ltda.**, para assegurar a desunitização da carga e a devolução do contêiner CAIU 7683580, depositado no recinto alfandegado.

Afirma a impetrante, em suma, que: a) transportou a mercadoria acondicionada no contêiner acima mencionado; e embora formalmente notificado, o consignatário não providenciou a liberação das mercadorias, conforme disposto no art. 24, § único, da Lei nº 9.611/98; b) a unidade de carga, bem como acessórios e equipamentos, não constituem embalagem, sendo destinados única e exclusivamente ao transporte de mercadorias; c) a responsabilidade do transportador marítimo foi efetivamente cumprida, encerrando-se no ato da descarga do contêiner, nos termos do Decreto-lei nº 116/1967 e do art. 750 do Código Civil; d) o contêiner é equipamento destinado ao transporte de mercadorias e não ao armazenamento destas; e) a retenção do equipamento de transporte vem gerando prejuízos diários, visto que o contêiner é elemento essencial à atividade fim do armador.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República, Robério Nunes dos Anjos Filho, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário a justificar sua intervenção no feito, opinando apenas pelo regular prosseguimento.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199)Nº 5005936-53.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: UNIMAR AGENCIAMENTOS MARITIMOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELLA RODRIGUES DE OLIVEIRA COSTA - SP276326-A, GISELLE DE OLIVEIRA DIAS - SP326214-A, CRISTINA WADNER DANTONIO - SP164983-A, FERNANDA BOZA NEGRAO FELICIO - SP345765-A
PARTE RE: INSPETOR DA ALFÂNDEGA DO PORTO DE SANTOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De acordo com a inicial, a impetrante e empresa atuante no comércio de transporte marítimo internacional e, no exercício de suas atividades, efetuou o transporte de mercadorias no contêiner CAIU 7683580, o qual pretende ver liberado.

No caso *sub judice*, as mercadorias foram descarregadas no Porto de Santos/São Paulo em 22.12.2017, e, lá permaneceram, tendo em conta que fora decretado o perdimento dos bens importados até a data da impetração (2.8.2019), ultrapassando-se, portanto, o prazo estipulado no art. 642 do Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759/2009, ou seja, 90 dias contados da sua descarga. *Verbis*:

“Art. 642. Considera-se abandonada a mercadoria que permanecer em recinto alfandegado sem que o seu despacho de importação seja iniciado no decurso dos seguintes prazos (Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, incisos II e III):

I - noventa dias;

a) da sua descarga; e [...]”

Assim, verifica-se que o prazo legal de 90 dias foi, inquestionavelmente, ultrapassado, residindo aí o direito líquido e certo da impetrante.

O argumento da necessidade de apreensão do contêiner para a guarda e preservação da carga que ele contém, de fato, não pode ser acolhido, visto que importaria impedir o uso de um bem particular, essencial para o exercício da atividade econômica de transporte marítimo, em razão da omissão de terceiro.

Assim, após a configuração do abandono da mercadoria, pelo decurso do prazo previsto em lei, ou decretação do perdimento, a alfândega, dentro de um prazo razoável, deve liberar o contêiner.

A unidade de carga é considerada como equipamento ou acessório do veículo transportador, nos termos da Lei nº 6.288/75, a qual se destaca:

“Art. 3º: O container, para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador.

Parágrafo único: A conceituação de container não abrange veículos, acessórios ou peças de veículos e embalagens, mas compreende seus acessórios e equipamentos específicos, tais como trailers, boogies, racks ou prateleiras, berços ou módulos, desde que utilizados como parte integrante do container”.

Assim, a responsabilidade da transportadora termina com a entrega da carga ao porto, não podendo ser prejudicada pela data indefinida da declaração de perdimento ou pela inércia do importador quanto aos procedimentos do despacho aduaneiro.

Como sabido, a teor do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98, o contêiner não se confunde com a mercadoria nele transportada:

"Art. 24. Para os efeitos desta Lei, considera-se unidade de carga qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas, sujeitas a movimentação de forma indivisível em todas as modalidades de transporte utilizadas no percurso.

Parágrafo único. A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo".

Assim, não se pode penalizar a impetrante com a retenção do contêiner, por tempo indeterminado, em razão de possível conduta irregular do importador, ao qual cabe as providências imediatas e eventuais indenizações devidas pelo transporte irregular.

De igual modo, também, não pode ser penalizada por delongas, por parte da Autoridade coatora, em efetuar o devido processo de abandono ou perdimento das mercadorias, com a consequente a liberação do contêiner.

Sobre o assunto, trago à colação acórdão prolatado pelo E. TRF da 2ª Região:

"MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS. DESUNITIZAÇÃO DE CARGAS. DEVOLUÇÃO DE CONTÊINER. 1. Trata-se de remessa necessária e de apelação cível interposta pela UNIÃO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL face sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do INSPETOR DA ALFANDEGA DO PORTO DE ITAGUAÍ, objetivando a Impetrante a desunitização das cargas e a devolução dos contêineres elencados na exordial. 2. No caso em análise, as mercadorias foram descarregadas entre os meses de setembro de 2006 e março de 2008, no Porto do Rio de Janeiro, e lá permaneceram até, pelo menos, 18/02/2009 (informações da Impetrante - fls. 293/295). Portanto, o prazo estipulado no artigo 574 do Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 4.543/2002, ou seja, 90 dias contados da sua descarga, está, inquestionavelmente, ultrapassado. 3. Nesse contexto, deve-se frisar que, a Lei nº 9.611/98, em seu art. 24, define contêiner como qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas. Não pode, portanto, ser confundido com embalagem ou acessório de carga, uma vez que possui existência concreta e individual, tendo como finalidade o transporte de mercadorias. 4. Diante do exposto, mostra-se indevida a retenção dos contêineres junto com as mercadorias consideradas abandonadas, visto que os equipamentos devem ser utilizados apenas no transporte e não no armazenamento de mercadorias nos depósitos alfandegários. 5. Ademais, a parte Impetrante não pode ser punida ou privada de acesso à sua propriedade em decorrência de omissão do Importador, que não efetuou o despacho aduaneiro das mercadorias no prazo correto, estando estas sujeitas à pena de perdimento. Ademais, também não pode ser penalizada por delongas em efetuar o devido processo de abandono ou perdimento pela Autoridade Coatora, que, por falta de local para destinação da mercadoria, ainda, não efetuou o devido processo para liberação do contêiner. 6. Recurso e remessa necessários desprovidos. (Mandado de Segurança nº 2009.51.01.002422-1, relator Juiz Poul Erik Dyrlynd, julgado em 11/05/2010 grifo nosso. Fonte: E-DJF2R - Data: 18/05/2010 – Página: 317/318)"

Assim, inexistente amparo legal que justifique a retenção da unidade de carga de propriedade da impetrante, sendo de rigor a sua liberação, uma vez que o contêiner não constitui embalagem das mercadorias e com elas não se confunde.

Nesse sentido, veja-se a já pacificada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Regional:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO DE MERCADORIA. PENA DE PERDIMENTO. APREENSÃO DE CONTÊINER: UNIDADE DE CARGA ACESSÓRIA. NÃO CABIMENTO DA RETENÇÃO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo concedeu segurança objetivando afastar a ilegalidade na apreensão dos containers, cuja mercadoria sofreu pena de perdimento de bens. 3. Nos termos do art. 3º da Lei n. 6.288/75 o container, para todos os efeitos legais, não constitui embalagem das mercadorias, sendo considerado sempre um equipamento ou acessório do veículo transportador. 4. A unidade de carga, seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo (art. 24, parágrafo único, da Lei n. 9.611/98). 5. A jurisprudência da 1ª Turma do STJ é pacífica no sentido de que não deve recair sobre a unidade de carga (contêiner) a pena de perdimento, por ser simples acessório da carga transportada. 6. Precedentes: REsp nºs 526767/PR, 526760/PR e 526755/PR. 7. Agravo regimental não-provido." (AgRg no Ag 950.681/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/3/2008, DJe 23/4/2008) - sem grifos no original

"MANDADO DE SEGURANÇA. ABANDONO DE CARGA. PERDIMENTO. APREENSÃO DO CONTAINER. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO. ANÁLISE DA LEI Nº 9.611/98 EM CONJUNTO COM OUTRAS. PRECEDENTE. I - O abandono da carga por seu dono é fato sujeito a procedimento administrativo fiscal com vistas à aplicação da pena de perdimento da respectiva mercadoria, mas não induz à apreensão do container que a embalou, uma vez que este tem existência concreta para atingir sua finalidade, conforme se depreende da análise conjunta da Lei nº 9.611/98, com o artigo 92, do Código Civil/02 e artigo 3º, da Lei nº 6.288/75. Precedente: REsp nº 526.767/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 19/09/05. II - Recurso especial improvido." (RESP 914700, Processo 200700028021, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, Data de Julgamento 17.04.2007, Data de Publicação 07.05.2007) - sem grifos no original

"ADMINISTRATIVO. APREENSÃO DE CARGA ABANDONADA. RETENÇÃO DE CONTAINER. LEIS NºS 6.288/75 E 9.611/98. 1. Segundo o art. 24 da Lei nº 9.611/98, os containers constituem-se em equipamentos que permitem a reunião ou unitização de mercadorias a ser transportadas, não podendo ser confundidos com embalagem ou acessório da mercadoria transportada. 2. Inexistente amparo jurídico para a apreensão de containers, os quais, pela sua natureza, não se confundem com a própria mercadoria transportada. 3. Recurso especial improvido." (RESP 908890, Processo 200602677491, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, Data de Julgamento 10.04.2007, Data de Publicação 23.04.2007).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRIBUTÁRIO - ADUANEIRO - CONTÊINER - DESUNITIZAÇÃO. - De acordo com remansoso entendimento jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta Colenda Corte Regional, o contêiner não guarda grau de paridade com a mercadoria nele transportada, não se sujeitando, pois, à pena de perdimento, colhendo-se como ilegal a sua apreensão por infrações relacionadas, exclusivamente, à própria carga ou ao importador. - Agravo de instrumento provido." (AI 0007549-51.2014.4.03.0000, 4ª Turma, Juiz Federal Convocado Marcelo Guerra, Data de Julgamento 24.07.2014, Data de Publicação 13.08.2014)

"ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA. LIBERAÇÃO DE CONTÊINER. UNIDADE DE CARGA DISTINTA. Discute-se o direito à liberação de contêineres, independentemente da finalização do procedimento para o perdimento das mercadorias neles mantidas, sob o fundamento de serem unidades de cargas autônomas, não se confundindo com o bem transportado. Faz a impetrante prova de sua qualidade de transportadora e possuidora direta do container, conforme documentos exigidos pela fiscalização, conhecimento de embarque e manifesto de carga, os quais acompanham todas as cargas comercializadas internacionalmente. Preliminar rejeitada para reconhecer a legitimidade da transportadora para a desunitização do container. Precedente do STJ. Os contêineres se encontram sujeitos ao regime aduaneiro especial de admissão temporária automática, nos moldes da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal IN-SRF 285, de 14 de janeiro de 2003, a qual considera referido equipamento como um acessório da mercadoria importada. (...) Os contêineres, conforme dita a lei, encontram-se beneficiados pelo regime de admissão temporária automática, como consequência da internação das mercadorias no País, cuja irregularidade destas não os sujeita às mesmas penalidades. Precedentes. Apelação provida." (Apelação em Mandado de Segurança 0000988-37.2011.4.03.6104, 3ª Turma, Juza Convocada Eliana Marcelo, Data de Julgamento 22.08.2013, Data de Publicação 30.08.2013).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. LIBERAÇÃO DE CONTÊINER. UNIDADE DE CARGA ACESSÓRIA, NÃO CABIMENTO DA RETENÇÃO. DESUNITIZAÇÃO.

1. Ultrapassado o prazo estipulado no artigo 642 do Regulamento Aduaneiro – Decreto nº 6.759/2009, ou seja, 90 dias contados da sua descarga, é direito líquido e certo da impetrante a desunitização do contêiner.
2. A unidade de carga é considerada como equipamento ou acessório do veículo transportador, nos termos da Lei nº 6.288/75.
3. A teor do artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 9.611/98, o contêiner não se confunde com a mercadoria nele transportada.

4. Não se pode penalizar a impetrante com a retenção do contêiner, por tempo indeterminado, em razão de possível conduta irregular do importador, ao qual cabe as providências imediatas e eventuais indenizações devidas pelo transporte irregular. De igual modo, também não pode ser penalizada por delongas, por parte da Autoridade coatora, em efetuar o devido processo de abandono ou perdimento das mercadorias, com consequente a liberação do contêiner.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007364-27.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ILMA GOMES DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO INSS LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007364-27.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ILMA GOMES DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO INSS LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para determinar à autoridade impetrada que conclua a análise do requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição formulado por **ILMA GOMES DA SILVA**.

A d. Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da remessa.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007364-27.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ILMA GOMES DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO INSS LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A impetrante pretende, com o presente *writ*, obter uma determinação para que a autoridade impetrada conclua o processo administrativo referente ao requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição.

Aduz que, embora tenha apresentado o requerimento administrativo em 21.11.2018, não houve a conclusão do processo até a data da impetração do mandado de segurança, em 17.06.2019.

Afirma que a não conclusão de seu processo administrativo configura demora injustificável, afrontando o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.

Demais disso, a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 37, o princípio da eficiência, aplicável à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre ao INSS, por conseguinte, agir de modo a assegurar a eficiência, ou seja, a presteza e a agilidade no decorrer dos processos sob sua responsabilidade.

Cite-se, ainda, o disposto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.

No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99, pelo que se impõe a concessão de ordem para determinar à autarquia previdenciária que proceda à apreciação do requerimento administrativo.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em casos semelhantes:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC/73. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil. 2. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. 3. In casu, o INCRA violou os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei 9.784/99, tendo em vista o prazo decorrido do protocolo do processo administrativo de georreferenciamento (em 01.2012 - f. 27) e a sua apreciação pela autoridade impetrada. 4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 5. Agravo legal desprovido." (AMS 00089549220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017..FONTE_REPUBLICAÇÃO:) (grifei)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO DO IMÓVEL RURAL. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Dispondo sobre a Administração Tributária Federal (como preceito especial que prevalece sobre a disposição normativa geral), a Lei 11.457/2007, em seu art. 24, estabelece a obrigatoriedade de decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Mesmo em vista do art. 5º, LXXVIII da Constituição que prevê a duração do processo como uma garantia fundamental, particularmente acredito que o prazo de 360 dias é excessivo em se tratando de requerimentos simples em forma de petições relacionadas a feitos não contenciosos na via administrativa (tais como pedidos de restituição etc.), embora não o seja em se tratando de feitos litigiosos (impugnações e recursos). 2. Contudo, o E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº. 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos. 3. Contudo, creio que o pleito formulado junto à Superintendência Regional do INCRA não assume contornos tributários, pois não me parece que essa seja a natureza de pleitos envolvendo a certificação de georreferenciamento da área rural. Inexistindo regra específica, nesses casos creio ser aplicável o comando geral trazido pelo art. 49 da Lei 9.784/1999, firmando o prazo de até 30 dias para a administração proceder suas obrigações, concluída a instrução de processo administrativo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 4. Na hipótese, tendo transcorrido prazo razoável para que a Administração concluisse a certificação de georreferenciamento da área rural, ou seja, há mais de um ano, deve a sentença que concedeu a segurança ser mantida. 5. Remessa oficial improvida." (REOMS 00089503520114036000, JUÍZA CONVOCADA MARCELE CARVALHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAÇA.:) (grifei)

Sendo assim, não merece reparos a sentença, devendo ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INSS. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88. ART. 49 DA LEI 9.784/99. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.
2. O artigo 49 da Lei nº 9.784/99 fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.
3. No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99.
4. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003985-83.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WISEWOOD - SOLUCOES ECOLOGICAS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003985-83.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WISEWOOD - SOLUCOES ECOLOGICAS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por **WISEWOOD - SOLUCOES ECOLOGICAS S.A.**, objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexigibilidade da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à impetração.

O Juízo a quo denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação.

Em sede de apelação, a impetrante requer:

a) a **suspensão do presente feito** na fase em que se encontra, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 603.624- Tema nº 325, para posterior aplicação do disposto no art. 1.039 do CPC;

b) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a o faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, **de modo que não poderia incidir sobre a folha de salários;**

c) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da e. Procuradora Regional da República, Alice Kanaan, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003985-83.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: WISEWOOD - SOLUCOES ECOLOGICAS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de suspensão do presente feito na fase em que se encontra, pois o reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

Passo ao exame do mérito.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceou o artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad valorem*.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas faculdades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalecente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1-A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2-A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o descabimento quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, §2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, §2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a ilegitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assentado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO INEXISTENTE. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. FOLHA DE SALÁRIOS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. TESE REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.
2. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.
3. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.
4. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005906-72.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: JOSE DONISETE CREPALDI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO FEDERICO - SP150697-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005906-72.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: JOSE DONISETE CREPALDI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO FEDERICO - SP150697-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para determinar à autoridade impetrada que conclua, no prazo de 30 dias, a análise do requerimento de revisão de aposentadoria formulado por JOSÉ DONISETE CREPALDI.

A d. Procuradoria Regional da República não opinou acerca do mérito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005906-72.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: JOSE DONISETE CREPALDI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FABIO FEDERICO - SP150697-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O impetrante pretende, com o presente *writ*, obter uma determinação para que a autoridade impetrada conclua o processo administrativo referente ao pedido de revisão de aposentadoria.

Aduz que, embora tenha protocolizado o requerimento de revisão em 08.11.2018, não houve a conclusão do processo até a data da impetração do mandado de segurança, em 23.05.2019.

Afirma que a não conclusão de seu processo administrativo configura demora injustificável, afrontando o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.

Demais disso, a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 37, o princípio da eficiência, aplicável à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre ao INSS, por conseguinte, agir de modo a assegurar a eficiência, ou seja, a presteza e a agilidade no decorrer dos processos sob sua responsabilidade.

Cite-se, ainda, o disposto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.

No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99, pelo que se impõe a concessão de ordem para determinar à autarquia previdenciária que proceda à apreciação do requerimento administrativo.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em casos semelhantes:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC/73. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil. 2. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. 3. In casu, o INCRA violou os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto ao dispositivo legal da Lei 9.784/99, tendo em vista o prazo decorrido do protocolo do processo administrativo de georreferenciamento (em 01.2012 - f. 27) e a sua apreciação pela autoridade impetrada. 4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 5. Agravo legal desprovido." (AMS 00089549220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO DO IMÓVEL RURAL. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Dispondo sobre a Administração Tributária Federal (como preceito especial que prevalece sobre a disposição normativa geral), a Lei 11.457/2007, em seu art. 24, estabelece a obrigatoriedade de decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Mesmo em vista do art. 5º, LXXVIII da Constituição que prevê a duração do processo como uma garantia fundamental, particularmente acredito que o prazo de 360 dias é excessivo em se tratando de requerimentos simples em forma de petições relacionadas a feitos não contenciosos na via administrativa (tais como pedidos de restituição etc.), embora não o seja em se tratando de feitos litigiosos (impugnações e recursos). 2. Contudo, o E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº. 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos. 3. Contudo, creio que o pleito formulado junto à Superintendência Regional do INCRA não assume contornos tributários, pois não me parece que essa seja a natureza de pleitos envolvendo a certificação de georreferenciamento da área rural. Inexistindo regra específica, nesses casos creio ser aplicável o comando geral trazido pelo art. 49 da Lei 9.784/1999, firmando o prazo de até 30 dias para a administração proceder suas obrigações, concluída a instrução de processo administrativo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 4. Na hipótese, tendo transcorrido prazo razoável para que a Administração concluisse a certificação de georreferenciamento da área rural, ou seja, há mais de um ano, deve a sentença que concedeu a segurança ser mantida. 5. Remessa oficial improvida." (REOMS 00089503520114036000, JUÍZA CONVOCADA MARCELE CARVALHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Sendo assim, não merece reparos a sentença, devendo ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INSS. REQUERIMENTO DE REVISÃO DE APOSENTADORIA. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88. ART. 49 DA LEI 9.784/99. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.
2. O artigo 49 da Lei nº 9.784/99 fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.
3. No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99.
4. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005634-43.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELANTAS ISOLANTES ELETRICOS DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005634-43.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELANTAS ISOLANTES ELETRICOS DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por **ELANTAS ISOLANTES ELÉTRICOS DO BRASIL LTDA.**, objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexistência da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à impetração.

O Juízo *a quo* denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação.

Em sede de apelação, a impetrante requer:

- a) a **suspensão do presente feito** na fase em que se encontra, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 603.624 – Tema nº 325, para posterior aplicação do disposto no art. 1.039 do CPC;
- b) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a o faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, **de modo que não poderia incidir sobre a folha de salários;**
- c) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, André de Carvalho Ramos, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005634-43.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ELANTAS ISOLANTES ELETRICOS DO BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de suspensão do presente feito na fase em que se encontra, pois o reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

Passo ao exame do mérito.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad valorem*.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas faculdades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1-A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2-A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o desacerto quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário-educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, §2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, §2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a ilegitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assentado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO INEXISTENTE. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. FOLHA DE SALÁRIOS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. TESE REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

2. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad valorem*.

3. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

4. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.

5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000197-74.2017.4.03.6135

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A, KAZYS TUBELIS - SP333220-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000197-74.2017.4.03.6135

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A, KAZYS TUBELIS - SP333220-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE HOTÉIS DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra sentença que denegou a segurança, para declarar a inexistência das contribuições ao **SEBRAE, INCRA e Salário Educação**, por inconstitucionalidade superveniente da base de cálculo, folha de salário, após a Emenda Constitucional 33 de 2001, na linha do decidido no RE 559.937, bem como para declarar o direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos.

A apelante - representando os interesses da classe setorial da indústria de hotéis do Estado de São Paulo - alega, em síntese, que as contribuições de intervenção no domínio econômico - CIDE não foram recepcionadas pela EC 33/2001, porquanto tal emenda teria trazido um rol taxativo à base de cálculo das supracitadas contribuições, tais como: faturamento, receita bruta ou valor da operação - não estando previsto o conceito de "folha de salários" ou "remunerações de qualquer natureza".

Com contrarrazões da União, vieram os autos a esse Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República, José Leonidas Bellem de Lima, pugnou pelo prosseguimento do feito.

É o breve relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000197-74.2017.4.03.6135

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND DE HOTEIS DE SAO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A, KAZYS TUBELIS - SP333220-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A tese apresentada pela apelante, no presente recurso, é a de que com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 - que acresceu o § 2º ao artigo 149 da Constituição Federal - houve posituação de rol taxativo das bases de cálculo impositivas para as contribuições sociais, interventivas (CIDEs) e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mencionadas no *caput*.

Assim, segundo a apelante, uma vez que as contribuições sociais destinadas a Terceiras Entidades (IN CRA, SEBRAE e FNDE-salário educação) são calculadas sobre a folha de salários, base alheia ao rol *numerus clausus* do § 2º, do artigo 149, CF, haveria que se concluir que tais valores são, presentemente, inexigíveis.

Esta é a redação do dispositivo:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Verifica-se, *prima facie*, que o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

Esta Corte possui jurisprudência consolidada a respeito da constitucionalidade das contribuições calculadas sobre a folha de salários frente à Emenda Constitucional 33/2001:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CIDE. ARTIGO 149, DA CF. EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001. ROL EXEMPLIFICATIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O cerne da tese trazida a juízo pela agravante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, que adotem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

2. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a".

3. A Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade" como pretende atribuir-lhe a apelante, tratando-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

4. Agravo desprovido." (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5013382-57.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/12/2017, Intimação via sistema.DATA: 09/12/2017)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO IN CRA. HONORÁRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, à luz do art. 127 da Lei 12.249/2010, entre o requerimento inicial do parcelamento da Lei 11.941/2009 e a indicação dos débitos que seriam incluídos no regime, há expressa determinação de suspensão de exigibilidade do crédito tributário. 2. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da contribuição destinada ao SEBRAE e ao IN CRA; inclusive após o advento da EC 33/2001, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, que apenas previu facultades ao legislador, e não a proibição de uso de outras bases de cálculo, além do faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de ser cabível a fixação de honorários de sucumbência quando a Exceção de Pré-Executividade for acolhida para extinguir total ou parcialmente a execução, em homenagem aos princípios da causalidade e da sucumbência. 3. Agravo de instrumento parcialmente provido. AI 0012405-87.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 27/10/2017:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2001. CONSTITUCIONALIDADE. I - A alteração promovida pela EC - 33/2001, que incluiu disposições no art. 149 da CF, não ocasionou a inconstitucionalidade da Contribuição ao SEBRAE. Precedentes deste Tribunal. II - Apelação improvida." AMS 0008249-50.2011.4.03.6105, Rel. Des. Fed. COTRIM GUIMARÃES, e-DJF3 29/06/2017:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO IN CRA E SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEGITIMIDADE DAS EXIGÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO. "FOLHA DE SALÁRIOS". POSSIBILIDADE. ART. 149, § 2º, III, DA CF É ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Inicialmente, no que tange à prescrição, às ações ajuizadas anteriormente a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, aplica-se o entendimento até então consagrado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual o prazo prescricional para restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação ocorre em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos contados da homologação tácita - tese dos "cinco mais cinco" (Embargos de Divergência em RESP n.º 435.835/SC - 2003/0037960-2) e, às ações ajuizadas após 09 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional quinzenal. 2. No mérito, as contribuições ao IN CRA e SEBRAE são consideradas contribuições especiais atípicas de intervenção no domínio econômico. São interventivas, pois a primeira visa financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, ao passo que a segunda destina-se a disseminar o fomento às micro e pequenas empresas. E, são contribuições especiais atípicas, na medida em que são constitucionalmente destinadas a finalidades não diretamente referidas ao sujeito passivo da obrigação tributária (referibilidade). 3. A contribuição ao IN CRA foi inteiramente recepcionada pela nova ordem constitucional. Ademais, a supressão da exação para o FUNRURAL pela Lei n.º 7.787/89 e a unificação do sistema de previdência através da Lei n.º 8.212/91 não provocaram qualquer alteração na parcela destinada ao IN CRA. Inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade na contribuição ao IN CRA, consoante decisões de nossas Corte de Justiça: 4. No tocante à contribuição para o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, instituída pela Lei n.º 8029/90, é contribuição especial atípica de intervenção no domínio econômico, prevista no artigo 149 da atual Constituição Federal, não necessitando de lei complementar para ser instituída. Do mesmo modo, não há qualquer ilegalidade na contribuição ao SEBRAE, confira-se o seguinte julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal: 5. O cerne da tese trazida a juízo pela parte impetrante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa. 6. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a". Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo. 7. Desse modo, não vislumbro óbice à adoção da "folha de salários" como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico. 8. Recurso de apelação da parte impetrante improvido, mantendo a sentença, que julgou improcedente os pedidos formulados na petição inicial, denegando a segurança, para declarar a exigibilidade das contribuições ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - IN CRA e ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, ambos sobre a folha de salários da impetrante, negando-lhe o direito de compensação." AC 0001898-13.2010.4.03.6100, Rel. Des. Fed. PAULO FONTES, e-DJF3 24/09/2015:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO IN CRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensivo da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao IN CRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas facultades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao IN CRA. 5. Agravo inominado desprovido." AMS 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 28/06/2013:

Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no RE 603.624, que ainda pendente de julgamento. O que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante (grifos nossos):

AI 766.759, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, monocrática DJe 22/10/2009 : "AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. I. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: "TRIBUNÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÕES AO SEBRAE-APEX-ABDI. PRESCRIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador, cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo prescricional propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC 118/2005. 2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a prescrição quinquenal às novas disposições introduzidas pela LC 118/2005, sendo esta a hipótese dos autos. 3. A contribuição ao SEBRAE não é nova, tratando-se de adicional às alíquotas das contribuições ao SESI/SENAI e ao SESC/SENAC, apesar de ser totalmente autônoma e desvinculada daquelas que a originaram. Assim, como não é contribuição prevista no art. 195, mas no 149, não se inclui na ressalva do art. 240 da Constituição, 4. Apelação improvida" (fl. 288). 3. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a harmonia do julgado recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (fls. 371-372). 4. Agravante alega que teria sido contrariado o art. 149, § 2º, da Constituição da República (norma alterada pela Emenda Constitucional n. 33/2001). Sustenta que "as contribuições exigidas com base no art. 149, a partir de 11/12/2001, somente poderão tomar como base o 'faturamento', a 'receita bruta' ou o 'valor da operação' (em caso de importação), nunca a folha de salários. (...) a alteração promovida pela EC n.º 33/2001, embora simples, estabeleceu novas técnicas de validação e imposição para as contribuições em questão, restringindo a exigibilidade das mesmas às hipóteses (bases de cálculo) previstas naquele dispositivo constitucional, que corporifica a regra matriz de incidência tributária das exações" (fls. 306-307). Apreciada a matéria posta em exame, DECIDO. 5. Em preliminar, é de se ressaltar que, apesar de ter sido a Agravante intimada depois de 3.5.2007 e constar no recurso extraordinário capítulo destacado para a defesa da repercussão geral da questão constitucional, não é o caso de se iniciar o procedimento para a aferição da sua existência, pois, nos termos do art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - com a redação determinada pela Emenda Regimental n. 21/2007 -, esse procedimento somente terá lugar "quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão". Essa é a situação do caso em exame, em que a análise da existência, ou não, da repercussão geral da questão constitucional torna-se dispensável, pois há outro fundamento suficiente para a inadmissibilidade do recurso. 6. Razão de direito não assiste à Agravante. 7. No julgamento do Recurso Extraordinário 396.266, Relator o Ministro Carlos Velloso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido da constitucionalidade da contribuição destinada ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae. Confira-se, a propósito: "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEBRAE: CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. Lei 8.029, de 12.4.1990, art. 8º, § 3º. Lei 8.154, de 28.12.1990. Lei 10.668, de 14.5.2003. C.F., art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4º. I. - As contribuições do art. 149, C.F. - contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas - posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, C.F., isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4º, C.F., decorrente de 'outras fontes', é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: C.F., art. 154, I, ex vi do disposto no art. 195, § 4º. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base impositiva e contribuintes: C.F., art. 146, III, a. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, RTJ 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/684.II. - A contribuição do SEBRAE - Lei 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 - é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1º do D.L. 2.318/86, SESI, SENAI, SESC, SENAC. Não se inclui, portanto, a contribuição do SEBRAE, no rol do art. 240, C.F. III. - Constitucionalidade da contribuição do SEBRAE. Constitucionalidade, portanto, do § 3º, do art. 8º, da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003. IV. - R.E. conhecido, mas improvido" (DJ 27.2.2004). 8. No mesmo julgamento, decidiu-se que essa contribuição seria exigível de empresas que exerçam atividade econômica, não sendo necessária a vinculação direta entre o contribuinte e o benefício decorrente da aplicação dos valores arrecadados. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. 9. Quanto à afirmação da Agravante de que as alterações produzidas no art. 149 da Constituição pela Emenda Constitucional n. 33/2001, teriam tornado inconstitucional a incidência da contribuição ao Sebrae sobre a folha de salários, é de se realçar, como o fez o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 733.110, que: "Destaco, no ponto, que o pronunciamento da Corte sobre a constitucionalidade da contribuição ocorreu em 2004, data posterior, portanto, à EC 33. Vale ressaltar que o inciso III desse parágrafo não é taxativo quanto às alíquotas das contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico" (DJe 2.2.2009). Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Agravante. 10. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil, e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)."

Ressalte-se, ainda, que o Salário-Educação possui fundamento constitucional diverso e autônomo, previsto no art. 212, § 5º, da CF, o que legitima a manutenção da exação após a entrada em vigor da emenda constitucional, *in verbis*:

§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Sobre o assunto, colaciono precedente dessa Corte Regional da 3ª Região:

AMS 00019904620164036143, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOMDI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/07/2017: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE JÁ ASSENTADA PELO STF. IRRELEVÂNCIA DA ENTRADA EM VIGOR DA EC 33/01, POSTO TER A CONTRIBUIÇÃO MATRIZ CONSTITUCIONAL PRÓPRIA - ART. 212, § 5º, DA CF. I.O plenário do Supremo Tribunal Federal em sessão de 17/10/2001, por maioria de votos - vencido apenas o Min. Marco Aurélio - concluiu o julgamento do RE nº 290.079/SC onde reconheceu a inexistência de incompatibilidade do salário - educação tanto com a EC nº 1/69, quanto com a atual Magna Carta; considerou ainda válida a alíquota prevista no DL 1.422/75, e ainda que a circunstância de a Carta atual fazer remissão no § 5º do art. 212 ao instituto jurídico do salário - educação já existente na ordem jurídica anterior, deve ser compreendida no sentido da recepção da contribuição na forma em que se encontrava, aproveitando-se tudo aquilo que fosse compatível com sua nova natureza tributária. 2. Aduz, a parte impetrante que a inclusão do § 2º ao art. 149 da CF acabou por limitar a instituição das contribuições sociais aos fatos geradores ali elencados, o que tornaria inconstitucional a incidência do salário-educação sobre a folha de salários a partir da EC 33/01. Porém, olvida-se do fato de a referida contribuição social geral ter matriz constitucional própria - o art. 212, § 2º, da CF - permitindo a manutenção da exação após a entrada em vigor da emenda constitucional, conforme sedimentado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

AI 472.496 AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 04/08/2006: "1. Salário-educação: validade da contribuição do salário-educação em face da Carta de 1969 e a sua recepção pela Constituição de 1988, em conformidade com o entendimento adotado pelo plenário do Tribunal no RE 290.079, Ilmar Galvão, DJ 04.04.2003: incidência da Súmula 732. 2. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à inexigibilidade de as empresas prestadoras de serviço recolherem o salário-educação, que está adstrita ao exame da violação à legislação infraconstitucional, ao qual não se presta o RE."

Configurada, pois, a exigibilidade das referidas contribuições, resta prejudicada a análise sobre a possibilidade de compensação.

Assim, ante todo o exposto, nego provimento à apelação, mantendo *in totum* a r. sentença do juízo a quo.

É como voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE). INCR. SEBRAE. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º DO ARTIGO 149, CF. TESE DE RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA REJEITADA. ART. 212, §5º. BASE CONSTITUCIONAL PRÓPRIA DO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia consiste na constitucionalidade ou inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, que adotem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo *ad valorem* possíveis, no qual esta não estaria inclusa.
2. O § 2º do artigo 149 da Constituição Federal não é proibitivo, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo. O objetivo do constituinte derivado não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.
3. Consolidada a jurisprudência desta Corte a respeito da possibilidade de utilização da folha de salários como base de cálculo das contribuições referidas no caput do artigo 149 da Constituição Federal, frente à Emenda Constitucional 33/2001.
4. O Salário-Educação possui fundamento constitucional diverso e autônomo, previsto no art. 212, § 5º, da CF, o que legitima a manutenção da exação após a entrada em vigor da emenda constitucional.
5. Reconhecida a repercussão geral do tema discutido nestes autos no julgamento do RE 603.624, que ainda pendente de julgamento. Em verdade, o que se observa é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, presentemente, está orientada em sentido contrário à pretensão da apelante.
6. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007768-21.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: KERRY DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MILTON CARMO DE ASSIS JUNIOR - SP204541-A, THAYSE CRISTINA TAVARES - SP273720-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL CAMPINAS, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007768-21.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: KERRY DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MILTON CARMO DE ASSIS JUNIOR - SP204541-A, THAYSE CRISTINA TAVARES - SP273720-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL CAMPINAS, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Kerry do Brasil Ltda.**, em face da sentença que denegou a ordem, tendente a determinar a exclusão do PIS e da COFINS, de sua própria base de cálculo, e, reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC.

A impetrante, ora apelante, alega que:

- a) no julgamento do RE nº 574.706/PR, o STF adotou um novo conceito de receita bruta, razão pela qual os tributos que meramente transitam pelo caixa dos contribuintes – notadamente, o PIS/COFINS – não configuram receita tributável;
- b) há vasta fundamentação legal e jurisprudencial que suportam a legitimidade da incidência do PIS e da COFINS em sua própria base de cálculo;
- c) os fundamentos da decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, não se restringem à discussão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, mas se centralizam na análise do conceito de receita bruta tributável.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Sonia Maria Curvello, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007768-21.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: KERRY DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MILTON CARMO DE ASSIS JUNIOR - SP204541-A, THAYSE CRISTINA TAVARES - SP273720-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL CAMPINAS, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não merece amparo.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”.

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”, conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido.”

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se “os tributos sobre ela incidentes”, o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: “O simples fato de os valores dispendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária.”

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, conforme se denota dos seguintes julgados:

“1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.

[...]

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. “CÁLCULO POR DENTRO”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada “cálculo por dentro”, não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(RE 524031 Agr/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005. AgrRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo at qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]

(REsp 1144469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Seção, DJE DATA:02/12/2016) (grifei)

Seguindo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do “cálculo por dentro”, ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que “o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo” (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do “cálculo por dentro” do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

"APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS. AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas –, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se relembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições."

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHNSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016."

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGER RAUPP RIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO POR DENTRO.

As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao ICMS."

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

Desse modo, afirmando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconheceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.

2. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027417-21.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO
- DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SKINTEC COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MONICA SERGIO - SP151597-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027417-21.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO
- DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SKINTEC COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MONICA SERGIO - SP151597-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIAO** em face da sentença concessiva, nos autos de mandado de segurança, para declarar o direito da impetrante **KINTEC COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA**, à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a. ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e COFINS;
- b. a parcela referente ao ISS, embutida no preço da mercadoria, sem dúvida compõe esse preço e é um dos elementos formadores do faturamento da empresa – devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional, inclusive para a realização do reexame necessário.

O Ministério Público Federal, em manifestação da e. Procuradora Regional da República, ADRIANA DA SILVA FERNANDES, opinou apenas pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027417-21.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO
- DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SKINTEC COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MONICA SERGIO - SP151597-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O cerne da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços (ISS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação ou restituição tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Quanto ao mérito, em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Apesar da inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJE-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.

2. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.

6. A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos - artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.

8. Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApRee/Nec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que o **reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento simulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, **reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeatur.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.**

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. **INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS.** DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento simulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 31/10/2018 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretentes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EResp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPÚRGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIAS DESPROVIDAS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação ou restituição dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

3. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

4. Impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.

5. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

6. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **31/10/2018**.

8. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União e reexame necessário desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017255-30.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SYNERGIA - CONSULTORIA URBANA E SOCIAL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: EDUARDO JUNQUEIRA DE OLIVEIRA MARTINS - SP271217-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017255-30.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SYNERGIA - CONSULTORIA URBANA E SOCIAL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: EDUARDO JUNQUEIRA DE OLIVEIRA MARTINS - SP271217-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, observada a prescrição quinquenal, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC.

A União aduz, em síntese, que:

a) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na incidência do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituir, referido tributo, o faturamento e a receita da empresa e compor o preço do serviço;

b) com a edição da Lei nº 12.973/2014 resta incontestado a inclusão do ISS na base de cálculo das contribuições em análise;

c) no tocante à compensação, deve-se ressaltar que o art. 26-A da Lei nº 11.457/2007 apenas autoriza a compensação recíproca entre tributos previdenciários e não previdenciários para sujeitos passivos que utilizam o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas – eSocial, sendo, inclusive, vedado o encontro de contas recíproco antes da utilização do e-Social (art. 26-A, I e § 1º, I, “a”, da Lei nº 11.457, de 2007).

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do e. Procurador Regional da República André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5017255-30.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRACAO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO - DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SYNERGIA - CONSULTORIA URBANA E SOCIAL LTDA.

Advogado do(a) APELADO: EDUARDO JUNQUEIRA DE OLIVEIRA MARTINS - SP271217-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que conстou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão dos autos não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse averçar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas.

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme conстou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta, tampouco o ISS.

Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 533, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por consequente, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81: TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial e ao recurso de apelação, apenas para determinar a aplicação do art. 26-a da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

3. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

10. Remessa oficial e recurso de apelação providos em parte, apenas para determinar a observância do art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial e ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008048-47.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: G.C. TEXTIL IMPORTACAO E COMERCIO DE TAPETES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008048-47.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: G.C. TEXTIL IMPORTACAO E COMERCIO DE TAPETES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **G.C. Têxtil Importação e Comércio de Tapetes Ltda.**, em face da sentença que denegou a ordem tendente a reconhecer a não incidência do IPI sobre os produtos importados pela impetrante, ora apelante, quando da saída do estabelecimento para a comercialização no mercado interno, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente.

A apelante alega, em síntese, que o importador não pode ser equiparado ao industrial, para fins de incidência do IPI na revenda do produto importado no mercado interno, pois não realiza qualquer operação de beneficiamento ou industrialização que modifique a natureza do produto. Aduz, ainda que tal equiparação fere o princípio da legalidade e afronta o contido nos arts. 46, 51, incisos I e II e parágrafo único do Código Tributário Nacional; e, 153, inciso IV e §3º, inciso II da Constituição Federal.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República, Fátima Aparecida de Souza Borghi, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008048-47.2019.4.03.6119

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: G.C. TEXTIL IMPORTACAO E COMERCIO DE TAPETES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, LUCAS RICARDO LAZARO DA SILVA - SP418270-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De fato, as decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp n.º 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Veja-se:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador; seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador; já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos REsp. n.º 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008." (EREsp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015) (grifei)

Assim, em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador, equiparado a estabelecimento produtor.

No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco bis in idem, dupla tributação ou bitributação. Isso porque a primeira tributação (no momento do desembaraço aduaneiro) recai sobre o preço de compra, no qual está embutida a margem de lucro da empresa estrangeira, ao passo que a segunda tributação (no momento da saída do produto industrializado do estabelecimento) incide sobre o preço de venda, onde já está incluída a margem de lucro da empresa brasileira importadora.

Com base nessa exegese, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese, para efeito do artigo 543-C do Código de Processo Civil: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil."

Tem-se, ainda, que como o IPI é um imposto não-cumulativo, do valor devido na venda do produto no mercado nacional será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, de acordo como disposto no artigo 226 do Decreto n.º 7.212/2010.

Sendo assim, a jurisprudência desta Corte já vem alinhando a esse novo entendimento, como se denota nos seguintes julgados:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. APELO E RAZÕES DISSOCIADAS, REMESSA OFICIAL, DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IPI. FATO GERADOR. SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA E REMESSA OFICIAL PROVIDA. 1. Não se conhece da apelação, que veicula razões dissociadas do objeto da causa. 2. Firmada, pela Corte Superior, o entendimento pela viabilidade e autonomia das operações de desembaraço aduaneiro e circulação a partir do estabelecimento do importador, sem quebra de isonomia, à luz da natureza e origem da atividade e do bem envolvido nas situações discutidas, a justificar a exigibilidade do IPI do produto importado, quando de sua saída para revenda, ainda que sem sofrer nova transformação, beneficiamento ou industrialização. 3. Firmada, a propósito, a jurisprudência no sentido de que assim é porque a legislação equipara o importador ao industrial, sem que se cogite de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, visto que a incidência no desembaraço aduaneiro alcança o preço de compra, com inclusão da margem de lucro do produtor, enquanto que a incidência na saída do estabelecimento considera o preço da venda, no qual incluída a margem de lucro da importadora, sem que seja, tampouco, vislumbrada operação excessiva da cadeia produtiva em razão da possibilidade de crédito do IPI pago no desembaraço para uso na operação posterior. 4. **Sujeita, portanto, a resolução da espécie ao precedente, firmado sob o rito do artigo 543-C, CPC/1973, dispondo que "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil" (Embargos de Divergência no RESP 1.403.532, Rel. p/ acórdão Min. MAURO CAMPBELL, publicado no DJe 18/12/2015).** 5. Aplicada tal orientação a partir da norma concreta de incidência, cuja materialidade foi reconhecida como presente na operação de saída para revenda de bem estrangeiro do estabelecimento do importador (artigo 46, CTN), não se pode cogitar de eventual vício de inconstitucionalidade à luz de norma de alcance mais abstrato, carente de densidade normativa concreta e específica, para fins de desconstituir a presunção de constitucionalidade da norma e da incidência fiscal discutida. 6. **Apelação não conhecida e remessa oficial provida.**" (APELREEX 00032339120154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"TRIBUTÁRIO - IPI - IMPORTAÇÃO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO - REVENDA DA MERCADORIA IMPORTADA - INCIDÊNCIA - BIS IN IDEM QUE NÃO SE CARACTERIZA 1. O Decreto n. 87.981/82, em seu artigo 107, inciso I, previa que o recolhimento do tributo deveria se dar no momento do desembaraço aduaneiro, nos casos de importação de mercadorias. 2. A operação de venda e o desembaraço aduaneiro de um produto são duas operações separadas e independentes. São fatos geradores diferentes para o mesmo imposto. O IPI deve incidir tanto na importação quanto na venda do produto (EREsp 1403532/SC) 3. Não se vislumbra ocorrência de bis in idem avertedo, considerando que a lei elige dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor; 4. Apelação e remessa oficial providas." (AMS 00041779320154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. IPI. INCIDÊNCIA SOBRE REVENDA DE MERCADORIA IMPORTADA, SEM QUALQUER ALTERAÇÃO, JÁ TRIBUTADA NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FATOS GERADORES DISTINTOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. 1. A matéria está sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do EREsp nº 1.403.532/SC, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, motivo pelo qual o julgamento por decisão monocrática do relator era perfeitamente cabível, nos termos do art. 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A adoção do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do EREsp nº 1.403.532/SC independe da publicação ou do trânsito em julgado do acórdão paradigma, conforme entendimento do STJ e do STF. 3. Questiona-se acerca da possibilidade de incidência do IPI na operação de revenda de mercadoria, sem qualquer alteração, para o mercado interno, pelo importador que já pagou o mesmo tributo quando do desembaraço aduaneiro; noutro dizer: questiona-se a dupla incidência do IPI, ou seja, uma primeira quando do desembaraço aduaneiro, e uma segunda no momento em que o importador promove a saída do produto de seu estabelecimento para revenda. 4. Quanto ao primeiro momento da hipótese de incidência do IPI, no desembaraço aduaneiro, sua disciplina legal se encontra diretamente no artigo 46, I, c/c o artigo 51, I, ambos do Código Tributário Nacional. 5. Além disso, também é fato gerador do IPI a saída desse produto do estabelecimento de um importador; de um comerciante ou de um arrematante (art. 46 c/c. art. 51, § único, do CTN). Quando o importador paga o IPI é óbvio que o faz nessa condição, e não como equiparado ao industrial. 6. O objeto de incidência do IPI (tributo extrafiscal) não é o fenômeno econômico da industrialização, mas sim o produto industrializado, de acordo com o artigo 153, IV, da Constituição Federal, modo que será tributado pelo IPI o produto industrializado em duas situações juridicamente distintas, dissociadas material e temporalmente: o desembaraço aduaneiro de mercadoria alienígena desembaraçado no país e a saída dessa mesma mercadoria do estabelecimento do importador; equiparado à industrial, sempre observada a regra da não cumulatividade. 7. Ainda, tratando-se de um imposto não-cumulativo, do valor do IPI devido na venda do produto no mercado nacional, será deduzido o valor do mesmo imposto pago no desembaraço aduaneiro, o que reduz a base impositiva dessa segunda operação (alienação interna) ao valor adicionado à primeira, conforme dispõe o artigo 226 do Decreto nº 7.212/2010. 8. É de se registrar que as duas Turmas da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça/STJ apresentavam decisões no sentido do exposto: EDcl no REsp 1435282/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014 - REsp 1429656/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014 - AgRg no AgRg no REsp 1373734/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 11/12/2013. Essa posição restou adotada no julgamento - em sede de recurso repetitivo - do EREsp 1.403.532/SC (proc. 2014/0034746-0, da 4ª Região), por maioria, nos termos do voto do Ministro MAURO CAMPBELL. 9. Inexistência de violação ao princípio da isonomia. 10. Agravo legal improvido." (AC 00119771220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/06/2016..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ainda, diga-se que, não há violação às disposições do GATT, tendo em vista que a obrigação de tratamento nacional, tem aplicação somente na primeira operação, ou seja, a de importação do bem. A segunda operação, a de revenda, ora em análise, é interna.

Destarte, a igualdade ao tratamento nacional, nos termos do GATT, resta preservada para a primeira operação.

Por fim, diga-se que o reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IPI. DESEMBARAÇÃO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. FATOS GERADORES DISTINTOS. INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E *BIS IN IDEM*, DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ERESP 1.403.532/SC. ART. 543-C DO CPC/73.

1. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015. Ademais, a tutela de urgência concedida pelo STF na Ação Cautelar 4129 MC/DF tem sua eficácia restrita às partes daquela demanda, de modo que seu resultado não beneficia a impetrante.

2. As decisões anteriormente proferidas alinhavam-se à orientação firmada em precedentes desta Corte, desta Turma e de julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais não há fato gerador do IPI quando não verificada a realização de processo de transformação, beneficiamento ou industrialização do produto importado no território nacional.

3. Ocorre, porém, que, ressalvado o entendimento firmado nesta Corte, a questão veio a ser objeto de reexame pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do EREsp 1.403.532/SC, na sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

4. Em mudança de paradigma, passou o Superior Tribunal de Justiça a entender que consistem em fatos geradores distintos: i) o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior; ii) a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor.

5. No entender daquela Colenda Corte, ambas as hipóteses estão sujeitas à incidência do IPI, sem que com isso haja quebra de isonomia, tampouco *bis in idem*, dupla tributação ou bitributação.

6. Com base nessa exegese, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese, para efeito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil."

7. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027274-66.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA., TRUSTEE SOCIEDADE ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027274-66.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA., TRUSTEE SOCIEDADE ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação interposto pela **UNIÃO** em face da sentença concessiva, nos autos de mandado de segurança, para declarar o direito das impetrantes **TACS – TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA** e **TRUSTEE SOCIEDADE ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA** à exclusão dos valores correspondentes ao ISS na base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a suspensão do processo até o julgamento dos embargos declaratórios;

b) o entendimento majoritariamente adotado pelo plenário quanto ao ICMS no RE 574.706/PR não se aplica ao ISS;

c) que a parcela referente ao ISS, embutida no preço da mercadoria, sem dúvida compõe esse preço e é um dos elementos formadores do faturamento da empresa – devendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS;

d) o pleito de compensação é descabido porquanto não houve prova de recolhimento.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional, inclusive para a realização do reexame necessário.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, Walter Claudius Rothenburg, deixou de exarar parecer por entender que a situação descrita nos autos não se enquadra nos direitos de relevância social ou individuais indisponíveis, tutelados pelo *parquet*. Opinou apenas pelo prosseguimento do feito.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027274-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TACS - TRIUNFO ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA., TRUSTEE SOCIEDADE ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A
Advogados do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE DELLIVENNERI MANSSUR - SP176943-A, THIAGO CERAVOLO LAGUNA - SP182696-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O ceme da presente controvérsia gravita em torno do pleito das empresas impetrantes acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Serviços (ISS base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem

No caso em análise, face à sentença concessiva de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, coma análise da remessa necessária.

No que toca ao pedido de sobrestamento do feito, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia. Veja-se:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (RE nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS RECOLHIDO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - ICMS-ST. EXCLUSÃO NO CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. *Apelação da União não conhecida no que tange à necessidade de ser observado o disposto no artigo 170-A, do CTN, uma vez que a sentença não destoou desse entendimento.*

2. *O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*

3. *A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*

4. *A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*

5. *Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha enfrentado a controvérsia atinente ao regime tributário adotado para a arrecadação do ICMS, tal questão não pode servir de óbice à aplicação do referido precedente quanto à exclusão do ICMS recolhido antecipadamente pelo substituto tributário em nome do contribuinte substituído, notadamente se considerada a circunstância de que tais antecipações do ICMS serão computadas no custo dos bens adquiridos pelo substituído e, por conseguinte, integrarão a sua receita bruta na etapa subsequente.*

6. *A compensação (a ser realizada após o trânsito em julgado destes autos - artigo 170-A do CTN) deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração. Deverá, outrossim, ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic (artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995).*

7. *Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte à compensação (Súmula 213 do STJ). Reserva-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, os documentos colacionados aos autos são suficientes. A título ilustrativo, cumpre citar os comprovantes de arrecadação de Cofins não cumulativa, código de receita 5856, bem como de PIS não cumulativo, código de receita 6912.*

8. *Apelação da União improvida na parte conhecida. Remessa oficial parcialmente provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5004832-09.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/03/2019, Intimação via sistema DATA: 27/03/2019)

Assim, impende destacar que o **reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza - ISS, externando semelhança ao debate da inclusão do ICMS na base de cálculo da mencionadas contribuições.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinalizou no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS se inclui na base de cálculo do FINSOCIAL."

Desta forma, reconheço a plausibilidade da tese defendida nesta ação, razão pela qual não deve ser admitida a inclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Em relação ao pedido de compensação, havendo a opção pelo ingresso em juízo, o regime normativo a ser aplicado é o da data do ajuizamento da ação.

Assim, as diferenças recolhidas a maior devem ser compensadas nos termos Lei nº 10.637, de 30/12/2002 (que modificou a Lei nº 9.430/96), considerando-se prescritos os créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior há cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente ação foi proposta em 30/11/2011.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o quantum debeat.

Os créditos da autora devem ser atualizados na forma da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162).

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 09/04/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/04/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ISS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. **Embora a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.**

2. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

3. Recurso desprovido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0005905-84.2012.4.03.6130, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 26/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/03/2015)

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. **INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.**

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento simulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Mantido, portanto, o reconhecimento do direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, comprovando os recolhimentos, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 14/12/2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.**

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença recorreu não conheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Preterito Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União e **dou parcial provimento** à remessa necessária, apenas para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ISS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito afastado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia **evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito** das demais demandas em que se discute o tema.

3. Ademais, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

4. Em que pese a hipótese verse, exclusivamente, sobre a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/COFINS, é pertinente, na solução do caso concreto, destacar a jurisprudência firmada na questão do ICMS, considerando a identidade de fundamentação e tratamento da controvérsia.

5. A novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS.

6. Impende destacar que **o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas**, neste sentido é a jurisprudência desta Terceira Turma.

7. A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

8. O ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, após observada a prescrição quinquenal, aquela deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, comprovando os recolhimentos, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em **14/12/2017**.

10. Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

11. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito.

12. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001868-93.2011.4.03.6115

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: USINA SANTA RITA S AACUCAR E ALCOOL

Advogados do(a) APELANTE: UBIRATAN BAGAS DOS REIS - SP277722-A, CRISTIAN ROBERT MARGIOTTI - SP159616-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001868-93.2011.4.03.6115
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: USINA SANTA RITAS AACUCAR E ALCOOL
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIAN ROBERT MARGIOTTI - SP159616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **USINA SANTA RITAS/AACUCAR E ALCOOL** em face da sentença que denegou a ordem em autos de mandado de segurança, no bojo do qual se buscava a inclusão da impetrante no parcelamento previsto na Lei nº 10.522/2002.

Inconformada, a apelante alega que sua inclusão no parcelamento pretendido foi obstada em razão de circunstâncias subjetivas, em violação ao princípio da igualdade.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001868-93.2011.4.03.6115
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: USINA SANTA RITAS AACUCAR E ALCOOL
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIAN ROBERT MARGIOTTI - SP159616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A concessão da pretensão da recorrente, de inclusão no parcelamento instituído pela Lei nº 10.522/2002, pressupõe o atendimento aos requisitos elencados pela lei de regência.

Como restou consignado na sentença, além de não ter sido verificada abusividade na conduta da autoridade apontada como coatora ao indeferir o parcelamento, diante das particularidades do caso, não foi comprovado o pagamento antecipado da primeira parcela, conforme estabelecido pelo art. 11 da Lei nº 10.522/2002 ("o parcelamento terá sua formalização condicionada ao prévio pagamento da primeira prestação").

A apelante, por sua vez, assevera que tal requisito não lhe foi imposto e que o fundamento para o indeferimento do parcelamento refere-se somente a circunstâncias subjetivas.

Equívoca-se a impetrante, uma vez que se trata de requisito legal, cujos termos de cumprimento encontram-se descritos na lei, e que independe de notificação prévia para que seja atendido pelo contribuinte.

Outrossim, verifica-se que o ato impugnado foi devidamente fundamentado nos termos da Lei nº 10.522/2002, especialmente em seu art. 10.

Dessa forma, ainda que restasse afastada a fundamentação impugnada pela impetrante, de exclusões sucessivas de parcelamentos em razão de inadimplemento, sua pretensão não poderia ser acolhida diante da ausência de pressuposto legal para o deferimento do parcelamento da Lei nº 10.522/2002.

Por oportuno, trago a lume os seguintes arestos:

"TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. PROGRAMA ESPECIAL DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - PERT. LEI Nº 13.469/17. REQUISITOS LEGAIS. NÃO OBSERVÂNCIA. FALHA DE ORDEM SISTÊMICA. NÃO DEMONSTRADA. 1. O prazo para a adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) deveria ser formulado até o dia 14 de novembro de 2017, a teor do art. 1º, §3º, da Lei nº 13.469/17. 2. Consoante se infere da Nota Técnica nº 607/17, tendo em vista a constatação de que, em alguns casos, houve indisponibilidade temporária do aplicativo Sistema de Parcelamentos da PGFN (Sispamet) para a internet, o prazo para solicitação da adesão foi prorrogado para 30/11/17, desde que comprovado que a adesão não tenha se dado em decorrência de problemas de ordem técnica. 3. **O parcelamento é uma opção conferida por lei ao contribuinte (estabelecidas as suas condições na lei), o qual tem a faculdade de a ele aderir ou não, sendo certo que, optando pela adesão, deve sujeitar-se às regras que o regem.** 4. Não se pode olvidar que problemas de natureza técnica no sistema eletrônico de parcelamento, do qual decorra, por exemplo, o eventual descumprimento de formalidades imprescindíveis à respectiva adesão, associados à postura diligente adota pelo contribuinte para a solução do óbice, podem lhe ensejar um provimento favorável, desde que efetivamente demonstrados. Precedentes. 5. Extrai-se dos autos que o apelante formulou, apenas em 15/12/17, pedido de consolidação manual do PERT para a inclusão dos débitos inscritos nos nº 80.1.14.033852-60, nº 80.1.15.029788-12 e nº 80.1.16.027309-87, o qual restou administrativamente indeferido, à míngua da comprovação de falhas de natureza sistêmica no ato de adesão, bem como em razão da intempestividade do respectivo protocolo. 6. Não restou devidamente delineado que o descumprimento das formalidades previstas na Lei nº 13.469/17 tenha sido ocasionado por erros de ordem técnica, tampouco se desincumbiu o apelante do ônus de demonstrar que tenha agido com diligência visando a sanar o referido entrave, mormente em razão da intempestividade do requerimento de inclusão manual. 7. Apelação não provida". (grifei)

(ApCiv 5012157-98.2018.4.03.6100, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRAMARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 23/12/2019.)

"MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.457/2007 (ART. 24). MANTIDA. MANUTENÇÃO DO DÉBITO NO PARCELAMENTO (LEI Nº 11.941/09). AFASTADA. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO APELATÓRIO IMPROVIDOS. - Mantida a sentença que concedeu a segurança para determinar a conclusão dos processos administrativos formulados pelos impetrantes há mais de 360 (trezentos e sessenta) dias e que, porventura, ainda estejam pendentes de apreciação, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, vez que há previsão legal (art. 24 da lei 11.457/07) para tal, sendo que, para o caso sub judice, os impetrantes protocolaram, na esfera administrativa, pedidos de restituição, datados de 11/01/12, e, até a interposição da presente demanda 08/10/13, não havia qualquer notícia de decisão/manifestação administrativa. - Afastada a hipótese de manutenção dos débitos no parcelamento previsto na Lei nº 11.941/09, vez que os impetrantes infringiram disposição (§9º do art. 1º) que acarretava na imediata rescisão. **Destaque-se que a opção pelo parcelamento, não se reveste de obrigatoriedade, mas, facultatividade. Contudo, concretizada a opção, o interessado se sujeita às regras pré-estabelecidas e dispostas no comando legal (art. 5º).** - Reexame necessário e apelação improvidos". (grifei)

(ApeRemNec 0018327-50.2013.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/10/2019.)

Ausente, portanto, um dos requisitos legais para o deferimento do parcelamento, aos quais estão submetidos todos aqueles que, facultativamente, aderem a programas de parcelamento, razão pela qual a sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO EM PARCELAMENTO. LEI Nº 10.522/02. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO LEGAL NÃO PREENCHIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação interposto em face da sentença que denegou a ordem em autos de mandado de segurança, no bojo do qual se buscava a inclusão da impetrante no parcelamento previsto na Lei nº 10.522/2002.
2. Não preenchido o requisito previsto no art. 11 da Lei nº 10.522/2002 (“o parcelamento terá sua formalização condicionada ao prévio pagamento da primeira prestação”).
3. Ainda que restasse afastada a fundamentação impugnada pela impetrante, de exclusões sucessivas de parcelamentos em razão de inadimplemento, sua pretensão não poderia ser acolhida diante da ausência de pressuposto legal para o deferimento do parcelamento.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001849-22.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: AVEC VERRE DESIGN PRODUTOS ESPECIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A, EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

Fica a parte APELADA intimada do r. despacho ID 136349781.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5014284-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ADVOCACIA ARIIVALDO DOS SANTOS - EPP
Advogados do(a) PARTE AUTORA: ARIIVALDO DOS SANTOS - SP92954-A, SULMARA POLIDO - SP255834-A
PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) PARTE RE: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5014284-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ADVOCACIA ARIIVALDO DOS SANTOS - EPP
Advogados do(a) PARTE AUTORA: ARIIVALDO DOS SANTOS - SP92954-A, SULMARA POLIDO - SP255834-A
PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança para declarar a ilegalidade e a inexigibilidade da cobrança de anuidades em face da sociedade de advogados impetrante.

A d. Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovemento da remessa.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5014284-09.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ADVOCACIA ARIIVALDO DOS SANTOS - EPP
Advogados do(a) PARTE AUTORA: ARIIVALDO DOS SANTOS - SP92954-A, SULMARA POLIDO - SP255834-A
PARTE RE: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogado do(a) PARTE RE: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A impetrante **ADVOCACIA ARIIVALDO DOS SANTOS** pretende, com o presente *writ*, a concessão de provimento jurisdicional que declare a inexigibilidade de cobrança da contribuição anual relativa à sociedade de advogados inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, asseverando a inexistência de previsão legal.

A sentença concedeu a segurança pleiteada declarando a inexigibilidade da referida cobrança.

O julgado não merece reparos.

Analisando o Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), verifica-se que seu artigo 46 determina que "*compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas*".

Desse modo, depreende-se do texto normativo que o pressuposto para a cobrança das contribuições é a inscrição junto ao conselho de classe. Nesse sentido, a inscrição junto à OAB é regulamentada pelos artigos 8º a 14 do Estatuto, que determina:

"Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário:

I - capacidade civil;

II - diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada;

III - título de eleitor e quitação do serviço militar, se brasileiro;

IV - aprovação em Exame de Ordem;

V - não exercer atividade incompatível com a advocacia;

VI - idoneidade moral;

VII - prestar compromisso perante o conselho.

§ 1º O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

§ 2º O estrangeiro ou brasileiro, quando não graduado em direito no Brasil, deve fazer prova do título de graduação, obtido em instituição estrangeira, devidamente revalidado, além de atender aos demais requisitos previstos neste artigo.

§ 3º A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

§ 4º Não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

Art. 9º Para inscrição como estagiário é necessário:

I - preencher os requisitos mencionados nos incisos I, III, V, VI e VII do art. 8º;

II - ter sido admitido em estágio profissional de advocacia.

§ 1º O estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, realizado nos últimos anos do curso jurídico, pode ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior pelos Conselhos da OAB, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela OAB, sendo obrigatório o estudo deste Estatuto e do Código de Ética e Disciplina.

§ 2º A inscrição do estagiário é feita no Conselho Seccional em cujo território se localize seu curso jurídico.

§ 3º O aluno de curso jurídico que exerça atividade incompatível com a advocacia pode frequentar o estágio ministrado pela respectiva instituição de ensino superior, para fins de aprendizagem, vedada a inscrição na OAB.

§ 4º O estágio profissional poderá ser cumprido por bacharel em Direito que queira se inscrever na Ordem.

Art. 10. A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral.

§ 1º Considera-se domicílio profissional a sede principal da atividade de advocacia, prevalecendo, na dúvida, o domicílio da pessoa física do advogado.

§ 2º Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.

§ 3º No caso de mudança efetiva de domicílio profissional para outra unidade federativa, deve o advogado requerer a transferência de sua inscrição para o Conselho Seccional correspondente.

§ 4º O Conselho Seccional deve suspender o pedido de transferência ou de inscrição suplementar, ao verificar a existência de vício ou ilegalidade na inscrição principal, contra ela representando ao Conselho Federal.

Art. 11. Cancela-se a inscrição do profissional que:

I - assim o requerer;

II - sofrer penalidade de exclusão;

III - falecer;

IV - passar a exercer, em caráter definitivo, atividade incompatível com a advocacia;

V - perder qualquer um dos requisitos necessários para inscrição.

§ 1º Ocorrendo uma das hipóteses dos incisos II, III e IV, o cancelamento deve ser promovido, de ofício, pelo conselho competente ou em virtude de comunicação por qualquer pessoa.

§ 2º Na hipótese de novo pedido de inscrição - que não restaura o número de inscrição anterior - deve o interessado fazer prova dos requisitos dos incisos I, V, VI e VII do art. 8º.

§ 3º Na hipótese do inciso II deste artigo, o novo pedido de inscrição também deve ser acompanhado de provas de reabilitação.

Art. 12. Licencia-se o profissional que:

I - assim o requerer, por motivo justificado;

II - passar a exercer, em caráter temporário, atividade incompatível com o exercício da advocacia;

III - sofrer doença mental considerada curável.

Art. 13. O documento de identidade profissional, na forma prevista no regulamento geral, é de uso obrigatório no exercício da atividade de advogado ou de estagiário e constitui prova de identidade civil para todos os fins legais.

Art. 14. É obrigatória a indicação do nome e do número de inscrição em todos os documentos assinados pelo advogado, no exercício de sua atividade.

Parágrafo único. É vedado anunciar ou divulgar qualquer atividade relacionada com o exercício da advocacia ou o uso da expressão escritório de advocacia, sem indicação expressa do nome e do número de inscrição dos advogados que o integrem ou o número de registro da sociedade de advogados na OAB". (grifei)

Observa-se de tais dispositivos legais que a figura da inscrição é relacionada, exclusivamente, às pessoas físicas, no caso, advogados e estagiários, não havendo menção às pessoas jurídicas a que estão estes vinculados.

As sociedades de advogados, por outro lado, estão previstas nos artigos 15 a 17 do mesmo diploma legal:

"Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia, na forma disciplinada nesta lei e no regulamento geral.

§ 1º A sociedade de advogados adquire personalidade jurídica com o registro aprovado dos seus atos constitutivos no Conselho Seccional da oab em cuja base territorial tiver sede.

§ 2º Aplica-se à sociedade de advogados o Código de Ética e Disciplina, no que couber.

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

§ 4º Nenhum advogado pode integrar mais de uma sociedade de advogados, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

§ 5º O ato de constituição de filial deve ser averbado no registro da sociedade e arquivado junto ao Conselho Seccional onde se instalar, ficando os sócios obrigados à inscrição suplementar.

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.

§ 1º A razão social deve ter, obrigatoriamente, o nome de, pelo menos, um advogado responsável pela sociedade podendo permanecer o de sócio falecido, desde que prevista tal possibilidade no ato constitutivo.

§ 2º O licenciamento do sócio para exercer atividade incompatível com a advocacia em caráter temporário deve ser averbado no registro da sociedade, não alterando sua constituição.

§ 3º É proibido o registro, nos cartórios de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, de sociedade que inclua, entre outras finalidades, a atividade de advocacia.

Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer".

Frise-se que, ao tratar das sociedades, o Estatuto menciona somente o instituto do registro, e não da inscrição. Logo, conclui-se que são figuras distintas e que foram claramente diferenciadas pelo legislador.

Ademais, como já explicitado alhures, determinou o legislador, expressamente, que a anuidade seria cobrada em razão da inscrição. Logo, estão sujeitos ao seu pagamento apenas as pessoas físicas - advogados e estagiários - e não as pessoas jurídicas.

Diverso não é o entendimento jurisprudencial, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE ANUIDADE DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. INEXIGIBILIDADE. SÚMULA N. 83/STJ. I - A Lei n. 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão somente de seus inscritos. Consequentemente, é ilegal a cobrança efetuada com base em instrução normativa, porque obrigação não prevista em lei. II - O acórdão recorrido está em sintonia com a atual jurisprudência do STJ, no sentido de que é ilegítima a cobrança da unidade de escritórios de advocacia por meio de instrução normativa, sob o fundamento de ausência de previsão legal. Incidência do enunciado n. 83 da Súmula do STJ. III - Agravo interno improvido". (grifei)

(AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 9132402016.00.95360-0, FRANCISCO FALCÃO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 16/03/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CONTRIBUIÇÃO ANUAL À OAB. INEXIGIBILIDADE. OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. 1. A questão controvertida versa sobre a possibilidade jurídica da cobrança, pela OAB/SP, de contribuição anual de sociedade de advogados registrada perante referida instituição. 2. Consoante o entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3.026/DF, a Ordem dos Advogados do Brasil não integra a Administração Pública Indireta da União, uma vez que se trata de "serviço público independente", configurando "categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro". 3. A OAB, instituição sui generis que se caracteriza pela autonomia e independência, com finalidade institucional, não pode ser equiparada aos demais órgãos de fiscalização profissional (ADI nº 3.026/DF). 4. Conquanto a OAB não esteja vinculada à Administração e sua anuidade não seja considerada um tributo, não significa que não deva observar o princípio geral da legalidade insculpido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. 5. A Lei nº 8.906/94 prevê a cobrança de anuidade daqueles que são inscritos na OAB (art. 46), ou seja, advogado (art. 8º) e estagiário (art. 9º). As sociedades de advogados, enquanto pessoas jurídicas, não são inscritas, mas apenas registradas na Ordem dos Advogados do Brasil, registro este cuja única finalidade é lhes atribuir personalidade jurídica (artigo 15, § 1º). Cada bacharel em Direito inscrito na OAB, que integra a sociedade de advogados, deve, individualmente, recolher a sua respectiva anuidade. 6. Da leitura do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94, artigos 46, 8º e 9º) depreende-se que a figura da inscrição diz respeito somente às pessoas físicas (advogados e estagiários). 7. Cumpre destacar que ao tratar das sociedades de advogados, a Lei nº 8.906/94 menciona apenas o "registro", e não a "inscrição". Destarte, conclui-se que se tratam de figuras distintas, com nítida diferenciação pelo legislador. 8. Se o legislador tivesse a intenção de instituir a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, teria feito de maneira expressa, o que não aconteceu, consoante se extrai do teor do artigo 46 da Lei nº 8.096/94. 9. Não pode a Ordem dos Advogados do Brasil instituir cobrança sem amparo legal. Isso porque é ilegítima a cobrança, a qualquer título, não prevista em lei, diante do princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República. 10. Afigura-se inexistente a cobrança de anuidade de sociedade de advogados, por falta de previsão legal. Instruções normativas não têm condão de inovar o ordenamento jurídico. 11. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que apenas os advogados e os estagiários têm obrigação de pagar anuidade à OAB, ao contrário dos escritórios de advocacia, ante a ausência de previsão legal. Precedentes. 12. Remessa oficial não provida". (grifei)

(RemNecCiv 5018650-91.2018.4.03.6100, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 12/08/2019.)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO JULGADA MONOCRATICAMENTE. POSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB/SP. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE ANUIDADE COMO CONDIÇÃO PARA O REGISTRO DE ALTERAÇÃO E CONSOLIDAÇÃO CONTRATUAL DO IMPETRANTE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos do caput e §1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil e da Súmula 253 do Superior Tribunal de Justiça, saliento que o Relator está autorizado, por meio de decisão monocrática, a negar seguimento ou dar provimento ao recurso e ao reexame necessário, nas hipóteses de pedido inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a jurisprudência dominante da respectiva Corte ou de Tribunal Superior. 2. O artigo 46 da Lei 8.906/94 atribui à OAB a competência para "fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas." A lei, quando trata da inscrição em seus quadros relativamente à sociedade de advogados estabelece ser o registro o ato que confere personalidade jurídica a estas (art. 15, 1º). Não pode ser confundido esse registro, que produz efeito legal específico, com a inscrição de advogados e estagiários, que possui fundamento e finalidade diversa. 3. A Lei 8.906/94 não prevê a cobrança de anuidade dos escritórios de advocacia, mas tão-somente de seus inscritos (advogados e estagiários). E, por outro lado, o registro das sociedades civis de advocacia não se confunde com a inscrição de advogados e estagiários. A inscrição qualifica o advogado e o estagiário ao exercício da advocacia, enquanto o registro apenas confere personalidade jurídica às sociedades civis de advogados. 4. Ressalta-se que as sociedades de advogados não possuem legitimidade para a prática de atos privativos de advogados e estagiários, outra razão para não se equiparar o registro da sociedade com a inscrição nos quadros da OAB. 5. A competência privativa dos Conselhos Seccionais da OAB, especialmente para receber contribuições, não é ilimitada, devendo os respectivos conselhos sujeitar-se aos termos da lei, vedada a inovação no ordenamento jurídico. Outrossim, não se pode olvidar da natureza tributária conferida às contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais, devendo, portanto, submeter-se aos princípios norteadores do Sistema Tributário Nacional. 6. Ilegalidade da exigência do pagamento de anuidade como condição para o registro da alteração e consolidação contratual do impetrante. 7. Agravo legal improvido". (grifei)

(ApelRemNec:0007091-04.2013.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2014.)

Sendo assim, deve ser mantida a sentença tal como lançada.

Ante o exposto, **nego provimento ao reexame necessário.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. COBRANÇA INDEVIDA DE ANUIDADES. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. Jurisprudência consolidada no sentido da inexigibilidade da cobrança de anuidade para as sociedades de advogados registradas na OAB, diante da ausência de previsão legal.
2. A anuidade é cobrada em razão da inscrição (art. 46 da Lei nº 8.906/94). Logo, estão sujeitos ao seu pagamento apenas as pessoas físicas - advogados e estagiários - e não as pessoas jurídicas.
3. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000546-17.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CARLOS SARAIVA IMPORTACAO E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEONARDO DE LIMA NAVES - MG91166-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000546-17.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CARLOS SARAIVA IMPORTACAO E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEONARDO DE LIMA NAVES - MG91166-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por CARLOS SARAIVA IMPORTACAO E COMERCIO S/A., objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexigibilidade da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à impetração.

O Juízo a quo denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação (Id 90247262).

Em sede de apelação, a impetrante requer:

a) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, **de modo que não poderia incidir sobre a folha de salários;**

b) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, opinou pelo prosseguimento do feito.

É o sucinto relatório.

srevl

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000546-17.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CARLOS SARAIVA IMPORTACAO E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: LEONARDO DE LIMA NAVES - MG91166-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Pois bem.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad valorem*.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensivo da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas faculdades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1- A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2- A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o desacerto quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário-educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, §2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, §2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a ilegitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assestado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. FOLHA DE SALÁRIOS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149. CF. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. TESE REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, mas no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.
2. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.
3. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.
4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002998-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002998-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por **SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA.**, objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexistência da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à inpetração.

O Juízo *a quo* denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação (Id 126190779).

Em sede de apelação, a impetrante requer:

- a) a suspensão do presente feito na fase em que se encontra, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 603.624 – Tema nº 325, para posterior aplicação do disposto no art. 1.039 do CPC;
- b) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a o faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, de modo que não poderia incidir sobre a folha de salários;
- c) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação da e. Procuradora Regional da República, Sandra Akemi Shimada Kishi, deixou de exarar parecer, por entender ausente interesse público primário a justificar sua intervenção no feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002998-97.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA, SCHMOLZ + BICKENBACH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE ACOS LTDA

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de suspensão do presente feito na fase em que se encontra, pois o reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

Passo ao exame do mérito.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou ad valorem.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas faculdades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalecente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1-A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2- A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o desacerto quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, §2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, §2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a legitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assestado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO INEXISTENTE. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. FOLHA DE SALÁRIOS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. TESE REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.
2. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.
3. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.
4. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001458-37.2008.4.03.6116

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ROSEMARY ROCHA PEREIRA DA SILVA, IVONE ROCHA HOLMO, ELZA ROCHA FELIPPE, MILTON ROCHA, DARCI ROCHA, MIRTES ROCHA RODRIGUES, JOAO BAPTISTA DA ROCHA, REINALDO ROCHA, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Advogado do(a) APELANTE: RAQUEL CELONI DOMBROSKI - SP270222-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Paulo Domingues, Coordenador do Gabinete de Conciliação, e com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação dos apelados, ROSEMARY ROCHA PEREIRA DA SILVA, IVONE ROCHA HOLMO, DARCI ROCHA, ELZA ROCHA FELIPPE, MILTON ROCHA, MIRTES ROCHA RODRIGUES, JOAO BAPTISTA DA ROCHA e REINALDO ROCHA, para que se manifestem sobre a proposta de acordo trazida aos autos pela Caixa Econômica Federal nos valores de: R\$ 67.976,25 do principal e R\$ 6.797,63 da sucumbência - ID 134685740.
Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso *in albis* do prazo assinalado como total desinteresse, retornando os autos ao E. Relator para prosseguimento.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010698-69.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: EDILSON DA CUNHA RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010698-69.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: EDILSON DA CUNHA RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança, para determinar à autoridade impetrada que conclua a análise do requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição formulado por **EDILSON DA CUNHA RODRIGUES**.

A d. Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da remessa.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010698-69.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: EDILSON DA CUNHA RODRIGUES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VLADIMIR RENATO DE AQUINO LOPES - SP94932-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O impetrante pretende, com o presente *writ*, obter uma determinação para que a autoridade impetrada conclua o processo administrativo referente ao requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição.

Aduz que, embora tenha apresentado o requerimento administrativo em 25.04.2019, não houve a conclusão do processo até a data da impetração do mandado de segurança, em 08.08.2019.

Afirma que a não conclusão de seu processo administrativo configura demora injustificável, afrontando o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.

Demais disso, a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 37, o princípio da eficiência, aplicável à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre ao INSS, por conseguinte, agir de modo a assegurar a eficiência, ou seja, a presteza e a agilidade no decorrer dos processos sob sua responsabilidade.

Cite-se, ainda, o disposto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.

No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99, pelo que se impõe a concessão de ordem para determinar à autarquia previdenciária que proceda à apreciação do requerimento administrativo.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em casos semelhantes:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC/73. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil. 2. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. 3. In casu, o INCRA violou os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto ao dispositivo legal da Lei 9.784/99, tendo em vista o prazo decorrido do protocolo do processo administrativo de georreferenciamento (em 01.2012 - f. 27) e a sua apreciação pela autoridade impetrada. 4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decísum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 5. Agravo legal desprovido." (AMS 00089549220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO DO IMÓVEL RURAL. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Dispondo sobre a Administração Tributária Federal (como preceito especial que prevalece sobre a disposição normativa geral), a Lei 11.457/2007, em seu art. 24, estabelece a obrigatoriedade de decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Mesmo em vista do art. 5º, LXXVIII da Constituição que prevê a duração do processo como uma garantia fundamental, particularmente acredito que o prazo de 360 dias é excessivo em se tratando de requerimentos simples em forma de petições relacionadas a feitos não contenciosos na via administrativa (tais como pedidos de restituição etc.), embora não o seja em se tratando de feitos litigiosos (impugnações e recursos). 2. Contudo, o E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº. 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos. 3. Contudo, creio que o pleito formulado junto à Superintendência Regional do INCRA não assume contornos tributários, pois não me parece que essa seja a natureza de pleitos envolvendo a certificação de georreferenciamento da área rural. Inexistindo regra específica, nesses casos creio ser aplicável o comando geral trazido pelo art. 49 da Lei 9.784/1999, firmando o prazo de até 30 dias para a administração proceder suas obrigações, concluída a instrução de processo administrativo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 4. Na hipótese, tendo transcorrido prazo razoável para que a Administração concluisse a certificação de georreferenciamento da área rural, ou seja, há mais de um ano, deve a sentença que concedeu a segurança ser mantida. 5. Remessa oficial improvida." (REOMS 00089503520114036000, JUÍZA CONVOCADA MARCELLE CARVALHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Sendo assim, não merece reparos a sentença, devendo ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INSS. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88. ART. 49 DA LEI 9.784/99. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.
2. O artigo 49 da Lei nº 9.784/99 fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.
3. No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99.
4. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001870-92.2017.4.03.6106
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PI - TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE CARGAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SILVIO EDUARDO MACEDO MARTINS - SP204726-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013827-82.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ROSEMEIRE ALVARES DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA RODRIGUES DA SILVA - SP302284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013827-82.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ROSEMEIRE ALVARES DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA RODRIGUES DA SILVA - SP302284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Rosemeire Alvares da Silva** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Leste, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o seu requerimento de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que conclua a instrução processual e decida o requerimento administrativo (protocolo n. 1086813883), no prazo de 60 (sessenta) dias contínuos, computados na forma do artigo 66 da Lei n. 9.784/99, excluindo-se dessa contagem eventuais prazos conferidos ao(à) segurado(a) para o cumprimento de exigências que se fizerem necessárias (ID 125963229).

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 125963234).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) a Administração não está inerte quanto à análise do pedido do acionante, muito pelo contrário, tem se movimentado para modernizar o atendimento ao público (INSS DIGITAL) e adotou fluxo de trabalho que prima pelo tratamento isonômico dos requerentes ao aplicar a ordem cronológica como premissa para exame dos requerimentos administrativos, o que demonstra inexistir qualquer ilegalidade a ser aqui guerreada;
- b) os prazos legais invocados na exordial (Leis n.º 9.784/99 e n.º 8.213/91) foram estipulados pelo legislador há mais de uma década, em contexto fático distinto do atual, razão pela qual estes podem ser flexibilizados, mormente quando apresentadas justificativas razoáveis ao diferimento do exame dos requerimentos apresentados;
- c) o INSS passa por uma grave crise de aposentadoria em massa de seus servidores, havendo risco até mesmo de fechamento de agências por falta de servidores a partir do início de 2019, o que deve ser considerado nos autos;
- d) o deferimento da pretensão apenas acarretaria o efeito “fura-fila”, pois outros segurados à frente do impetrante na ordem de espera por decisão administrativa serão preteridos e terão que esperar pela apreciação mais célere da pretensão da parte autora deste feito, causando tumulto e dificuldades extras na gestão da ordem de processos esperando apreciação administrativa, que é cronológica.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Rose Santa Rosa, opinou pelo desprovimento da apelação (ID 128152508).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013827-82.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ROSEMEIRE ALVARES DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA RODRIGUES DA SILVA - SP302284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o requerimento de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição da impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

A impetrante alega que protocolou requerimento de benefício previdenciário no dia 05.09.2018, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (08.10.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autarquia previdenciária.

Não há dúvidas, deste modo, que a parte impetrada extrapolou – e muito – os limites da razoabilidade, vindo a analisar o pedido da impetrante somente após a prolação da sentença (ID 125963243), em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO É AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL – 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002143-21.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TOP SUPPLY COMERCIAL IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: TATIANE MIRANDA - SP230574-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006298-52.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TEE COMPONENTES ELETRICOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALFREDO BIANCONI - SP133132-A, QUELI CRISTINA PEREIRA CARVALHAIS - SP140496-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006298-52.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TEE COMPONENTES ELETRICOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALFREDO BIANCONI - SP133132-A, QUELI CRISTINA PEREIRA CARVALHAIS - SP140496-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **TEE Componentes Elétricos Ltda.**, em face da sentença proferida nos embargos à execução, ajuizados contra a **União**.

O MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Irresignada, a apelante sustenta, em síntese, que:

- a) a multa aplicada se afigura desproporcional e tem caráter confiscatório, devendo ser reduzida;
- b) é ilegal e inconstitucional a utilização da taxa SELIC;
- c) somente é possível a aplicação de juros no patamar máximo de 1% (um por cento) ao mês, conforme prevê o § 1º do art. 161 do Código Tributário Nacional.

Com contrarrazões, vieramos autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006298-52.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: TEE COMPONENTES ELETRICOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ ALFREDO BIANCONI - SP133132-A, QUELI CRISTINA PEREIRA CARVALHAIS - SP140496-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Com relação à multa moratória fixada em 20% (vinte por cento) do valor do tributo, o Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento do RE nº 582.461/SP, em sede de repercussão geral, estabeleceu que a sua imposição não possui natureza confiscatória. Veja-se:

"1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "i" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 582461, Relator Ministro GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177) (grifei)

Esta Terceira Turma segue idêntica orientação, consoante se extrai dos acórdãos abaixo. Vejam-se:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DE MORA. TAXA SELIC. DEVIDAS. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. 1. A incidência da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. A cobrança deste acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. O Supremo Tribunal Federal - STF considerou legal a utilização da taxa SELIC e a multa de mora no percentual de 20% (vinte por cento) (RE de n.º 582461-SP). 2. A aplicação da taxa SELIC não contém nenhuma inconstitucionalidade. Isto porque a taxa SELIC, apesar de ser alterada por ato do Poder Executivo, sua disposição como índice de correção em matéria tributária está disposta na Lei nº 9.250/95, sendo certo que o texto constitucional não delimita que a alíquota da taxa de correção deva estar disposta na lei, mas que apenas seja delimitado o índice a ser utilizado. Por outro lado, no que se refere ao princípio constitucional da estrita legalidade da tributação (CF, art. 150), a norma geral tributária que a Constituição Federal exige nesta matéria dos juros (artigo 146, inciso III) é veiculada pelo Código Tributário Nacional, artigo 161, norma recepcionada pela atual ordem constitucional com natureza de lei complementar, mas que em seu § 1º expressamente confere à lei ordinária a estipulação dos juros aplicáveis nas obrigações tributárias vencidas (desde já estipulando a norma geral aplicável - 1% ao mês, no caso de a lei ordinária não estabelecer de forma diversa - e não se pode inferir deste preceito qualquer limitação, máxima ou mínima, ao percentual de juros que a lei pode instituir). Logo, havendo legislação específica disposta de modo diverso, afasta-se a incidência da taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º do CTN, aplicando-se à dívida a taxa SELIC. 3. Apelação desprovida." (AP 0042464-30.2002.4.03.6182, Relator Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/10/2017) (grifei)

"TRIBUNÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO. NULIDADE NÃO COMPROVADA. MULTA MORATÓRIA. CONFISCO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE. JUROS. SELIC. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. [...] 7. Os acréscimos legais são devidos e integram-se no principal, consubstanciando o crédito fiscal, tendo cada um finalidade específica: a multa penaliza pela impuntualidade, os juros moratórios compensam o credor pelo atraso no adimplemento da obrigação e a correção monetária restabelece o valor corroído pela inflação. 8. A cobrança cumulada de juros de mora, multa e correção monetária deriva exclusivamente de imposição legal, encontrando-se a Fazenda Pública adstrita ao princípio da legalidade. 9. Relativamente à multa moratória, verifica-se que foi aplicada no percentual de 20%, conforme cópias das CDAs acostadas aos autos, de modo que a sua cobrança nesse percentual tem previsão na Lei nº 9.430/96, art. 61, §§ 1º e 2º. Dessa forma, não cabe ao Judiciário sua redução ou exclusão, sob pena de ofensa direta à lei. Não se pode olvidar que a cobrança do referido acréscimo regularmente previsto em lei, imposto aos contribuintes em atraso com o cumprimento de suas obrigações, não tem caráter confiscatório. Confiscatório é uma qualidade que se atribui a um tributo, não se tratando de adjetivo aplicável aos consectários do débito. [...] 13. Apelação não provida." (AP 0005284-33.2015.4.03.6114, Relator Desembargador Federal ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/10/2017) (grifei)

"DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA E JUROS DE MORA. TAXA SELIC. 1. Quanto à multa moratória, não existe inconstitucionalidade ou ilegalidade a ser decretada, pois observado o limite de 20% de que cuida o artigo 61, § 2º, da Lei 9.430/1996, norma específica para a regulação da mora fiscal, diferentemente do artigo 52, § 1º, CDC, que trata de relações de natureza diversa. O percentual da lei fiscal não gera confisco ou ofensa princípio da capacidade contributiva, dado que, inclusive, se trata de parcela autônoma, que não se confunde, em si, com o tributo propriamente dito, tanto assim que discriminado na CDA, possuindo, ao revés, caráter punitivo pela infração praticada. 2. Não tem respaldo na Carta Federal nem na legislação tributária a impugnação à aplicação da Taxa SELIC. É que, primeiramente, tal encargo tem previsão no artigo 161, § 1º, CTN, segundo o qual a lei pode fixar juros moratórios de modo particular, além de 1% ao mês, tendo sido editado, a propósito, a Lei 9.065/1995 (artigo 13). Em segundo lugar, tal previsão legal não colide com qualquer regra ou limitação constitucional, sequer a do artigo 192, § 3º, CF, que, enquanto vigente (até a EC 40/2003) e, mesmo assim, no âmbito restrito a que se refere, não prescindia de lei complementar para a plena eficácia. 3. Apelação desprovida." (AP 0007361-82.2014.4.03.6103, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/09/2017) (grifei)

"APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TAXA SELIC - LEI 9.250/95 - MULTA - ART. 44, I, LEI 9.430/96 - APLICAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. 1. O art. 2º, § 2º, Lei 6.830/80 ("A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato."), dispõe que além do principal é devida, cumulativamente, a correção monetária, a multa moratória, os juros e demais encargos legais. 2. A atualização do tributo com a Taxa Selic não implica em aumento de tributo sem lei específica. 3. Legítima a cobrança de juros de mora simultaneamente à multa fiscal moratória, pois esta deflui da desobediência ao prazo fixado em lei, revestindo-se de nítido caráter punitivo, enquanto que aqueles visam à compensação do credor pelo atraso no recolhimento do tributo (Súmula 209 do extinto TFR), destacando que o E. STF, em julgado - com repercussão geral - considerou legal a utilização da taxa SELIC e a multa de mora no percentual de 20% [...] 7. A cobrança de acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. Confiscatório é o tributo quando torna impossível a manutenção da propriedade, não se tratando de adjetivo aplicável aos consectários do débito. 8. Apelação improvida." (AC 0027158-11.2008.4.03.6182, Relator Desembargador Federal NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/09/2017) (grifei)

A incidência da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. A cobrança deste acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco.

Desta forma, não há qualquer irregularidade na aplicação da multa moratória no patamar de 20% (vinte por cento).

Quanto à aplicação da taxa SELIC como índice de correção dos créditos tributários, o C. Superior Tribunal de Justiça e a C. Suprema Corte já se pronunciaram sobre o tema. Vejam-se:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ITR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR). DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS. TAXA SELIC. APLICAÇÃO. LEI 9.065/95. [...] 10. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, ex vi do disposto no artigo 13, da Lei 9.065/95 (Precedentes do STJ: REsp 947.920/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06.08.2009, DJe 21.08.2009; AgRg no Ag 1.108.940/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.06.2009; REsp 743.122/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 26.02.2008, DJe 30.04.2008; e REsp 265.005/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.08.2005, DJ 12.09.2005). 11. Destarte, vencido o crédito tributário em junho de 1998, como restou assente no Juízo a quo, revela-se aplicável a Taxa Selic, a título de correção monetária e juros moratórios. 13. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. Proposição de verbete sumular." (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

"Agravamento no recurso extraordinário. CDA. Nulidade. Alegada violação do art. 5º, LV, da CF/88. Matéria infraconstitucional. Afrenta reflexa. Multa. Caráter confiscatório. Necessidade de reexame de fatos e provas. Taxa SELIC. Constitucionalidade.

1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 2. Ambas as Turmas da Corte têm-se pronunciado no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que não extrapolem 100% do valor do débito não importa em afronta ao art. 150, IV, da Constituição. 3. Para acolher a pretensão da agravante e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca da proporcionalidade ou da razoabilidade da multa aplicada, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. É firme o entendimento da Corte no sentido da legitimidade da utilização da taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários, desde que exista lei legitimando o uso do mencionado índice, como no presente caso. 5. Agravo regimental não provido. (RE 871174 AgrR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 10-11-2015 PUBLIC 11-11-2015)

No mesmo sentido já decidiu essa E. Terceira Turma, veja-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA E JUROS MORATÓRIOS. VALIDADE. SELIC. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A remissão implica a exclusão do crédito tributário mediante o perdão da própria dívida e refere exclusivamente ao valor do crédito tributário. 2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário. Segundo a Súmula n. 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco", tema já julgado em sede de recurso representativo da controvérsia REsp nº 1.101.728 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009. 3. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e juros de mora dos débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública (REsp 879.844/MG, DJe 25.11.2009, julgado sob o rito dos recursos repetitivos). 4. Consolidada a jurisprudência quanto à validade da aplicação, na execução fiscal de débitos fiscais, da multa moratória de 20%, nos termos da Lei 9.430/1996, assim como dos juros com base na Taxa SELIC, sem gerar qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade. 5. No tocante ao encargo do Decreto-lei nº 1.025/1969, consolidada, por igual, a jurisprudência no sentido da validade de sua cobrança, sem incorrer em qualquer violação ao artigo 20, do CPC/1973, dada a especificidade do propósito a que se destina, segundo a legislação. 6. Recurso de apelação desprovido." (AC 00504181520114036182, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial1 DATA:29/07/2016..FONTE_REPUBLICACAO.)

Diferentemente do quanto alega à apelante, a aplicação da taxa SELIC não contém nenhuma inconstitucionalidade. Isto porque aquela taxa, apesar de ser alterada por ato do Poder Executivo, sua disposição como índice de correção em matéria tributária está disposta na Lei nº 9.250/95, sendo certo que o texto constitucional não delimita que a alíquota da taxa de correção deva estar disposta na lei, mas que apenas seja delimitado o índice a ser utilizado.

Ademais, a taxa SELIC é índice oficial tanto para a correção do crédito tributário, quanto para o indébito, respeitando-se, desta forma, o princípio da isonomia.

Cumprasse asseverar que tal questão já foi decidida pela Corte Suprema, sob o rito da repercussão geral, transcrita abaixo:

"1. Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Taxa Selic. Incidência para atualização de débitos tributários. Legitimidade. Inexistência de violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Necessidade de adoção de critério isonômico. No julgamento da ADI 2.214, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 19.4.2002, ao apreciar o tema, esta Corte assentou que a medida traduz rigorosa igualdade de tratamento entre contribuinte e fisco e que não se trata de imposição tributária. 3. ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea "I" no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar "fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bens, mercadoria ou serviço". Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado "por dentro" em ambos os casos. 4. Multa moratória. Patamar de 20%. Razoabilidade. Inexistência de efeito confiscatório. Precedentes. A aplicação da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. Assim, para que a multa moratória cumpra sua função de desencorajar a elisão fiscal, de um lado não pode ser pífia, mas, de outro, não pode ter um importe que lhe confira característica confiscatória, inviabilizando inclusive o recolhimento de futuros tributos. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência desta Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 20% (vinte por cento). 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento." (RE 582461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-158 DIVULG 17-08-2011 PUBLIC 18-08-2011 EMENT VOL-02568-02 PP-00177)

Por outro lado, não há qualquer afronta à segurança jurídica ou delegação de competência, haja vista que a taxa SELIC, apesar de não apresentar a alíquota fixa em lei, os parâmetros para sua determinação encontram-se dispostos na legislação de regência. Portanto, acaba por tornar a referida taxa como determinável pelas disposições contidas em lei.

Assim, é improcedente a alegação também neste ponto.

Quanto à infringência do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, esta também não ocorre. Destarte, o referido dispositivo não impede que a legislação ordinária adote outro índice de correção, apenas delimita que, caso não haja estipulação de índice para os juros de mora, este deve ser de 1% (um por cento) ao mês. Ocorre que no presente caso, conforme já delineado, existe disposição expressa para a aplicação da taxa SELIC.

Cumprasse destacar que o aludido dispositivo não comporta a interpretação de que os juros ali dispostos são o patamar máximo. Por outro lado, abre as portas para a legislação ordinária estipular outro índice de juros de mora. Assim, verifica-se que não há afronta da legislação ordinária em detrimento do Código Tributário Nacional, recepcionado como lei complementar.

Ressalte-se que não há remuneração do capital através da taxa SELIC, pois se o contribuinte não recolheu o tributo no prazo legal, disto resultando a mora, com base na qual são cobrados juros, não a título de punição, mas de indenização, o critério para a sua avaliação, baseado no custo real do dinheiro para o próprio Fisco - à medida em que, pela indisponibilidade imposta por ato ilegal do contribuinte, o Estado é compelido a substituir a captação fiscal, pela captação no mercado financeiro.

Ademais, não há mácula na correção monetária sobre a totalidade do débito exequendo, haja vista que tal correção apenas recompõe o capital não recolhido aos cofres públicos.

Logo, havendo legislação específica disposta de modo diverso, afasta-se a incidência da taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º do CTN, aplicando-se à dívida a taxa SELIC.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto, conforme fundamentação supra.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA DE MORA. COBRANÇA DEVIDA. TAXA SELIC. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE RECONHECIDAS. ALEGAÇÃO DE APLICAÇÃO DE JUROS NO PATAMAR MÁXIMO DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS. AFASTADA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. A incidência da multa moratória tem o objetivo de sancionar o contribuinte que não cumpre suas obrigações tributárias, prestigiando a conduta daqueles que pagam em dia seus tributos aos cofres públicos. A cobrança deste acréscimo regularmente previsto em lei não caracteriza confisco. O Supremo Tribunal Federal - STF considerou legal a utilização da taxa SELIC e a multa de mora no percentual de 20% (vinte por cento) (RE de nº 582461-SP).

2. A aplicação da taxa SELIC não contém nenhuma inconstitucionalidade. Isto porque aquela taxa, apesar de ser alterada por ato do Poder Executivo, sua disposição como índice de correção em matéria tributária está disposta na Lei nº 9.250/95, sendo certo que o texto constitucional não delimita que a alíquota da taxa de correção deva estar disposta na lei, mas que apenas seja delimitado o índice a ser utilizado. Ademais, a taxa SELIC é índice oficial tanto para a correção do crédito tributário, quanto para o indébito, respeitando-se, desta forma, o princípio da isonomia.

3. Quanto à aplicação da taxa SELIC como índice de correção dos créditos tributários, o C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, a C. Suprema Corte e este E. Tribunal, já se pronunciaram sobre a constitucionalidade e legalidade na sua aplicação (precedentes do STF, STJ e deste Tribunal).

4. Quanto à infringência do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, esta também não ocorre. Destarte, o referido dispositivo não impede que a legislação ordinária adote outro índice de correção, apenas delimita que, caso não haja estipulação de índice para os juros de mora, este deve ser de 1% (um por cento) ao mês. Ocorre que no presente caso, conforme já delineado, existe disposição expressa para a aplicação da taxa SELIC. Logo, havendo legislação específica disposta de modo diverso, afasta-se a incidência da taxa de 1% ao mês, prevista no art. 161, § 1º do CTN, aplicando-se à dívida a taxa SELIC.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação interposto, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008290-93.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SUPERMERCADO TELES & LOPES LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVADO: DANIELA CORREA PINTO - SP221601-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a agravada para contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, CPC.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005766-02.2001.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSATLANTIC CARRIERS AGENCIAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO MARIA VAZ CALVET DE MAGALHAES - SP88430-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005766-02.2001.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSATLANTIC CARRIERS AGENCIAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO MARIA VAZ CALVET DE MAGALHAES - SP88430-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra a r. sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal ajuizados por **Transatlantic Carriers (Agenciamentos) Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a ilegitimidade do agente de marítimo para figurar no polo passivo processual da demanda, bem como, no mérito, delimitou pela impossibilidade de responsabilização pelo imposto de importação em decorrência da “quebra” de produto importado a granel, haja vista que não superou o limite de 5% (cinco por cento).

Sua Excelência, ainda, condenou a União nos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

A apelante alega, em síntese, que:

a) a apelante é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, haja vista a alteração legislativa realizada em 1988, através do Decreto-Lei nº 2.472/88, que tomou como responsável tributário dos tributos aduaneiros o agente marítimo, havendo, portanto, supedâneo normativo para a sujeição passiva tributária;

b) a incidência do tributo se deu de forma correta, haja vista que o patamar da “quebra” se dera em montante superior a 1% (um por cento), disposto como limite na legislação de regência (Instrução Normativa SRF nº 95/84).

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005766-02.2001.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSATLANTIC CARRIERS AGENCIAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO MARIA VAZ CALVET DE MAGALHAES - SP88430-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Preliminarmente, a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se pela possibilidade da responsabilização tributária do agente marítimo, em relação aos fatos geradores posteriores à vigência do Decreto-Lei nº 2.472/88, visto que se trata de alteração normativa que respeita o princípio da reserva legal em matéria tributária. Confira-se o precedente julgado sob o pálio dos recursos repetitivos:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AGENTE MARÍTIMO. ARTIGO 32, DO DECRETO-LEI 37/66. FATO GERADOR ANTERIOR AO DECRETO-LEI 2.472/88. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.

1. O agente marítimo, no exercício exclusivo de atribuições próprias, no período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88 (que alterou o artigo 32, do Decreto-Lei 37/66), não ostentava a condição de responsável tributário, nem se equiparava ao transportador, para fins de recolhimento do imposto sobre importação, porquanto inexistente previsão legal para tanto.

2. O sujeito passivo da obrigação tributária, que compõe o critério pessoal inserido no conseqüente da regra matriz de incidência tributária, é a pessoa que juridicamente deve pagar a dívida tributária, seja sua ou de terceiro(s).

3. O artigo 121 do Codex Tributário, elenca o contribuinte e o responsável como sujeitos passivos da obrigação tributária principal, assentando a doutrina que: "Qualquer pessoa colocada por lei na qualidade de devedora da prestação tributária, será sujeito passivo, pouco importando o nome que lhe seja atribuído ou a sua situação de contribuinte ou responsável" (Bernardo Ribeiro de Moraes, in "Compêndio de Direito Tributário", 2º Volume, 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pág. 279).

4. O contribuinte (também denominado, na doutrina, de sujeito passivo direto, devedor direto ou destinatário legal tributário) tem relação causal, direta e pessoal com o pressuposto de fato que origina a obrigação tributária (artigo 121, I, do CTN).

5. O responsável tributário (por alguns chamado sujeito passivo indireto ou devedor indireto), por sua vez, não ostenta liame direto e pessoal com o fato jurídico tributário, decorrendo o dever jurídico de previsão legal (artigo 121, II, do CTN).

6. Salvante a hipótese em que a responsabilidade tributária advém de norma primária sancionadora, "o responsável diferencia-se do contribuinte por ser necessariamente um sujeito qualquer (i) que não tenha praticado o evento descrito no fato jurídico tributário; e (ii) que disponha de meios para ressarcir-se do tributo pago por conta de fato praticado por outrem" (Maria Rita Ferragut, in "Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002", 2ª ed., Ed. Noeses, São Paulo, 2009, pág. 34).

7. O imposto sobre a importação, consoante o artigo 22, do CTN, aponta apenas como contribuinte o importador ou quem a lei a ele equiparar (inciso I) ou o arrematante de produtos apreendidos ou abandonados (inciso II).

8. O diploma legal instituidor do imposto sobre a importação (Decreto-Lei 37/66), nos artigos 31 e 32, na sua redação original, assim dispunham: "Art 31. É contribuinte do imposto: I - O importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional. II - O arrematante de mercadoria apreendida ou abandonada. Art 32. Para os efeitos do artigo 26, o adquirente da mercadoria responde solidariamente com o vendedor, ou o substitui, pelo pagamento dos tributos e demais gravames devidos."

9. O transportador da mercadoria estrangeira, à época, sujeitava-se à responsabilidade tributária por infração, nos termos do artigo 41 e 95, do Decreto-Lei 37/66.

10. O Decreto-Lei 2.472, de 1º de setembro de 1988, alterou os artigos 31 e 32, do Decreto-Lei 37/66, que passaram a dispor que: "Art. 31. É contribuinte do imposto: I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no Território Nacional; II - o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; III - o adquirente de mercadoria entrepostada. Art. 32. É responsável pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno; II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro. Parágrafo único. É responsável solidário: a) o adquirente ou cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto; b) o representante, no País, do transportador estrangeiro."

11. Conseqüentemente, antes do Decreto-Lei 2.472/88, inexistia hipótese legal expressa de responsabilidade tributária do "representante, no País, do transportador estrangeiro", contexto legislativo que culminou na edição da Súmula 192/TFR, editada em 19.11.1985, que cristalizou o entendimento de que: "O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador para efeitos do Decreto-Lei 37/66."

12. A jurisprudência do STJ, com base na Súmula 192/TFR, consolidou a tese de que, ainda que existente termo de compromisso firmado pelo agente marítimo (assumindo encargos outros que não os de sua competência), não se lhe pode atribuir responsabilidade pelos débitos tributários decorrentes da importação, por força do princípio da reserva legal (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 904.335/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.10.2007, DJe 23.10.2008; REsp 361.324/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02.08.2007, DJ 14.08.2007; REsp 223.836/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 12.04.2005, DJ 05.09.2005; REsp 170.997/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 22.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp 319.184/RS, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 03.06.2004, DJ 06.09.2004; REsp 90.191/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Segunda Turma, julgado em 21.11.2002, DJ 10.02.2003; REsp 252.457/RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2002, DJ 09.09.2002; REsp 410.172/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.04.2002, DJ 29.04.2002; REsp 132.624/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15.08.2000, DJ 20.11.2000; e REsp 176.932/SP, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 05.11.1998, DJ 14.12.1998).

13. Sob esse ângulo, forçoso destacar (malgrado a irrelevância no particular), que a empresa destinada ao agenciamento marítimo, não procedeu à assinatura de "nenhuma fiança, nem termo de responsabilidade ou outro qualquer, que venha acarretar qualquer tipo de solidariedade e/ou de responsabilidade com o armador (proprietário do navio), para que seja cobrada por tributos ou outros ônus derivados de falta, acréscimo ou avaria de mercadorias durante o transporte" (assertiva inserida nas contra-razões ao recurso especial).

14. No que concerne ao período posterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88, sobreveio hipótese legal de responsabilidade tributária solidária (a qual não comporta benefício de ordem, à luz inclusive do parágrafo único, do artigo 124, do CTN) do "representante, no país, do transportador estrangeiro".

15. In casu, revela-se incontroverso nos autos que o fato jurídico tributário ensejador da tributação pelo imposto de importação ocorreu em outubro de 1985, razão pela qual não merece reforma o acórdão regional, que, fundado no princípio da reserva legal, pugnou pela inexistência de responsabilidade tributária do agente marítimo.

16. A discussão acerca do enquadramento ou não da figura do "agente marítimo" como o "representante, no país, do transportador estrangeiro" (à luz da novel dicção do artigo 32, II, "b", do Decreto-Lei 37/66) refoge da controvérsia posta nos autos, que se cinge ao período anterior à vigência do Decreto-Lei 2.472/88.

17. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1129430/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 14/12/2010)

Deveras, com a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei nº 2.472/88, que à época era instrumento hábil a realizar alterações nas leis instituidoras dos tributos, traçou a responsabilidade tributária do agente marítimo, o que acaba por trazer a plena possibilidade de sujeição passiva dos empresários que atuam neste ramo de atividade, sem qualquer nódoa ao princípio da legalidade estrita tributária.

O caso dos autos remonta ao período de outubro de 1992 e, portanto, posterior a alteração legislativa, o que torna a legitimidade do ora apelado como patente, pois o elemento subjetivo da regra matriz de incidência tributária resta configurado.

Reforça-se que a vetusta jurisprudência sedimentada no enunciado de súmula nº 192 do e. TFR detinha como parâmetro a legislação anterior a mencionada alteração perpetrada pelo Decreto-Lei nº 2.472/88, razão pela qual inaplicável ao caso *sub judice*.

Reconhecida a legitimidade de parte, passa-se a análise do mérito da demanda e, neste ponto, não assiste razão a ora apelante, serão vejamos.

A matéria de direito cinge-se a definição da possibilidade da legislação infraconstitucional delimitar percentual inferior ao quanto definido na legislação ordinária, no que concerne ao patamar da “quebra” ou extravio incorridos no transporte da mercadoria.

Isto porque, a alegação da União é a de que a Instrução Normativa SRF nº 95/84 delimita que o excedente a 1% (um por cento), do quanto declarado de produto a granel sólido, deverá sofrer a incidência do imposto de importação.

Ocorre que o limite disposto no artigo 169, § 7º, do Decreto-Lei nº 37/66 é o de 5% (cinco por cento) para fins de verificação de eventual infração aduaneira.

Neste desiderato, é inviável conceber que o administrador público, ao realizar o seu pode regulamentar, extrapole os limites constantes na norma elaborada pelo legislador infraconstitucional.

Vejamos que a alegação de que os limites dispostos no Decreto-Lei nº 37/66 (recepção como legislação ordinária, diga-se de passagem) apenas se aplicam aos casos de sanção não merece guarida. A razão de tal entendimento finca-se na interpretação sistemática da norma, conforme se expõe a seguir:

Embora descrito no dispositivo que define a inexistência de infração aduaneira, os limites naquela norma disciplinados trazem o entendimento do legislador ordinário acerca do patamar razoável para a existência de eventual discrepância entre o declarado e o verificado pela autoridade pública.

Assim, ao se interpretar a legislação como um sistema, não se demonstraria lógica a incidência da tributação aduaneira sobre a “quebra”, quando tal fato não configura qualquer infração normativa.

Sedimente-se que não se está a equiparar infração com fato impositivo tributário, mas apenas de reconhecer que as variações ocorridas no transporte de produtos no comércio exterior é situação normal, sendo certo que eventual tributação a maior deve operar apenas nos casos em que a legislação permite e, conforme já delimitado no presente voto, a interpretação sistemática impede a tributação daquilo que não excedeu a 5% (cinco por cento) do manifestado.

Neste sentido é a jurisprudência. Confira-se os seguintes precedentes:

“DIREITO ADUANEIRO. PETRÓLEO. TRANSPORTE A GRANEL. FALTAS APURADAS NO DESEMBARQUE: QUEBRA INFERIOR A 5% QUE DEVE SER TOLERADA PARA FINS DE EXCLUSÃO NÃO APENAS DA MULTA, MAS TAMBÉM DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ACRÉSCIMOS APURADOS EM CONFERÊNCIA FINAL DE MANIFESTO. TOLERÂNCIA ATÉ O PERCENTUAL DE 5% APENAS NO CASO DE ARQUEAÇÃO FEITA A BORDO, QUE CONSTITUI MÉTODO DE PESAGEM POR APROXIMAÇÃO, CONFIGURANDO EXCESSO TÉCNICAMENTE ACEITÁVEL A JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS REDUZIDAS POR SER A MERCADORIA ORIUNDA DE PAÍS MEMBRO DA ALADI. DEMAIS CASOS EM QUE A PETROBRÁS NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE DEMONSTRAR EXCESSO TÉCNICAMENTE ACEITÁVEL: TRIBUTAÇÃO PELA ALÍQUOTA CHEIA, SEM AS REDUÇÕES PREVISTAS EM ACORDOS INTERNACIONAIS, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO ART. 111 DO CTN. REGULARIDADE DAS CONFERÊNCIAS FINAIS DE MANIFESTO REALIZADAS PELA AUTORIDADE ADUANEIRA E DESCABIMENTO DE VISTORIA. APLICAÇÃO DE TAXA DE CÂMBIO E ALÍQUOTAS VIGENTES NA DATA DO REGISTRO DE IMPORTAÇÃO. MULTAS POR INFRAÇÕES FISCAIS: INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO, EIS QUE A LEI Nº 4.287/64 NÃO FOI RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR CONFLITAR COM DISPOSTO NO ART. 173, § 2º. JUROS DE MORA APLICADOS REGULARMENTE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS COM DÉBITOS DO IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO E COM CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O PAGAMENTO INDEVIDO ATÉ A EFETIVA RESTITUIÇÃO. APLICANDO-SE O MANUAL DE CÁLCULOS DESTA CORTE. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DE JUROS DE MORA DE 1% A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO DEVIDO À APLICAÇÃO ÚNICA DA SELIC A PARTIR DE JANEIRO DE 1996. HONORÁRIOS PROPORCIONAIS À SUCUMBÊNCIA. APELO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A responsabilidade do transportador pelos tributos que deixarem de ser recolhidos por força de extravio/falta de mercadoria está prevista no art. 60, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 37/66. Objetiva-se impedir que a Fazenda Nacional tenha prejuízo em decorrência de perda do produto importado durante o processo de importação.
2. O Decreto-Lei nº 37/66, recepcionado pela Constituição Federal, no seu art. 1º, caput, ao tratar do imposto de importação, repete a regra inserta no art. 19 do CTN, estabelecendo que o fato gerador do imposto de importação é a entrada da mercadoria estrangeira no território nacional. No § 2º do art. 1º, o Decreto-Lei nº 37/66 estabelece que “para efeito de ocorrência do fato gerador, considerar-se-á entrada no Território Nacional a mercadoria que constar como tendo sido importada e cuja falta venha a ser apurada pela autoridade aduaneira”. E o § 3º contempla regra que permite ao regulamento “estabelecer percentuais de tolerância para a falta apurada na importação de granéis que, por sua natureza ou condições de manuseio na descarga, estejam sujeitos à quebra ou decréscimo de quantidade ou peso”.
3. Portanto, o próprio Decreto-Lei nº 37/66 estabelece hipótese de discrimen ao permitir que sejam fixados percentuais de tolerância para a falta de mercadoria na importação de granéis, por força da sua natureza e das condições de manuseio na descarga, reconhecendo que as mercadorias transportadas a granel estão sujeitas à quebra.
4. Cumprindo esse mister, a Instrução Normativa IN/SRF nº 95/84 fixou um limite percentual de 0,5% acima do qual seria exigível o pagamento dos tributos correspondentes às perdas de granel líquido ou gasoso. Portanto, se a diferença para menos existente entre a quantidade declarada no Certificado de Origem e a quantidade descarregada em solo brasileiro for inferior a 0,5%, o Imposto de Importação não será devido. Não obstante, a legislação tributária vigente ao tempo dos fatos estabelecia que só haveria infração e, conseqüentemente, seria devida multa, nos casos em que o percentual de quebra excedesse 5% (art. 2º, IN/SRF nº 12/76).
5. Admitindo a quebra ou o decréscimo no transporte a granel como notório, firmou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça/STJ o entendimento de que a quebra natural abrange o percentual de 5% para o fim de excluir não apenas o pagamento da multa, mas também do imposto de importação.
6. Destarte, no caso de perda inferior a 5% de mercadoria transportada a granel, por força de condições naturais do transporte e da descarga, não se justifica atribuir ao transportador responsabilidade pela perda e, conseqüentemente, imputar-lhe o pagamento quando a falta é superior a 0,5% e inferior a 5%.
7. In casu, todas as perdas apuradas pela autoridade aduaneira em conferência final de manifesto foram inferiores a 5% em relação à quantia manifestada, motivo pelo qual a autora faz jus à repetição do que pagou indevidamente a tal título, não havendo prescrição, pois a ação de repetição de indébito foi ajuizada em 07.06.2001, portanto, dentro do prazo prescricional de cinco anos a partir do recolhimento do tributo.
8. Não há na legislação aduaneira - ao contrário do caso de falta de mercadoria transportada a granel - nenhuma regra que estabeleça percentuais de tolerância para a situação em que a quantidade de mercadoria desembarcada é superior àquela que consta em manifesto de carga.
9. In casu, as diferenças, para mais entre as quantias de petróleo manifestadas e as desembarcadas variam entre 0,12% e 2,23% o que é justificável quando a pesagem na descarga foi feita por arqueação a bordo, que constitui método de pesagem por aproximação, feita no interior da embarcação e levando em conta as medidas do tanque do navio para aferir a quantidade de produto transportado, podendo sofrer interferências das condições naturais (temperatura da água, salinidade, etc).
10. Exatamente por força da possibilidade de discrepâncias no resultado final da arqueação, tem-se admitido como tecnicamente aceitável as diferenças de até 5% para mais ou para menos ocorridas no transporte marítimo de granéis, conforme aponta o documento de fl. 32, que consiste em uma resposta do Instituto Nacional de Tecnologia a um ofício que lhe fora enviado por um magistrado federal solicitando informações sobre as margens de erro em processos de arqueação em navios que transportam produtos químicos a granel.

11. Sendo plenamente justificável a diferença de até 5% entre a mercadoria a granel manifestada, contemplada em Certificado de Origem, e a mercadoria desembarcada, fere a razoabilidade exigir que a importadora recolha o imposto de importação com alíquota integral sobre as diferenças apuradas. Ora, se a mercadoria é oriunda de país membro da ALADI e, por isso, beneficiada com alíquota de imposto de importação reduzida, o excesso tecnicamente aceitável apurado no desembarque não pode ser tributado como se o granel fosse originário de país não membro, a menos que haja prova contundente de fraude, sob pena de embarçar as finalidades do acordo comercial.

12. Porém, nem todas as pesagens foram feitas por arqueação a bordo, mas apenas aquelas que deram origem aos autos de infração n.ºs 10821.000603/98-98, 10821.000618/97-84, 10821.000122/98-18 e 10821.000776/97-25, de modo que apenas os tributos nelas exigidos são devidos, não havendo prescrição porque a ação foi ajuizada em 07.06.2001, portanto, dentro do prazo prescricional de cinco anos a partir do recolhimento do tributo.

13. A informação do INT diz respeito à arqueação feita a bordo e não pode ser estendida aos casos em que as arqueações foram feitas por meio de tanques em terra, método considerado mais preciso que a arqueação feita a bordo de navio, que constitui método de pesagem por aproximação. Portanto, com relação aos demais autos de infração, não há nos autos nenhuma prova que torne justificável o acréscimo apurado em conferência final de manifesto. Ou seja, não há nada que abale a presunção de veracidade que resulta dos autos de infração e, conseqüentemente, nada que justifique a aplicação de alíquotas reduzidas, sob pena de extensão indevida de benefício fiscal e conseqüente violação ao art. 111 do CTN. 14.

14. Não há nenhuma irregularidade nas conferências finais de manifesto que geraram as autuações, pois o que se verifica é que a autoridade aduaneira apenas confrontou os manifestos de carga com os registros de descarga, no caso, os certificados de arqueação emitidos pela própria PETROBRÁS e constatou a existência de acréscimos não amparados pelos certificados de origem e pelas faturas comerciais.

15. A vistoria aduaneira prevista no art. 468 do Decreto n.º 91.030/85 – vigente ao tempo das importações – é procedimento a ser adotado a requerimento da parte interessada ou de ofício pela autoridade aduaneira quando houver avaria ou falta de mercadoria estrangeira entrada no território aduaneiro, destinando-se a identificar o responsável e apurar o crédito tributário dele exigível. Portanto, é inaplicável aos casos de apuração de acréscimo e, além disso, não se confunde com a conferência final de manifesto.

16. O imposto de importação tem como fato gerador a entrada do produto estrangeiro no território nacional (art. 19, CTN), sendo certo que, nos termos do art. 23 do Decreto-Lei n.º 37/66, tratando-se de mercadoria despachada para consumo, o fato gerador somente ocorre na data do registro da declaração de importação na repartição aduaneira, portanto, após a chegada física da mercadoria no território nacional. Destarte, a taxa de câmbio e as alíquotas aplicáveis são aquelas vigentes na data do registro da declaração de importação, exatamente como ocorreu in casu.

17. A PETROBRÁS não goza de isenção do pagamento de multas por infrações fiscais, ao contrário do que sustenta, pois a Lei n.º 4.287/64 não foi recepcionada pela Constituição Federal, na medida em que conflita com o disposto no seu art. 173, § 2º, que veda que as empresas públicas e sociedades de economia mista gozem de privilégios fiscais não extensivos à do setor privado.

18. Não há nenhuma irregularidade na aplicação dos juros de mora, que foram apurados na forma da legislação vigente ao tempo do fato gerador, incidiram apenas sobre o valor do imposto de importação e sobre eles não houve correção monetária.

19. A compensação dos valores indevidamente recolhidos deverá ser feita com débitos oriundos do próprio imposto de importação, após o trânsito em julgado. Sobre o indébito deverá incidir correção monetária desde o pagamento indevido até a efetiva restituição (Súmula n.º 162, STJ), observando-se o Manual de Procedimentos para Cálculos desta Corte, sendo descabida a incidência de juros de mora de mora de 1% a partir do trânsito em julgado (Súmula n.º 188, STJ), conforme determinado na sentença, pois a partir de janeiro de 1996 deve ser aplicada a SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros.

20. Tendo em vista a maior sucumbência da PETROBRÁS, nos termos do art. 21, caput, do Código de Processo Civil, deverá a empresa arcar com 70% das custas e da verba honorária fixada na sentença, cabendo UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) o pagamento de 30% dos honorários, que deverão ser compensados.

21. Apelação e reexame necessário parcialmente providos. ”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1292397 - 0003207-75.2001.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 08/10/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2015)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA - IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO - TRANSPORTE DE MERCADORIAS A GRANEL - LEGITIMIDADE "AD CAUSAM" PASSIVA DO AGENTE MARÍTIMO - INOCORRÊNCIA - SÚMULA N.º 192, TFR - QUEBRA INFERIOR A 5% - PERDA NATURAL E INEVITÁVEL - EXCLUSÃO DO IMPOSTO E DA MULTA - TAXA SELIC - INCIDÊNCIA.

1. O agente marítimo não é considerado responsável tributário, nem se equipara ao transportador. Súmula n.º 192 do TFR.

2. Demais disso, tem-se como recorrente a perda de mercadorias a granel importadas por meio de transporte marítimo. Nesse diapasão, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa n.º 12/76, estabelecendo não ensejar penalização a quebra inferior a 5% no transporte a granel, por caracterizar fato natural e inevitável.

3. Nesse contexto, também não há a incidência do Imposto de Importação, a teor do artigo 169, § 7º, I, do Decreto-lei n.º 37/66.

4. A Taxa SELIC, utilizada como forma de correção monetária dos depósitos judiciais e extrajudiciais, aplica-se àqueles realizados após 1º de dezembro de 1998, conforme determinado pela Lei n.º 9.703/98. ”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 941608 - 0208545-48.1998.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 30/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/10/2010 PÁGINA: 1128)

“APELAÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. QUEBRA DE MERCADORIA IMPORTADA A GRANEL. RESPONSABILIDADE DO AGENTE MARÍTIMO. NÃO OCORRÊNCIA. QUEBRA INFERIOR A 5% - NÃO INCIDÊNCIA DE TRIBUTO.

O Superior Tribunal de Justiça, já decidiu, em reiteradas oportunidades, que o agente marítimo não é considerado responsável pelos tributos devidos pelo transportador.

Comprovado que a quebra da carga foi inferior a 5%, dentro do limite do aceitável pela legislação que rege o tema, não sendo devido imposto de importação.

Apelação que se dá provimento. ”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 829429 - 0000069-97.2001.4.03.6104, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 09/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/09/2010 PÁGINA: 119)

Quanto ao fato delimitado nos presentes autos, não há nenhuma controvérsia, sendo certo que, nos termos do quanto definido no auto de infração, a “quebra” do transporte de produto a granel ocorreu se dera pela diferença entre o manifestado (4.153.513kg – quatro milhões, cento e cinquenta e três mil e quinhentos e treze quilogramas) e o quanto descarregado da embarcação (3.984.190kg – três milhões, novecentos e oitenta e quatro mil e cento e noventa quilogramas) (valores descritos no id n.º 90301643 – f. 134)

Pela simples operação matemática de subtração, tem-se que a discrepância se dera em 169.323kg – cento e sessenta e nove mil e trezentos e vinte e três quilogramas, montante que perfaz 4,08% (quatro inteiros e oito centésimos por cento) do montante manifestado.

Portanto, por não exceder ao patamar disposto na legislação de regência, não há incidência do imposto de importação no caso vertente.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao reexame necessário e ao recurso de apelação, unicamente para reconhecer a legitimidade passiva do apelado, porém, no mérito, afastar a incidência da tributação, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. FATO IMPONÍVEL POSTERIOR À VIGÊNCIA DO DL Nº 2.472/88. AGENTE MARÍTIMO DE CARGAS. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. LEGITIMIDADE. RESP Nº 1.129.430/SP (ART. 543-C, CPC/73). IMPORTAÇÃO A GRANEL. "QUEBRA". LIMITE 5%. INAPLICABILIDADE DA IN SRF Nº 95/84. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se pela possibilidade da responsabilização tributária do agente marítimo, em relação aos fatos geradores posteriores à vigência do Decreto-Lei nº 2.472/88, visto que se trata de alteração normativa que respeita o princípio da reserva legal em matéria tributária.
2. O limite disposto no artigo 169, § 7º, do Decreto-Lei nº 37/66 é o de 5% (cinco por cento) para fins de verificação de eventual infração aduaneira. Neste desiderato, é inviável conceber que o administrador público, ao realizar o seu poder regulamentar, extrapole os limites constantes na norma elaborada pelo legislador infraconstitucional.
3. A razão de tal entendimento finca-se na interpretação sistemática da norma, conforme se expõe a seguir: Embora descrito no dispositivo que define a inexistência de infração aduaneira, os limites naquela norma disciplinados trazem o entendimento do legislador ordinário acerca do patamar razoável para a existência de eventual discrepância entre o declarado e o verificado pela autoridade pública. Assim, ao se interpretar a legislação como um sistema, não se demonstraria lógica a incidência da tributação aduaneira sobre a "quebra", quando tal fato não configura qualquer infração normativa.
4. Sedimente-se que não se está a equiparar infração com fato imponível tributário, mas apenas de reconhecer que as variações ocorridas no transporte de produtos no comércio exterior é situação normal, sendo certo que eventual tributação a maior deve operar apenas nos casos em que a legislação permite e, a interpretação sistemática impede a tributação daquilo que não excedeu a 5% (cinco por cento) do manifestado.
5. Recurso de apelação e reexame necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao reexame necessário e ao recurso de apelação, unicamente para reconhecer a legitimidade passiva do apelado, porém, no mérito, afastar a incidência da tributação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004185-71.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CLAIFER COMERCIO DE ABRASIVOS E FERRAMENTAS LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004185-71.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CLAIFER COMERCIO DE ABRASIVOS E FERRAMENTAS LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Claifer Comércio de Abrasivos e Ferramentas Ltda. e Outro**.

A MM. Juíza de Direito extinguiu a execução fiscal, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil de 1973, ao fundamento de que ocorreu a prescrição material do crédito tributário,

Irresignada, a União apela aduzindo, em síntese, que:

- a) não ocorreu a prescrição, pois somente a partir da ocorrência da causa que enseja o redirecionamento (no caso concreto, a certeza da dissolução irregular da empresa executada) é que se vislumbra o interesse de agir, uma das condições da ação, no que concerne ao pedido de redirecionamento;
- b) no caso dos autos, diante dos indícios de dissolução irregular da executada, o feito foi redirecionado para o sócio da empresa, sendo que a partir daí as diligências prosseguiram. Assim, não ocorreu a prescrição.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este c. Tribunal.

É o relatório.

APELADO: CLAIFER COMERCIO DE ABRASIVOS E FERRAMENTAS LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A controvérsia apresentada nos autos diz respeito à suposta ocorrência de prescrição, em sede de execução fiscal ajuizada para cobrança de crédito tributário.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 12/02/1999 (ID de n.º 81329178, pág. 03).

A tentativa de citação da executada restou infrutífera, sendo que o Oficial de Justiça recebeu informações que a empresa havia encerrado as suas atividades no local, há mais de dois anos (Certidão de 08/11/1999, ID de n.º 81329178, pág. 15).

Diante desta informação, a União requereu o redirecionamento do feito em face do sócio responsável pela empresa executada em 26/06/2001 (ID de n.º 81329178, págs. 20-21). O pedido foi deferido em 10/01/2002 (ID de n.º 81329179, pág. 03).

O coexecutado foi devidamente citado (AR Positivo de 10/10/2002, ID de n.º 81329179, pág. 14).

A tentativa de penhora de bens do coexecutado restou infrutífera (Certidão de 27/11/2002, ID de n.º 81329179, pág. 21).

Após, a exequente requereu a suspensão do processo em 31/03/2003 (ID de n.º 81329179, pág. 24), sendo o pedido deferido em 08/08/2003.

No dia 17/05/2010, a exequente requereu o sobrestamento do feito pelo prazo de 30 (trinta) dias (ID de n.º 81329179, pág. 37).

O pedido foi deferido em 28/06/2010.

Após, em 09/09/2013, requereu a indisponibilidade de bens da executada e do coexecutado, nos termos do art. 185-A, do Código Tributário Nacional (ID de n.º 81329179, págs. 51-52).

Ao apreciar o pedido, o MM. Juiz de Direito determinou que os autos retornassem a Fazenda Nacional, pois a empresa executada não havia sido citada (ID de n.º 81329179, pág. 55).

Após, em 24/11/2014, a União informou que o sócio da empresa executada havia sido citado. Assim, reiterou o pedido de indisponibilidade de bens somente em relação ao sócio (ID de n.º 81329179, pág. 57).

Em seguida, no dia 10/09/2015 (ID de n.º 81329179, págs. 59-60), foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição material do crédito tributário, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.

No caso dos autos, não ocorreu a prescrição do direito material.

A pretensão de redirecionamento da execução fiscal apenas surge com a ciência, pelo exequente, da dissolução irregular da empresa executada.

Neste sentido, é o entendimento deste E. Tribunal. Vejam-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. SUCESSÃO EMPRESARIAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. 1. A questão vertida nos autos consiste na análise, em exceção de pré-executividade, das alegações de prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios, inexistência dos requisitos para o redirecionamento da execução fiscal contra os agravantes NERINGA SACCHI e espólio de HELIO EUGENIO SACCHI da empresa executada "HELIOS S/A IND/ E COM", e inoportunidade de dissolução irregular a justificar a responsabilização do administrador. 2. Quanto à ocorrência da prescrição, a E. Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.102.431-RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 01.02.2010, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso do tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário. 3. O C. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.222.444-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 25.04.2012, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou também entendimento no sentido de que a configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação, devendo também ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente. 4. O redirecionamento da execução fiscal somente é possível no momento em que a Fazenda Pública fica sabendo da insolvência da empresa, quando então deve ter início a contagem do prazo prescricional, aplicando-se o princípio da actio nata. Precedentes. 5. Inocorrente na espécie a alegada prescrição para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios e administradores, posto que não resta caracterizada a inércia da Fazenda exequente, bem como o pedido de redirecionamento ocorreu quando houve prova de dissolução irregular da empresa executada. 6. Com relação aos requisitos para o redirecionamento da execução fiscal em face dos agravantes, à existência ou não de dissolução irregular, assim como da comprovação da prova por estes das condutas descritas no art. 135, III, do CTN, incabível sua análise em sede de exceção de pré-executividade (REsp nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia). 7. As questões relativas à existência de formação de grupo econômico e sucessão empresarial são complexas e exigem ampla dilação probatória, além de submissão ao contraditório e ampla defesa para a obtenção de elementos de convicção, o que se afigura incompatível com a via estreita da exceção de pré-executividade e do agravo de instrumento devendo, portanto, ser discutida nos competentes embargos à execução. Precedentes desta Corte. 8. Agravo de instrumento desprovido." (TRF3, AI 00073858620144030000, SEXTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/06/2018). (Grifei).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. 1. A Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente o débito, através da propositura da ação de execução do crédito tributário devido, sendo o prazo contado da sua constituição definitiva. O prazo prescricional pode ser interrompido ou suspenso, nos termos do art. 174, parágrafo único do CTN e 151, do mesmo diploma tributário. 2. Proposta a ação para a cobrança judicial da dívida e interrompida a prescrição pela citação pessoal do devedor, de acordo com o art. 174, I, do CTN com a redação anterior à Lei Complementar nº 118/05, ou, atualmente, pelo despacho que ordena a citação, pode acontecer do processo ficar paralisado, o que dá causa a prescrição intercorrente. 3. O C. STJ, no julgamento do REsp 1.222.444/RS, de Relatoria de Min. Mauro Campbell Marques, julgado no rito do art. 543-C do CPC, pacificou a orientação de que "A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente". 4. A prescrição intercorrente consuma-se não só pelo decurso do prazo quinquenal, mas também em decorrência da inércia do credor em promover os atos e diligências cabíveis e tendentes ao prosseguimento do feito executivo. 5. Quanto à possibilidade de redirecionamento do feito executivo para os sócios-gerentes, especialmente em casos de dissolução irregular da pessoa jurídica, aplica-se a teoria da "actio nata", ou seja, para o caso de pedido de redirecionamento do feito para os sócios/responsáveis, o marco inicial se dá quando a exequente toma conhecimento dos elementos que possibilitam o prosseguimento do feito em face dos responsáveis. (...) 9. Agravo de instrumento improvido". (TRF3, AI 00181071420164030000, SEXTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 27/04/2018). (Grifei)

Desse modo, no caso dos autos, aplicando-se a Teoria da "Actio Nata", verifica-se que não restou ultrapassado o prazo quinquenal entre o pedido de redirecionamento do feito em face do sócio responsável pela empresa executada em 26/06/2001 (ID de n.º 81329178, págs. 20-21), e a efetiva citação do coexecutado ocorrida em 10/10/2002 (AR Positivo, ID de n.º 81329179, pág. 14).

Assim, deve ser afastada a ocorrência da prescrição material reconhecida na sentença.

Por outro lado, constata-se nos autos a ocorrência da prescrição intercorrente, prevista no art. 40 da Lei n.º 6.830/80 e no art. 921 do Código de Processo Civil.

A prescrição é matéria de ordem pública, e pode ser analisada de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, não se sujeitando a preclusão. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. SÚMULA N. 150/STF. DECISÃO MANTIDA. 1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.273.643/PR (Relator Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/2/2013, DJe 4/4/2013), submetido ao rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento segundo o qual, "no âmbito do direito privado, é de cinco anos o prazo prescricional para o cumprimento de sentença proferida em ação civil pública". 2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição é matéria de ordem pública e, portanto, pode ser suscitada a qualquer tempo nas instâncias ordinárias, não estando sujeita à preclusão. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, 4ª Turma, AgRESp 272860, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02/05/2013, DJE de 14/05/2013).

De outro giro, desnecessária a intimação da exequente, nos termos do art. 10 do Código de Processo Civil, pois a questão relacionada à prescrição foi abordada nos autos, sendo que a própria exequente no seu recurso de apelação alegou que o processo foi arquivado em agosto de 2003, não tendo decorrido o prazo prescricional de cinco anos, pois requereu a penhora de bens, via Sistema Bacenjud, em julho de 2008.

No caso dos autos, não há dúvidas sobre a ocorrência da prescrição intercorrente, pois após a citação do coexecutado em 10/10/2002 (AR Positivo, ID de n.º 81329179, pág. 14), a tentativa de penhora de bens do coexecutado restou infrutífera (Certidão de 27/11/2002, ID de n.º 81329179, pág. 21).

A partir daí, não houve a localização de bens do coexecutado, ou quaisquer outros fatos que pudessem interromper o prazo prescricional. Ao revés, a exequente requereu a suspensão, e posteriormente o sobrestamento do feito.

Sendo que somente em 09/09/2013, requereu a indisponibilidade de bens da executada e do coexecutado, nos termos do art. 185-A, do Código Tributário Nacional (ID de n.º 81329179, págs. 51-52).

A questão já restou analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que decidiu através de Recurso Especial Repetitivo, que "nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais". veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. **No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.** Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. **Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.**

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."
(STJ, REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJ 12.09.2018, DJe 16.10.2018). (grifei).

Desse modo, o caso é de se reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação para afastar a prescrição do direito material reconhecida na sentença; e, **de ofício**, decreto a extinção do processo, nos termos do art. 924, V, do Código de Processo Civil, em virtude da ocorrência da prescrição intercorrente.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO MATERIAL. AFASTADA. APELAÇÃO DA UNIÃO PROVIDA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA DE OFÍCIO. EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA, NOS TERMOS DO ART. 924, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. A controvérsia apresentada nos autos diz respeito à suposta ocorrência de prescrição, em sede de execução fiscal ajuizada para cobrança de crédito tributário. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 12/02/1999 (ID de n.º 81329178, pág. 03). A tentativa de citação da executada restou infrutífera, sendo que o Oficial de Justiça recebeu informações que a empresa havia encerrado as suas atividades no local, há mais de dois anos (Certidão de 08/11/1999, ID de n.º 81329178, pág. 15). Diante desta informação, a União requereu o redirecionamento do feito em face do sócio responsável pela empresa executada em 26/06/2001 (ID de n.º 81329178, págs. 20-21). O pedido foi deferido em 10/01/2002 (ID de n.º 81329179, pág. 03). O coexecutado foi devidamente citado (AR Positivo de 10/10/2002, ID de n.º 81329179, pág. 14). A tentativa de penhora de bens do coexecutado restou infrutífera (Certidão de 27/11/2002, ID de n.º 81329179, pág. 21). Após, a exequente requereu a suspensão do processo em 31/03/2003 (ID de n.º 81329179, pág. 24), sendo o pedido deferido em 08/08/2003. No dia 17/05/2010, a exequente requereu o sobrestamento do feito pelo prazo de 30 (trinta) dias (ID de n.º 81329179, pág. 37). O pedido foi deferido em 28/06/2010. Após, em 09/09/2013, requereu a indisponibilidade de bens da executada e do coexecutado, nos termos do art. 185-A, do Código Tributário Nacional (ID de n.º 81329179, págs. 51-52). Ao apreciar o pedido, o MM. Juiz de Direito determinou que os autos retornassem a Fazenda Nacional, pois a empresa executada não havia sido citada (ID de n.º 81329179, pág. 55). Após, em 24/11/2014, a União informou que o sócio da empresa executada havia sido citado. Assim, reiterou o pedido de indisponibilidade de bens somente em relação ao sócio (ID de n.º 81329179, págs. 57). Em seguida, no dia 10/09/2015 (ID de n.º 81329179, págs. 59-60), foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição material do crédito tributário, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional.

2. No caso dos autos, não ocorreu a prescrição do direito material. A pretensão de redirecionamento da execução fiscal apenas surge com a ciência, pelo exequente, da dissolução irregular da empresa executada (precedentes deste E. Tribunal). Desse modo, aplicando-se a Teoria da "Actio Nata", verifica-se que não restou ultrapassado o prazo quinquenal entre o pedido de redirecionamento do feito em face do sócio responsável pela empresa executada em 26/06/2001 (ID de n.º 81329178, págs. 20-21), e a efetiva citação do coexecutado ocorrida em 10/10/2002 (AR Positivo, ID de n.º 81329179, pág. 14). Assim, deve ser afastada a ocorrência da prescrição material reconhecida na sentença.

3. A prescrição é matéria de ordem pública, e pode ser analisada de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, não se sujeitando a preclusão (STJ, 4ª Turma, AgRESP 272860, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 02/05/2013, DJE de 14/05/2013).

4. No caso dos autos, não há dúvidas sobre a ocorrência da prescrição intercorrente, pois após a citação do coexecutado em 10/10/2002 (AR Positivo, ID de n.º 81329179, pág. 14), a tentativa de penhora de bens do coexecutado restou infrutífera (Certidão de 27/11/2002, ID de n.º 81329179, pág. 21). A partir daí, não houve a localização de bens do coexecutado, ou quaisquer outros fatos que pudessem interromper o prazo prescricional. Ao revés, a exequente requereu a suspensão, e posteriormente o sobrestamento do feito. Sendo que somente em 09/09/2013, requereu a indisponibilidade de bens da executada e do coexecutado, nos termos do art. 185-A, do Código Tributário Nacional (ID de n.º 81329179, págs. 51-52).

4. O C. Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial Repetitivo (STJ, REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJ 12.09.2018, DJe 16.10.2018), deixou claro que: "Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

5. Apelação interposta pela União provida, para afastar a prescrição do direito material reconhecida na sentença; e, de ofício, decretada a extinção da execução fiscal, nos termos do art. 924, V, do Código de Processo Civil, em virtude da ocorrência da prescrição intercorrente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação para afastar a prescrição do direito material reconhecida na sentença; e, de ofício, decretou a extinção do processo, nos termos do art. 924, V, do Código de Processo Civil, em virtude da ocorrência da prescrição intercorrente, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5002117-61.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORDEIRO MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE GONCALVES DE OLIVEIRA MACEDO - SP402666-A, GUSTAVO ALMEIDA E DIAS DE SOUZA - SP154074-A, JOSELENE TOLEDANO ALMAGRO

POLISZEZUK - SP182338-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 5002117-61.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORDEIRO MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE GONCALVES DE OLIVEIRA MACEDO - SP402666-A, GUSTAVO ALMEIDA E DIAS DE SOUZA - SP154074-A, JOSELENE TOLEDANO ALMAGRO

POLISZEZUK - SP182338-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela União contra a r. sentença que julgou procedente o mandado de segurança impetrado por **Cordeiro Máquinas e Ferramentas Ltda.**

O juízo *a quo* reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS e do ICMS-ST na base de cálculo do PIS e da COFINS, haja vista que tal parcela não se caracteriza como receita da sociedade empresária.

Sua Excelência, ainda, afirmou pelo direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos da legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, corrigidos pela taxa SELIC, somente após o trânsito em julgado, nos moldes do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional e, delimitando pela prescrição quinquenal, com marco no ajuizamento da demanda, nada se pronunciando sobre a impossibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias.

A apelante alega, em síntese, que:

a) o ICMS caracteriza-se como receita e, por essa razão, deve compor a base de cálculo do PIS e da COFINS e, ademais, as exclusões daquela base de cálculo são apenas as delimitadas na legislação de regência, sendo certo que com a instituição da Lei nº 12.973/14, não há o que se falar em mácula na incidência do PIS e da COFINS sobre a receita que ingressa na caixa da apelada a título de ICMS;

b) quanto ao ICMS-ST, indica que é impossível a aplicação do entendimento exarado no julgamento realizado em sede de repercussão geral, haja vista que a sistemática da substituição tributária afasta a incidência do ICMS sobre a receita do substituído;

c) eventualmente, não há como se vislumbrar a possibilidade de compensação dos valores recolhidos a título de PIS e da COFINS sobre a parcela atinente ao ICMS com as contribuições previdenciárias.

Com as contrrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da E. Procuradora Regional da República, Sonia Maria Curvello, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

A impetrante fora intimada a comprovar o recolhimento do PIS e da COFINS do período em que pretende ver reconhecido o direito à compensação, providência que restou devidamente realizada.

A União não se opôs aos documentos apresentados, mas delimitou que eventual compensação só poderá ser realizada após o trânsito em julgado da decisão.

Fora proferido novo despacho, determinando a intimação das partes para que se manifestassem sobre eventual julgamento *extra petita*, haja vista que os presentes autos tratam apenas da exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Quanto a este ponto, ambas as partes reconhecerem que a discussão adstringe-se à incidência do PIS e da COFINS com ICMS-ST em suas bases de cálculo, propugnando a União pela nulidade da sentença, enquanto a impetrante aduziu que tal fato não traz maior relevância, haja vista que a exclusão do ICMS da base de cálculo daquelas contribuições já fora reconhecida em outros autos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002117-61.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CORDEIRO MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FELIPE GONCALVES DE OLIVEIRA MACEDO - SP402666-A, GUSTAVO ALMEIDA E DIAS DE SOUZA - SP154074-A, JOSELENE TOLEDANO ALMAGRO

POLISZEZUK - SP182338-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Conforme delimitado no relatório, o juízo *a quo* reconheceu a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Porém, para elucidação, trago excerto do pedido do autor sobre o tema (id nº 6802737):

"a concessão definitiva da ordem para garantir o direito líquido e certo da impetrante de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o ICMS pago por substituição tributária, destacado nas notas fiscais emitidas por seus fornecedores, acrescido ao custo das mercadorias e cobrado juntamente com o preço das mercadorias revendidas. Requer também a concessão de ordem para compensar, por sua conta e risco, com outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, independentemente da retificação de obrigações acessórias, os valores recolhidos indevidamente a título de PIS e de COFINS nos últimos cinco anos e ao longo do trâmite processual, devidamente corrigidos pela taxa Selic, garantindo-se ao fisco federal a fiscalização dos valores e dos procedimentos adotados pela impetrante."

Assim, a r. sentença incorreu em vício *extra petita*, pois analisou questão diversa do quanto proposto, haja vista que foi realizado o pedido de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Porém, o juízo *a quo* reconheceu o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que este nunca foi o pretendido pela apelada nos presentes autos.

Trago, por oportuno, a transcrição dos artigos 141 e 492, do novel Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte."

"Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

Pelo o exposto, verifica-se que ocorreu o julgamento diverso dos limites propostos na presente demanda, configurando-se, portanto, o vício de julgamento *extra petita*.

Neste sentido é o entendimento desta Corte Regional, confira-se:

"PROCESSO CIVIL. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC.

1. É nula a sentença que, por um lado, é extra petita, decidindo pedido diverso daquele deduzido em juízo, como no caso vertente.

2. A parte autora, em sua petição inicial, pleiteou o cumprimento, pela ré, das condições praticadas no contrato desde o início até esta data, ou seja, pagando comissões como se o requerente franqueado fosse, cujo percentual gira em torno de 15% nos negócios realizados e demais condições contidas no contrato.

3. Contudo, o r. Juízo a quo analisou questão diversa, qual seja, a condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pela parte autora na instalação da agência dos correios em questão, limitados à receita auferida pela parte autora desde a inauguração do prédio.

4. Apelação provida."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0046342-20.1999.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 12/02/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/02/2015)

"PROCESSO CIVIL - SENTENÇA - EXTRA PETITA - NULIDADE ABSOLUTA - BAIXA DOS AUTOS A VARA DE ORIGEM

1. O Código de Processo Civil no artigo 460 veda que as sentenças condenem o réu em objeto diverso ao requerido na peça vestibular.

2. A sentença que condena o réu em objeto diverso do demandado, incorre em julgamento extra petita, sendo ela absolutamente nula.

3. Declarada a nulidade do decisum, remetam-se os autos a Vara de origem.

4. Sentença declarada nula. Apelações e remessa oficial prejudicadas."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0006580-16.2012.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 19/03/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/03/2015)

Desta forma, deve ser extirpado da r. sentença o capítulo atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em discussão, mantendo-se a análise da exclusão do ICMS-ST nos presentes autos.

Quanto ao mérito, em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se averçar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a circulação de mercadoria - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los aos seus efetivos sujeitos ativos, quais sejam, o Estado-membro e o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de computo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilha, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DÚPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste ao contribuinte, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Enquanto pairava a discussão da parcela do ICMS passível de exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS – destacado na nota, a ser recolhido ou o efetivamente recolhido –, nas duas últimas hipóteses havia pertinência a verificação do título a que a sujeição passiva do ICMS se dava.

Porém, no sedimentar desta e Terceira Turma o entendimento de que o ICMS destacado na nota fiscal é a parcela a ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, toma-se sem relevância a análise do tipo de sujeição passiva (como próprio contribuinte em cadeia cumulativa ou não-cumulativa, substituto ou substituído), pois, repita-se, o valor destacado na nota fiscal a título de ICMS se desnatura do conceito de receita e, portanto, não compõe a base de cálculo.

A pensar de outra forma, estaríamos diante de uma decisão eminentemente contraditória, pois reconhecer que a exclusão deve se dar pelo destacado na nota fiscal e, após, delimitar pela impossibilidade de exclusão da parcela que se encontra destacada, mas que fora recolhida por outro contribuinte não se mostraria como lógica.

Nesta senda, não há relevância se ocorrer o efetivo recolhimento do ICMS, pois a parcela indicada na nota fiscal como tributo recolhido, em nenhuma das fases da cadeia poderá sofrer a incidência das contribuições federais em discussão nos presentes autos, inclusive nos casos de ICMS decorrente da substituição tributária – ICMS-ST.

Passados estes pontos e, em relação ao indébito afirmado nos presentes autos, o reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.

Em outro giro, a ora embargante não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver, seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente quando do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.

Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.

Caso a compensação dos valores recolhidos indevidamente ocorra nos moldes do ajuizamento da demanda, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até 22.08.2017, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, reforçando-se, caso a opção escolhida se refira à legislação do ajuizamento da demanda ou se, posteriormente, os requisitos necessários não forem preenchidos, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior (AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014).

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010).

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário dependerá da origem daquele. Caso seja decorrente de extinção pelo artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional, a incidência se dera desde o pagamento indevido. Nas hipóteses em que deflui de crédito escritural, a incidência se dera no dia posterior ao término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias do protocolo do pedido de aproveitamento do crédito, nos termos da hodierna jurisprudência repetitiva fixada pelo e. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1767945/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2020, DJe 06/05/2020).

Ante o exposto, **RECONHEÇO, DE OFÍCIO**, o julgamento *extra petita*, excluindo o capítulo da sentença que transbordou os limites do pedido; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação e ao reexame necessário, unicamente para delimitar os moldes em que se dará a compensação e o termo inicial de incidência da taxa SELIC, a depender do tipo de crédito do contribuinte perante o fisco, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhores Desembargadores, acompanho a relatora no que excluiu o julgamento fora do pedido, assim como quanto ao mérito, pedindo vênha apenas para lançar as razões de tal entendimento.

Quanto ao ICMS cobrado pelo regime de substituição tributária (artigo 150, § 7º, CF), indaga-se se seria aplicável, por igual, a exclusão definida no RE 574.706 na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS, à vista da constatação de que o paradigma não tratou de tal situação específica, mas apenas do regime comum de tributação.

O preceito constitucional, que permite a substituição tributária progressiva no caso do ICMS, dispõe que: “*A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido*” (artigo 150, § 7º, CF).

Por tal sistemática de tributação, o responsável tributário antecipa o valor do imposto que, regularmente, seria devido em etapa posterior do processo econômico gerador de riqueza tributável, utilizando-se do conceito de fato gerador presumido e de estimativa de base de cálculo, permitindo reembolso preferencial se não realizado o fato gerador (ADI 1.851, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJU 13/12/2002) ou se tiver ocorrido excesso na tributação (RE 593.849, Rel. Min. EDSON FACCHIN, DJe 30/03/2017, Tema 201: “*É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida*”).

O substituto tributário, contribuinte do ICMS próprio de sua operação, além de responsável pelo ICMS recolhido antecipadamente (ICMS-ST), pode excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, de que é contribuinte, o valor relativo ao ICMS-ST, desde que destacado na nota fiscal, porém o entendimento fiscal é de que tal exclusão não pode beneficiar o substituído na obrigação tributária correlata, ou seja, o intermediário adquirente do produto com ICMS cobrando antecipadamente, em substituição tributária, pelo industrial e destacado na nota fiscal de venda, não pode excluir o imposto estadual na apuração da respectiva base de cálculo do PIS/COFINS.

Evidencia-se de logo que a interpretação fiscal é a de que o RE 574.706 não se aplica ao ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária progressiva.

A exclusão do ICMS-ST na apuração da base de cálculo do PIS/COFINS do substituto tributário (industrial, por exemplo) decorre do fato de ser ele não o contribuinte, mas apenas o responsável tributário e, portanto, não se cogitar de receita ou faturamento próprio para efeito de discussão da validade da tributação do imposto gerado pela operação de saída ou circulação da mercadoria do respectivo estabelecimento. Nesta quadra, o precedente do Supremo Tribunal Federal evidencia que sequer seria possível entendimento contrário, já que se o ICMS próprio não compõe a base de cálculo das referidas contribuições, com mais razão assim os valores que perpassam a escrituração fiscal do contribuinte a título de tributo devido por outrem, arrecadado em regime de substituição tributária.

Sucedo que, nestes termos, a vedação a que se proceda ao ajuste da base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo contribuinte do ICMS, que foi substituído na incidência específica por outrem a quem a lei conferiu o ônus de recolher antecipadamente o tributo, acarreta apropriação indevida, pela União, do efeito econômico da exação estadual na formação do faturamento ou receita tributável a título de PIS/COFINS, pretensão fiscal afastada pela Suprema Corte no RE 574.706, paradigma este cuja aplicação não pode ser excepcionada por suposta violação, como pretendido, do artigo 110, CTN.

Perceba-se que não se trata de discutir, a rigor, creditamento de valores, na base de cálculo do PIS/COFINS devido pelo substituído, em razão do custo de ICMS-ST atrelado à mercadoria adquirida e refletido, posteriormente, no faturamento, vez que tal ônus financeiro será incorporado no preço praticado na saída ou absorvido como redução de margem de lucro. O ponto é que o montante dispendido com o ICMS-ST, conforme apurado na fatura do substituído, sequer deve compor a própria base de cálculo das contribuições devidas pelo substituído.

Com efeito, a substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, configura mera técnica de tributação, sequer específica do ICMS, mas de caráter geral, que não desfigura, portanto, a natureza e as características próprias do ICMS que, desta maneira, sendo recolhido de forma antecipada ou não, não pode ser compreendido, na dicção da Suprema Corte, como receita ou faturamento para fins de incidência do PIS/COFINS. Neste sentido, a vedação pretendida pelo Fisco importaria inegável ofensa à isonomia, com forma de apuração diferenciada do PIS/COFINS baseada em regime de tributação de imposto estadual, em que pese certo que a estrutura do conceito constitucional de receita ou faturamento deve ser idêntica para todos os contribuintes, independentemente da sujeição ocorrer pelo regime comum ou antecipado de recolhimento do ICMS.

Por tais fundamentos, acompanho a relatora, inclusive quanto à forma de compensação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DO CAPÍTULO DA SENTENÇA. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ICMS-ST. SUBSTITUÍDO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE À EXCLUSÃO. TRIBUTO ESTADUAL DESTACADO NA NOTA QUE NÃO DETÉM A QUALIFICAÇÃO DE RECEITA. COMPENSAÇÃO. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. LEGISLAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA OU DO ENCONTRO DE CONTAS. CRÉDITO ESCRITURAL. TERMO INICIAL DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. DIA POSTERIOR AO PRAZO CONSTANTE NO ART. 24, DA L. Nº 11.457/07. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A r. sentença incorreu em vício *extra petita*, pois analisou questão diversa do quanto proposto, haja vista que foi realizado o pedido de exclusão do ICMS-ST da base de cálculo do PIS e da COFINS. Porém, o juízo *a quo* reconheceu o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que este nunca foi o pretendido pela apelada nos presentes autos.
2. Desta forma, deve ser extirpado da r. sentença o capítulo atinente à exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em discussão, mantendo-se a análise da exclusão do ICMS-ST nos presentes autos.
3. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
4. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
5. No sedimentar desta e. Terceira Turma o entendimento de que o ICMS destacado na nota fiscal é a parcela a ser excluída da base de cálculo do PIS e da COFINS, torna-se sem relevância a análise do tipo de sujeição passiva (como próprio contribuinte em cadeia cumulativa ou não-cumulativa, substituído ou substituinte), pois, repita-se, o valor destacado na nota fiscal a título de ICMS se desnatara do conceito de receita e, portanto, não compõe a base de cálculo.
6. Nesta senda, não há relevância se ocorrer o efetivo recolhimento do ICMS, pois a parcela indicada na nota fiscal como tributo recolhido, em nenhuma das fases da cadeia poderá sofrer a incidência das contribuições federais em discussão nos presentes autos, inclusive nos casos de ICMS decorrente da substituição tributária – ICMS-ST.
7. O reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.
8. Em outro giro, a ora embargante não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver, seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente no momento do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.
9. Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário dependerá da origem daquele. Caso seja decorrente de extinção pelo artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional, a incidência se dera desde o pagamento indevido. Nas hipóteses em que deflui de crédito escritural, a incidência se dera no dia posterior ao término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias do protocolo do pedido de aproveitamento do crédito, nos termos da hodierna jurisprudência repetitiva fixada pelo c. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1767945/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2020, DJe 06/05/2020).
11. Capítulo da sentença com vício *extra petita* excluído da sentença; e, reexame necessário e recurso de apelação parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, RECONHECEU, DE OFÍCIO, o julgamento *extra petita*, excluindo o capítulo da sentença que transbordou os limites do pedido; e, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação e ao reexame necessário, unicamente para delimitar os moldes em que se dará a compensação e o termo inicial de incidência da taxa SELIC, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5012847-30.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMPANHIA METALURGICA ESTAMPEX
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012847-30.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMPANHIA METALURGICA ESTAMPEX
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recurso de apelação interposto pela União em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS destacado, da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/02, resta inconteste a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise;

c) é inviável a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais por tomar muito complexa a execução do julgado, bem como porque "se a legislação objeto do julgamento em tela do Supremo Tribunal Federal se refere a contribuições sociais incidentes sobre a totalidade da receita do mês, segue-se que a parcela do ICMS a recolher do período é a que há de ser excluída da base de cálculo das contribuições". (ID 68218854, p. 20).

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra do e. Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5012847-30.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMPANHIA METALURGICA ESTAMPEX
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relators): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJE-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTOS - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJE-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJE 07/04/2015)

Cumprasse aver que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS na caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação , posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispôs: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tomou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do questionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação , sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma vez, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPC A série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma vez, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Quanto à parte atinente ao esclarecimento do valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.
9. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002884-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: S. MAVE SERVICOS ESPECIAIS DE MAO DE OBRA EM GERAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002884-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: S. MAVE SERVICOS ESPECIAIS DE MAO DE OBRA EM GERAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença que julgou procedente o pedido para determinar a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS e Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensar, observada a prescrição quinquenal, os valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS e o ISS integram o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei;

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§ 1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo das contribuições emanalíse;

c) eventual prolação de sentença de procedência deverá reconhecer o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, apenas os valores correspondentes ao ICMS efetivamente recolhido pelo impetrante.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002884-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: S. MAVE SERVICOS ESPECIAIS DE MAO DE OBRA EM GERAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Indo adiante, diga-se que nos termos do art. 496, §4º, inciso II do Código de Processo Civil, está dispensada a remessa necessária.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Ainda, a novel jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas.

A exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquelas parcelas, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS e de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-Membro e para o Município, respectivamente.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS e o ISS são impostos indiretos nos quais o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e ao ISS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, mostrando-se, incontestavelmente, despidido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EÍ 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir:

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C. DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. *A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).*

2. *A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).*

3. *Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.*

4. *A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".*

5. *Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.*

6. *A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.*

7. *Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.*

8. *Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."*

9. *Entretantes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).*

10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento simulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. in) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial/fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Quanto à parte atinente ao valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

No tocante ao ISS maiores discussões não afetam o tema, pois inexistente o princípio da não-cumulatividade aplicável à espécie.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

3. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.

7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

9. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate. Quanto ao ISS maiores discussões não afetam o tema, pois inexistente o princípio da não-cumulatividade aplicável à espécie.

12. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020527-93.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RAIZEN ENERGIAS.A
Advogado do(a) APELANTE: MARIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA - SP117622-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020527-93.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RAIZEN ENERGIAS.A
Advogado do(a) APELANTE: MARIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA - SP117622-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **RAIZEN ENERGIA S.A** contra a sentença que denegou a ordem nos autos do mandado de segurança, no bojo do qual se postula a conclusão de processo administrativo fiscal.

Inconformada, a apelante sustenta, em síntese, que o prazo de 360 (trezentos e sessenta dias), previsto no artigo 24 da Lei nº 11.457/07, já se encontrava expirado à época da impetração do *mandamus*, considerando-se como marco inicial para a sua contagem a decisão administrativa proferida em agosto de 2013.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

A D. Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0020527-93.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RAIZEN ENERGIAS A
Advogado do(a) APELANTE: MARIO LUIZ OLIVEIRA DA COSTA - SP117622-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O C. Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quicquid fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."

5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."

6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.

7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).

8. O art. 535 do CPC resta inócua se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010)

No mesmo sentido, é a jurisprudência desta Corte Regional, veja-se:

"TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DESTINADO A APRECIAR PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE PIS E COFINS - PRAZO EXTRAPOLADO, COM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO - LEI 11.457/2007 - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E AO RECURSO DE APELAÇÃO - AGRAVO IMPROVIDO, ATÉ PORQUE SUPOSTOS "FATOS NOVOS" SÃO IRRELEVANTES NA SINGULARIDADE DO CASO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil autoriza o relator a julgar monocraticamente qualquer recurso - e também a remessa oficial, nos termos da Súmula nº 253 do Superior Tribunal de Justiça - desde que sobre o tema recorrido haja jurisprudência dominante em Tribunais Superiores e do respectivo Tribunal; foi o caso dos autos.

2. O processo administrativo deve ser concluído no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesa ou recursos administrativos, aplicando-se tal prazo imediatamente aos requerimentos formulados antes e após a publicação da Lei 11.457/07 em face da natureza processual fiscal do disposto no artigo 24.

3. Conforme a jurisprudência consolidada no STJ, "tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)" (REsp 1138206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.8.2010, DJe 1.9.2010 - acórdão submetido ao regime dos recursos repetitivos).

4. Já na época da impetração o prazo previsto no artigo 24 da Lei 11.457/07 se encontrava exaurido, daí porque se considerou configurado o direito líquido e certo reclamado pela impetrante. Note-se, contudo, que a zelosa Juíza de Primeira Instância, por cautela, ressaltou que a análise dos processos administrativos deveria ser concluída no prazo de 60 (sessenta) dias, depois que fossem tomadas todas as providências por parte da impetrante/contribuinte, juntando a documentação requerida pelo Fisco. Ou seja: além de extrapolar o prazo legal, o Poder Público ainda ganhou mais um plus e ainda foram impostos encargos à contribuinte.

5. No cenário delimitado pelo objeto originário do presente mandado de segurança, qualquer ilação sobre se a "suposta retificadora do pedido de compensação" seria um "novo procedimento" ou se teria o condão de ensejar o "reincio da contagem do aludido prazo" (fatos novos), é irrelevante.

6. Agravo legal improvido."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0001930-80.2013.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 29/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/02/2015)

"DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSO FISCAL. RESSARCIMENTO DE CRÉDITOS DE PIS E COFINS. DEMORA NA ANÁLISE. DURAÇÃO RAZOÁVEL. ARTIGO 24 DA LEI Nº 11.451/07. EXCESSO DE PRAZO DECORRIDO ANTES DA IMPETRAÇÃO. LIMINAR, CONFIRMADA POR SENTENÇA PARA ANÁLISE EM 90 DIAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PEDIDO AVULSO DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Caso em que o legislador interpretou o que deva ser duração razoável do procedimento administrativo, ao fixar o prazo de 360 dias, contado do protocolo, para a decisão administrativa (artigo 24 da Lei nº 11.457/07). Não se pode vislumbrar inconstitucionalidade na garantia do prazo assim legalmente fixado, mesmo porque ressaltou a r. sentença que se haveria de considerar as situações em que o atraso decorra de diligências ou omissões que caibam ao próprio contribuinte. Ademais, o protocolo inicial de todos os pedidos remete a 18/05/2007, tendo a sentença sido proferida em 07/08/2009, muito além do prazo de 360 dias. Mesmo que se interprete o prazo sentencial de 90 dias, tão-somente a partir do próprio julgamento de mérito, e não da liminar, já houve o seu transcurso, pois os autos desta apelação somente vieram conclusos ao relator em 08/03/2010, ou seja, decorridos quase três anos do protocolo administrativo inicial.

2. O cumprimento da ordem judicial de apreciação, no prazo fixado, importa preferência sobre outros procedimentos fiscais, inclusive talvez alguns anteriores. Tal preferência violaria a isonomia se não houvesse parâmetro normativo específico para a definição da duração razoável do processo, e se disto não decorresse direito líquido e certo. Se existe garantia tanto constitucional como legal para a apreciação em determinado tempo máximo do pedido administrativo, o descumprimento de tal prazo pelo Fisco, em relação a todos os contribuintes, em geral, não autoriza que, por isonomia, seja mantida a situação inconstitucional e legal. Aos que venham a reclamar, em Juízo, seu direito cabe a proteção judicial, sem prejuízo de que o Poder Público se aparelhe para a devida prestação administrativa.

3. Certo que são 18 pedidos administrativos, envolvendo cifra mais do que milionária. Todavia, em compensação, a concessão da ordem não determinou o cumprimento no prazo literalmente fixado pela legislação, até porque o próprio mandado de segurança foi impetrado muito além de 360 dias, contados da data do protocolo administrativo dos pedidos. Mais ainda, a sentença excluiu do prazo legal as situações e os feitos em que haja diligências ou pendências imputáveis à impetrante, de modo que o direito líquido e certo foi reconhecido tão-somente em face dos pedidos formal e materialmente aptos a efetivo julgamento, adotando-se solução que não apenas observa a legalidade, como a razoabilidade consideradas as situações do caso concreto.

4. No tocante ao pedido de providências face ao descumprimento da sentença, houve despacho decisório em alguns dos pedidos, com o que restou cumprida a sentença, que concedeu em parte a ordem, nos limites em que estritamente foi proferida. Acerca dos pedidos administrativos que ainda não receberam o despacho decisório, a concessão da ordem, ora confirmada, produz efeitos para compelir a autoridade fiscal ao cumprimento, apenas atentando-se para os limites do julgado em relação às situações em que esteja o julgamento a depender de diligências por parte do contribuinte, impetrante. Não é, contudo, caso de imposição de multa, pois ainda que a pena possa ser aplicada de ofício (artigo 461, §§ 4º e 5º, CPC), disto não decorre ser viável a reformatio in pejus. É que da sentença, que apenas concedeu em parte a ordem, sem cogitar de multa, embora o descumprimento remontasse à concessão da liminar, apenas apelou a Fazenda Nacional, e não o contribuinte, motivo pelo qual ao Tribunal cabe apenas confirmar, ou não, a ordem nos limites em que foi concedida, e não ampliar a concessão tal como agora requerido pelo contribuinte.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas, pedido de imposição de multa diária indeferido."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0002918-61.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 05/08/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2010)

O artigo 24 da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Deveras, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Contudo, no caso dos autos, verifica-se que o mandado de segurança foi impetrado em 30.10.2014, quando não se encontrava ultrapassado o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, sendo certo que a petição protocolizada em 11.09.2014 demanda apreciação técnica, amoldando-se à previsão do art. 24 da Lei nº 11.457/07.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça já dirimiu a controvérsia, em julgamento realizado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, acerca da razoável duração do processo administrativo tributário.

2. O artigo 24 da Lei nº 11.457/07, norma de natureza processual e de aplicação imediata, supriu a lacuna existente, devendo a administração pública manifestar-se sobre o pedido no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

3. Prazo não ultrapassado no caso dos autos.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0068009-82.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: ZULEIDE MARIA ALVES
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0068009-82.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: ZULEIDE MARIA ALVES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo - CRF/SP**, inconformado com a sentença proferida nos autos da execução fiscal ajuizada em face de **Zuleide Maria Alves**.

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos do artigos. 485, IV, e VI, e § 3º, do Código de Processo Civil. Sua Excelência considerou que não amparo legal para a cobrança das anuidades anteriores ao ano de 2011, sendo que as posteriores ao referido ano também não podem ser cobradas por não atingirem o mínimo exigido no art. 8º, da Lei nº 12.514/11. No que se refere à multa eleitoral, entendeu que a cobrança é indevida, pois não se pode exigir o voto quando o inscrito estiver inadimplente em relação às anuidades. No que se refere ao termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento de débitos (parcelamento não honrado de anuidades e/ou multas), CDA no ID de nº 88047164, pág. 08), a MM. Juíza *a quo* considerou nulo o título executivo pela não especificação da real origem do débito.

Irresignado, o apelante sustenta, em síntese que:

- a) o valor cobrado referente às anuidades de 2012, 2013 e 2014, é superior ao estabelecido no art. 8º, da Lei nº 12.514/11;
- b) a execução fiscal deve prosseguir em relação à cobrança da multa eleitoral, que decorre de ausência de votação no pleito eleitoral.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0068009-82.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO TADAO MAGAMI JUNIOR - SP244363-A
APELADO: ZULEIDE MARIA ALVES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal ajuizada em 16/12/2014, pelo Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2010 a 2014, multa por ausência de votação de 2011, e, termo de confissão de dívida e compromisso de pagamento de débitos (parcelamento não honrado de anuidades e/ou multas).

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o feito, nos termos do artigos. 485, IV, e VI, e § 3º, do Código de Processo Civil.

O recurso de apelação apresentado restringe-se a cobrança das anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014, bem como em relação à multa eleitoral prevista para o ano de 2011.

Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos Conselhos Profissionais em Geral.

Assim dispõe o citado artigo:

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

O artigo em destaque introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelo Conselho.

Neste sentido, é o posicionamento firme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.511/2011. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 aos processos em curso. 2. Dispõe o referido artigo que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 3. O dispositivo traz nova condição de procedimento para as execuções fiscais ajuizadas pelos conselhos profissionais, qual seja, o limite de quatro vezes o valor das anuidades como valor mínimo que poderá ser executado judicialmente. Trata-se de norma de caráter processual e, portanto, de aplicação imediata aos processos em curso. 4. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos (5º, inciso XXXVI, do Constituição Federal) e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (REsp 1374202/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013).

Por outro lado, o C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, esclareceu que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONECTÁRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO. 1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". 3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente "a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente", não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014. 4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2.ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015). 5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, data da decisão: 19/03/2015, DJe de 16/04/2015).

No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2014) era de R\$ 402,85 (quatrocentos e dois reais e oitenta e cinco centavos) (Resolução 587/2013, do Conselho Federal de Farmácia. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.611,40 (um mil, seiscentos e onze reais e quarenta centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (CDA's de ID de nº 88047164, páginas 05, 07 e 09) perfazem um total de é de R\$ 1.628,05 (um mil, seiscentos e vinte e oito reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11.

Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

De outra face, a cobrança da multa eleitoral para o ano de 2011 é incabível devido à inadimplência da executada em relação à anuidade de 2011 (ID de nº 88047164, página 04).

Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste e. Tribunal. Vejam-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO CORPORATIVO. VALOR EXECUTADO INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 12.514/11. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. I. Sobrevindo regulamentação específica atinente à cobrança dos débitos por parte das autarquias fiscalizadoras do exercício profissional, a Lei nº 12.514, de 28 de outubro de 2011, vigente a partir da data de sua publicação, resta superado o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, exarado por ocasião do julgamento do REsp nº 1.111.982/SP, ainda que submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC, no sentido do arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de valor ínfimo (débitos iguais ou inferiores a R\$10.000,00). II. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos Conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, de imediata aplicabilidade, devendo ser respeitado o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade. III. A multa eleitoral de 2007 é inexigível, sendo nulo o título executivo nesta parte. A Resolução CFC nº 970/03 estabeleceu normas para a realização de eleições no Conselho Regional, dispondo no §1º do artigo 2º que o contabilista esteja em dia com as obrigações financeiras para com o conselho, inclusive a anuidade do exercício corrente, para poder exercer seu direito de voto, o que não restava caracterizado com o inadimplemento da anuidade de 2007. IV. Além da multa acima, que se reconhece inexigível, a execução fiscal ajuizada em 27/10/2009 cobra dívida relativa às anuidades de 2007, 2008 e 2009, cujo importe não respeita o supracitado critério de valor mínimo para a propositura do executivo, torna-se imperiosa sua extinção e, portanto, a manutenção da r. sentença recorrida. V. Apelação desprovida." (TRF-3, 4ª Turma, AC 1936519, Des. Federal Alda Basto, data do julgamento: 27/02/2014, e-DJF3 de 23/04/2014).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA ELEITORAL. JUSTA CAUSA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO. 1 - A executada foi impedida de votar por ato normativo do próprio conselho exequente, a Resolução 458/2006, que, em seu artigo 3º, impede o voto de inadimplentes. 2 - Portanto, a agravada estava em situação delicada já que, enquanto o artigo 5º da resolução 458/2006 a obrigava a votar, o artigo 3º a impedia. 3 - Diante dessa antinomia, não pode haver multa pelo cumprimento ou descumprimento de seu dever/direito eleitoral perante o conselho. 4 - Agravo inominado improvido." (TRF-3, 3ª Turma, AI 475858, Des. Federal Nery Júnior, data do julgamento: 07/02/2013, e-DJF3 de 22/02/2013).

Assim, é indevida a cobrança da referida multa.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades previstas para os anos de 2012, 2013 e 2014.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ANUIDADES DOS ANOS DE 2012, 2013 E 2014. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/11. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR A 4 (QUATRO) VEZES O VALOR COBRADO ANUALMENTE DA PESSOA FÍSICA INADIMPLENTE. MULTA ELEITORAL DO ANO DE 2011. COBRANÇA INDEVIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O artigo 8º da Lei nº 12.514/11 introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelos Conselhos Regionais.
2. O entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça - STJ, é de que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades (REsp 1.425.329/PR).
3. No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2014) era de R\$ 402,85 (quatrocentos e dois reais e oitenta e cinco centavos) (Resolução 587/2013, do Conselho Federal de Farmácia. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.611,40 (um mil, seiscentos e onze reais e quarenta centavos), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (CDA's de ID de nº 88047164, páginas 05, 07 e 09) perfazem um total de é de R\$ 1.628,05 (um mil, seiscentos e vinte e oito reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11. Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.
4. De outra face, a cobrança da multa eleitoral para o ano de 2011 é incabível devido à inadimplência da executada em relação à anuidade de 2011 (ID de nº 88047164, página 04) (precedentes deste Tribunal).
5. Apelação parcialmente provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades obradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000825-66.2011.4.03.6004
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: FRANCISCO DIAS RODRIGUES
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000825-66.2011.4.03.6004
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: FRANCISCO DIAS RODRIGUES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Francisco Dias Rodrigues**.

O MM. Juiz de primeiro grau extinguiu a execução fiscal, nos termos do 924, V, do Código de Processo Civil, ao fundamento de que ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário.

Irresignado, o apelante aduz, em síntese, que:

- a) não foram observadas as regras dispostas no art. 40 da Lei n.º 6.830/80, principalmente sobre a intimação pessoal do exequente para se manifestar sobre a ocorrência de eventual prescrição intercorrente;
- b) não restou ultrapassado o prazo previsto em Lei, para que fosse reconhecida a prescrição intercorrente.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000825-66.2011.4.03.6004
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: FRANCISCO DIAS RODRIGUES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A controvérsia apresentada nos autos diz respeito à suposta ocorrência de prescrição intercorrente, em sede de execução fiscal ajuizada para cobrança de crédito tributário.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 20/06/2011 (ID de n.º 75814320, pág. 04).

A tentativa de citação do executado restou infrutífera (Certidão de 29/09/2011, ID de n.º 75814320, pág. 14).

Em seguida, o exequente requereu que fosse efetuada penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 75814320, págs. 22-23).

O pedido foi indeferido em 10/04/2013, sob o fundamento de que o executado não havia sido localizado (ID de n.º 75814320, pág. 25).

No dia 10/06/2013, o exequente requereu a citação do executado por edital, apresentando como justificativa, documentação obtida no banco de dados da Receita Federal, onde se constatava que o executado não atualizou seu endereço perante o referido Órgão (ID de n.º 75814320, págs. 27-30).

O pedido foi deferido, sendo que o executado foi citado, por edital, em 14/02/2014 (ID de n.º 75814320, pág. 34).

Após, o processo teve o seu seguimento, com várias tentativas de penhora de valores, via sistema Bacenjud (em 15/09/2017, ID de n.º 75814320, págs. 71-72), e de veículos (em 16/05/2018, ID de n.º 75814320, pág. 80). Porém, todas as tentativas foram infrutíferas.

Em 31/07/2018, o exequente requereu o sobrestamento do feito, por 01 (um) ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80 (ID de n.º 75814320, pág. 82).

No dia 18/10/2018, o MM. Juiz de primeiro grau chamou o feito à conclusão, proferindo a sentença, para reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.

No caso dos autos, conquanto até a prolação da sentença, não tenham sido localizados bens passíveis de penhora, não decorreu o prazo prescricional. Ademais, não ouve a oitiva da Fazenda Pública para se manifestar sobre a ocorrência de eventual prescrição.

A questão sobre a sistemática para contagem da prescrição intercorrente, já restou analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial Repetitivo, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80). I. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. **No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.** Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. **Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.**

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos - considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."
(STJ, REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJ 12.09.2018, DJe 16.10.2018). (grifos nosso).

O que se percebe no caso *sub judice*, é que após a citação do exequente, via editalícia, a primeira tentativa de penhora frustrada ocorreu em 15/09/2017 (ID de n.º 75814320, págs. 71-72). Desse modo, até o momento da prolação da sentença, não havia sido ultrapassado o prazo necessário para se reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 20/06/2011 (ID de n.º 75814320, pág. 04). A tentativa de citação do executado restou infrutífera (Certidão de 29/09/2011, ID de n.º 75814320, pág. 14). Em seguida, o exequente requereu que fosse efetuada penhora de valores, via sistema Bacenjud (ID de n.º 75814320, págs. 22-23). O pedido foi indeferido em 10/04/2013, sob o fundamento de que o executado não havia sido localizado (ID de n.º 75814320, pág. 25). No dia 10/06/2013, o exequente requereu a citação do executado por edital, apresentando como justificativa, documentação obtida no banco de dados da Receita Federal, onde se constata que o executado não atualizou seu endereço perante o referido Órgão (ID de n.º 75814320, págs. 27-30). O pedido foi deferido, sendo que o executado foi citado, por edital, em 14/02/2014 (ID de n.º 75814320, pág. 34). Após, o processo teve o seu seguimento, com várias tentativas de penhora de valores, via sistema Bacenjud (em 15/09/2017, ID de n.º 75814320, págs. 71-72), e de veículos (em 16/05/2018, ID de n.º 75814320, pág. 80) Porém, todas as tentativas foram infrutíferas. Em 31/07/2018, o exequente requereu o sobrestamento do feito, por 01 (um) ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80 (ID de n.º 75814320, pág. 82). No dia 18/10/2018, o MM. Juiz de primeiro grau chamou o feito à conclusão, proferindo a sentença, para reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.

2. No caso dos autos, conquanto até a prolação da sentença, não tenham sido localizados bens passíveis de penhora, não decorreu o prazo prescricional. Ademais, não houve a oitiva da Fazenda Pública para se manifestar sobre a ocorrência de eventual prescrição (precedente do STJ).

3. O que se percebe no caso *sub judice*, é que após a citação do exequente, via editalícia, a primeira tentativa de penhora frustrada ocorreu em 15/09/2017 (ID de n.º 75814320, págs. 71-72). Desse modo, até o momento da prolação da sentença, não havia sido ultrapassado o prazo necessário para se reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.

4. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003189-95.2008.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FRANQUEADA SAO JUDAS TADEU LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: EUGENIO LUCIANO PRAVATO - SP63084-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003189-95.2008.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANQUEADA SAO JUDAS TADEU LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: EUGENIO LUCIANO PRAVATO - SP63084-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela **União** contra sentença proferida em autos de ação ordinária ajuizada por **Franqueada São Judas Tadeu Ltda.**, que julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar a ré a restituir os valores indevidamente pagos a título de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, no período de 10.02.1999 a 31.10.2001, acrescidos de correção monetária e juros de mora conforme a Súmula nº 188 do C. STJ; condenando a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a União interpôs o presente recurso asseverando, em síntese, a nulidade da sentença por não apreciação dos documentos apresentados nos autos noticiando a obtenção da pretensão do autor na esfera administrativa, o que daria ensejo a resultado diverso do julgamento, qual seja, o reconhecimento da perda superveniente do objeto e o consequente ônus de pagamento de honorários advocatícios pela apelada.

Com contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0003189-95.2008.4.03.6107
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANQUEADA SAO JUDAS TADEU LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: EUGENIO LUCIANO PRAVATO - SP63084-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A parte autora ajuizou ação objetivando a repetição de indébito tributário a título de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, no período de 10.02.1999 a 31.10.2001.

Aduziu haver sido excluída indevidamente do SIMPLES, tendo sido posteriormente reincluída retroativamente a 01.03.1999.

Alegou que o seu pedido de restituição, referente ao período acima mencionado, restou injustamente indeferido.

Citada, a União apresentou contestação aduzindo, preliminarmente, ausência de interesse de agir e pugando, no mérito, pela improcedência do pedido.

Ambas as partes requereram o julgamento antecipado do feito.

Sobreveio, então, sentença julgando procedente o pedido formulado na inicial para condenar a ré a restituir os valores indevidamente pagos a título de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, no período de 10.02.1999 a 31.10.2001, acrescidos de correção monetária e juros de mora, e condenando a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.

A sentença não merece reparos.

A parte autora invocou decisão favorável proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.004616-1, que determinou a sua reinclusão no SIMPLES, decisão essa que, como bem salientou o Juízo *a quo*, poderia ser executada provisoriamente. Outrossim, foi noticiada nos autos a ocorrência do trânsito em julgado ocorrido naquele *mandamus*. Presente, portanto, o interesse processual necessário ao ajuizamento da presente ação.

Sob a alegação de julgamento *citra petita*, insurge-se, na verdade, a União contra o julgamento de mérito da demanda e a sua condenação em honorários.

Não assiste razão à recorrente.

Em que pese o advento de comunicação nos autos da obtenção da pretensão da autora na via administrativa, agiu com acerto o juízo de origem ao proceder à apreciação de mérito do feito, haja vista que a decisão administrativa só ocorreu após o ajuizamento da presente ação, tendo sido inclusive apresentada contestação acerca do mérito do pedido nos presentes autos.

Com efeito, o caso dos autos não se amolda à hipótese de reconhecimento da superveniência de perda do objeto da demanda.

Assim sendo, não há que se falar em omissão, tampouco em julgamento *citra petita*.

Frise-se que, ainda que se tratasse da hipótese de perda do objeto, a condenação da ré em honorários seria devida por força do princípio da causalidade.

No mais, é devida a restituição dos valores pagos em razão da exclusão indevida da apelada do SIMPLES, conforme reconhecido nos autos do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.004616-1, com a devida correção monetária e a incidência de juros moratórios em observância à Súmula nº 188 do C. STJ.

Por fim, a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios decorre dos princípios da sucumbência e da causalidade, devendo ser mantida nos termos em que proferida.

Por oportuno, colaciono aresto proferido pela E. Terceira Turma:

"MEDIDA CAUTELAR. APELAÇÃO CÍVEL. APRESENTAÇÃO DE FIANÇA BANCÁRIA. GARANTIA DO DÉBITO. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. I. O STJ possui jurisprudência consolidada no sentido de que nas hipóteses em que a União Federal reconhece o pedido já na contestação é indevida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 19, §1º, da Lei nº 10.522/2002. Todavia, na hipótese em análise, apesar de reconhecer em juízo o cumprimento dos requisitos para aceitação da carta de fiança bancária, estabelecidos pela Portaria PGFN nº 644/2009, alterada pela Portaria PGFN nº 1.378/2009, a União deve ser condenada em honorários advocatícios pelo princípio da causalidade, já que não restou outra alternativa à requerente senão ajuizar a ação cautelar. O artigo 206 do CTN assegura ao devedor, quando a execução está devidamente garantida, que lhe seja expedida certidão positiva com efeitos de negativa. II. Contudo, a despeito da ausência de previsão relativa à Carta de Fiança Bancária nas hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário elencadas no art. 151 do CTN, enquanto não ajuizada a execução, o contribuinte não pode ficar sem alternativa para garantir o débito fiscal, visto que tal situação lhe causa profundos prejuízos econômicos, pois o desenvolvimento da sua atividade empresarial resta interdito naquelas hipóteses legais em que a apresentação da certidão negativa é imprescindível à concretização de negócios. Deveras, não pode ser imputado ao requerente, que tem condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora da Administração em ajuizar a execução fiscal para cobrança do débito tributário. III. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, por meio do oferecimento de bens em ações cautelares, até o ajuizamento da execução fiscal própria e a conversão dessa garantia provisória e cautelar em penhora, caso assim decida o juízo da Execução Fiscal. Do contrário, o contribuinte que contra si tenha ajuizado ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. IV. Portanto, à requerente não restou outra alternativa, ante a demora da Fazenda Pública no ajuizamento da ação fiscal, se não contratar um advogado e propor a medida cautelar, pois não tinha como tomar tal providência administrativamente. Acrescente-se ainda a agilidade com que tal medida é concedida pela via judicial, ao contrário do que ocorre na via administrativa, quando há previsão legal. V. Apelação desprovida." (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1808796 0000061-49.2012.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/07/2016)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SENTENÇA *CITRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CABIMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MANUTENÇÃO. HONORÁRIOS DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra sentença proferida em autos de ação ordinária que julgou procedente o pedido formulado na inicial para condenar a ré a restituir os valores indevidamente pagos a título de PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, no período de 10.02.1999 a 31.10.2001, acrescidos de correção monetária e juros de mora conforme a Súmula nº 188 do C. STJ; condenando a ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa.
2. Sob a alegação de julgamento *citra petita*, insurge-se, na verdade, a União contra o julgamento de mérito da demanda e a sua condenação em honorários. Não há omissão no julgado.
3. Frise-se que, ainda, que se tratasse da hipótese de perda do objeto, a condenação da ré em honorários seria devida por força do princípio da causalidade.
4. É devida a restituição dos valores pagos em razão da exclusão indevida da apelada do SIMPLES, com a devida correção monetária e a incidência de juros moratórios em observância à Súmula nº 188 do C. STJ.
5. Mantida a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em observância aos princípios da sucumbência e da causalidade.
6. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011155-78.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: ALEXANDRO LIRA DOS SANTOS
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011155-78.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: ALEXANDRO LIRA DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo CRC/SP**, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Alexandro Lira dos Santos**.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou extinta a execução fiscal, nos termos do art. 485, IV, c/c art. 803, I, ambos do Código de Processo Civil, por entender que os títulos executivos padecem de nulidade, visto que não apresentam como fundamento legal para cobrança das anuidades a Lei nº 12.514/11.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

- a) é legítima a cobrança das anuidades, pois os débitos foram fixados em conformidade com a Lei nº 12.249/2010 que alterou a redação do artigo 21 do Decreto de nº 9.295/46;
- b) o Decreto de nº 9.295/46 e a Lei nº 12.249/2010 constam como fundamento legal das Certidões de Dívida Ativa.

Sem contrarrazões, os autos vieram a este Tribunal.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011155-78.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: ALEXANDRO LIRA DOS SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de nº 90183033, páginas 2-6.

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União, Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. (MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeito ao princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn nº 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei nº 9.649/1998. Vejam-se: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (STF, Tribunal Pleno, ADIn nº 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido. (ARE 640937 Agr-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei nº 11.000/2004 houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES. 1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I da Constituição Federal. 2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes." (TRF3, AMS nº 0009092-74.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 15/12/2011, e-DJF3 12/01/2012).

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Assim, a cobrança de anuidades deve obedecer ao princípio da legalidade.

No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA. Veja-se:

"Art. 21. Os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de Contabilidade são obrigados ao pagamento da anuidade. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 1º O pagamento da anuidade será efetuado até 31 de Março de cada ano, devendo, no primeiro ano de exercício da profissão, realizar-se por ocasião de ser expedida a carteira profissional.

§ 2º As anuidades pagas após 31 de março serão acrescidas de multa, juros de mora e atualização monetária, nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 3º Na fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Contabilidade, serão observados os seguintes limites: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), para pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II - R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), para pessoas jurídicas. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 4º Os valores fixados no § 3º deste artigo poderão ser corrigidos anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)"

Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária.

Nesse sentido, trago a colação precedentes desta C. Turma. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. COBRANÇA DE ANUIDADES. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabelece em seu Art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.
2. Com razão o embargante, uma vez que a decisão embargada deixou de observar o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que, recepcionado pela CF/88 com status de lei ordinária em razão da matéria e com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.
3. Verifica-se, portanto, que resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.
4. Estabelece o art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".
5. A anuidade cobrada do contador em 2015, ano do ajuizamento da execução fiscal, era de R\$472,00, de forma que o valor da dívida cobrada (R\$2.492,48) supera o equivalente a 4 anuidades vigentes quando do protocolo da inicial.
6. Embargos de declaração acolhidos para dar provimento à apelação, determinando-se o regular prosseguimento da execução. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2314114 - 0001271-46.2015.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 03/07/2019, e- DJF3 Judicial I DATA:11/07/2019)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. APELAÇÃO PROVIDA.

- 1- O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.717/DF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98.
 - 2- Além disso, a Suprema Corte, em repercussão geral, no julgamento do RE 704292, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".
 - 3- Com relação ao Conselho de Contabilidade, a Lei nº 12.249/2010, que deu nova redação ao Decreto-Lei nº 9.245/46, regularizou a questão acerca da fixação ou majoração dos valores exigidos a título de anuidades devidas. Dessa forma, resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.
- (...)
- 6 - Apelação provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001499-90.2015.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONÇALVES MAIA JUNIOR, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/12/2019)

No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (ID de n.º 90183033, páginas 2-6), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DECRETO-LEI Nº 9.295/46, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 12.249/2010. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de n.º 90183033, páginas 2-6.
2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.
5. Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária (precedente deste E. Tribunal).
6. No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (ID de n.º 90183033, páginas 2-6), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.
7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004298-04.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004298-04.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuidam-se embargos de declaração opostos pelas partes litigantes.

A UNIÃO FEDERAL visa sanar a omissão constante no v. acórdão, consubstanciada na ausência de reforma com relação à parte da sentença que concedeu a segurança para reconhecer o direito de compensação com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal, sem definição dos termos e limites legais ao procedimento.

PAULITINTAS LTDA (MATRIZ E FILIAIS), opõem os presentes embargos de declaração a fim de que seja sanada a obscuridade constatada na v. decisão proferida, esclarecendo-se qual o ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, de modo que quando da futura fase de cumprimento de sentença maiores percalços sejam evitados.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

- 1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.*
- 2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.*
- 3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.*
- 4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação.*
- 5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, respeitados os parâmetros impostos em sentença, os quais estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ.*
- 6. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 7. Apelação e remessa oficial desprovidas.*

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004298-04.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA, PAULITINTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO LUIS DURANTE MIGUEL - SP212529-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, as embargantes inconformadas com o resultado do julgado buscam, com a oposição dos embargos declaratórios, serem reexaminadas e decididas as controvérsias de acordo com suas, respectivas, teses.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, os temas levantados foram integralmente analisados no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgamento paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgamento. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

Ademais, também, restou claro no voto condutor do acórdão embargado que, uma vez que fora reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, conforme se observa dos documentos juntados como inicial (comprovante de situação cadastral, contrato social e PER/DCOMP), **respeitados os parâmetros impostos em sentença, os quais estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ (grifei).**

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, neta a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração da União e da PAULITINTAS LTDA.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.

3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

5. Restou claro no voto condutor do acórdão embargado que, uma vez que fora reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, conforme se observa dos documentos juntados com a inicial (comprovante de situação cadastral, contrato social e PER/DCOMP), respeitados os parâmetros impostos em sentença, os quais estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ.

6. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração da União e da PAULITINTAS LTDA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000489-80.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA, BORGWARNER BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000489-80.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA, BORGWARNER BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por **BORGWARNER BRASIL LTDA.**, objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexigibilidade da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à impetração.

O Juízo *a quo* denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação.

Em sede de apelação, a impetrante requer:

- a) a suspensão do presente feito na fase em que se encontra, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 603.624 – Tema nº 325, para posterior aplicação do disposto no art. 1.039 do CPC;
- b) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a o faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, de modo que não poderia incidir sobre a folha de salários;
- c) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, André de Carvalho Ramos, deixou de exarar parecer, por entender ausente interesse público primário a justificar sua intervenção no feito.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000489-80.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: BORGWARNER BRASIL LTDA, BORGWARNER BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de suspensão do presente feito na fase em que se encontra, pois o reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

Passo ao exame do mérito.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensivo da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas facultades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalecente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1-A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2-A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o desacerto quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário-educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, §2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, §2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a ilegitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, §3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assentado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO INEXISTENTE. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. FOLHA DE SALÁRIOS. EC 33/2001. ACRÉSCIMO DO § 2º. ARTIGO 149, CF. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. TESE REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.
2. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.
3. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.
4. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0071746-59.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO SALERMO QUIRINO - SP163371-A
APELADO: CRISTIANE MARTINS PAGANO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0071746-59.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO SALERMO QUIRINO - SP163371-A
APELADO: CRISTIANE MARTINS PAGANO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Cristiane Martins Pagano**.

A MM. Juíza de primeiro grau extinguiu o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil, sob o fundamento que a anuidade previsto para o ano de 2011 não atende o princípio da legalidade. Com relação às anuidades de 2012 a 2014, Sua Excelência extinguiu o feito, nos termos de art. 485, IV, do Código de Processo Civil, sob o fundamento de que os valores cobrados não atingem o patamar mínimo do disposto no art. 8º da Lei n.º 12.514/2011.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

- a) Não há qualquer ilegalidade nas anuidades cobradas;
- b) os valores cobrados das anuidades posteriores ao ano de 2011, superam o limite previsto no art. 8º da Lei n.º 12.514/11.

Semas contrarrazões, os autos vieram este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0071746-59.2015.4.03.6182
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO SALERMO QUIRINO - SP163371-A
APELADO: CRISTIANE MARTINS PAGANO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A **Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora)**: Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2011 a 2014 (ID de n.º 128049738, páginas 14 e 16).

Passo a analisar a cobrança da anuidade prevista para o ano de 2011.

As anuidades exigidas pelos Conselhos de Fiscalização detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido. (ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

No julgamento do ARE 640937 AgR, supracitado, o Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. Veja-se:

"O agravante sustenta que a delegação aos conselhos profissionais de atribuição para fixação de anuidade encontra suporte na Lei 11.000/2004. Nesse contexto, alega que, ao negar seguimento ao recurso, o relator não considerou citada lei ou afastou a sua incidência e, neste caso, fez-se um verdadeiro controle de constitucionalidade, em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal. Bem reexaminada a questão, verifica-se que a decisão ora atacada não merece reforma, visto que o recorrente não aduz novos argumentos capazes de afastar as razões nela expendidas, que devem ser mantidas por seus próprios fundamentos.

Com efeito, conforme destacado na decisão recorrida, as contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária (MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário) e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária.

Ademais, não procede a alegação do recorrente de que a decisão agravada violou o art. 97 da Constituição Federal. É que a questão relacionada à inconstitucionalidade de delegação aos conselhos de fiscalização profissional da competência para fixação de suas contribuições anuais já foi decidida pelo Plenário desta Corte no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches. (...)

Além disso, sobre a desnecessidade de observância do art. 97 da Lei Maior, saliento, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, que "(...) não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes" (AI 607.616-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa.)

Neste mesmo sentido, já decidiu este e. Tribunal. Vejam-se:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE ECONOMIA - ANUIDADE - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR MEIO DE RESOLUÇÃO.

I - Rejeitada a preliminar de intempestividade da apelação, arguida em contrarrazões pela parte embargante, pois o conselho-embargado foi intimado pessoalmente da decisão de fls. 99/112 em 06/11/2009, conforme certidões de fls. 114 e 142 e interpus apelação em 30/11/2009, conforme protocolo de fls. 115, dentro, portanto, do prazo legal. Importante destacar que o prazo recursal in casu é contado em dobro a partir do ato de ciência pessoal da decisão e não da publicação no Diário Eletrônico, como faz crer a apelada.

II - Estabelece o artigo 149 da Constituição Federal competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. O artigo 150, I, por sua vez, veda às pessoas jurídicas de direito público interno exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, o que configura uma garantia do contribuinte.

III - Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia, segundo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que são considerados pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, Código Civil), razão pela qual devem atenção ao comando constitucional que veda a majoração do tributo sem lei antecedente, sendo manifestamente impossível, por conseguinte, a sua fixação por meio da Resolução do Conselho Federal de Economia.

IV - A questão já foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que refutou a pretensão dos conselhos de fixar o valor de suas anuidades por meio de atos normativos inferiores, in casu, resoluções. Nesse sentido: STJ, REsp nº 1074932/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 07.10.2008, DJe 05.11.2008; STJ, REsp nº 507769/SC, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 01.03.2007, DJ 19.03.2007, pág. 302.

V - Por outro lado, como o próprio conselho-apelante reconheceu em suas razões recursais, a Lei nº. 1.411/51 não foi recepcionada pela Constituição Federal, pelo menos no tocante à fixação do valor das anuidades, já que estabeleceu o valor das anuidades vinculando-o ao salário mínimo, o que é de todo inadmissível diante da vedação prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal.

VI - Apelação a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0061835-09.2004.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, julgado em 18/07/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/07/2013)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONSELHO REGIONAL DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ANUIDADE. NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA. FIXAÇÃO. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL.

1. As contribuições instituídas em favor de entidades profissionais encontram previsão constitucional no art. 149 e possuem natureza tributária, razão pela qual submetem-se às mesmas regras dispensadas aos tributos em geral.

3. O aumento da contribuição em tela efetuada por meio da Resolução nº 617 do COFECI ofende o princípio da reserva legal insculpido no art. 150, I, da Constituição Federal, por não constituir lei em sentido formal, mas ato infra-legal."

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0000878-36.2000.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 15/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/01/2012)

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Desse modo, considerando a natureza tributária das anuidades devidas aos conselhos de fiscalização profissional, não há como admitir sua fixação por simples resolução (ainda que tal prerrogativa seja prevista em lei) em face do princípio da legalidade formalizado no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

No presente caso, é indevida a cobrança da anuidade prevista para o exercício de 2011.

No que diz respeito às anuidades de 2012 a 2014, o art. 8º da Lei nº 12.514/11, que trata das contribuições devidas aos Conselhos Profissionais em Geral, dispõe que, *in verbis*:

Art. 8º Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente. Parágrafo único. O disposto no caput não limitará a realização de medidas administrativas de cobrança, a aplicação de sanções por violação da ética ou a suspensão do exercício profissional.

O artigo em destaque introduz novo requisito para o ajuizamento de execução fiscal, qual seja, o limite mínimo a ser executado, correspondente a quatro vezes o valor da anuidade cobrada pelo Conselho.

Neste sentido, é o posicionamento firme da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI 12.511/2011. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Discute-se nos autos a aplicação do art. 8º, da Lei n. 12.514/2011 aos processos em curso. 2. Dispõe o referido artigo que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 3. O dispositivo traz nova condição de procedimento para as execuções fiscais ajuizadas pelos conselhos profissionais, qual seja, o limite de quatro vezes o valor das anuidades como valor mínimo que poderá ser executado judicialmente. Trata-se de norma de caráter processual e, portanto, de aplicação imediata aos processos em curso. 4. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos (5º, inciso XXXVI, do Constituição Federal) e princípios constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Recurso especial conhecido em parte e improvido." (REsp 1374202/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013).

Por outro lado, o C. Superior Tribunal de Justiça - STJ, esclareceu que a limitação de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades. Veja-se:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. CONSECUTÓRIOS LEGAIS. CONSIDERAÇÃO. 1. O art. 8º da Lei nº 12.514/2011 estabelece que: "Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente." 2. Da leitura do dispositivo legal, extrai-se que a limitação imposta para o ajuizamento da execução fiscal refere-se ao valor da dívida na época da propositura da ação, o qual não poderá ser "inferior a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente". 3. No caso concreto, apesar de a dívida executada referir-se a apenas 3 (três) anuidades, o valor do montante executado, ou seja, principal mais acréscimos legais, supera em muito o equivalente "a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente", não havendo, por isso, razão para se extinguir o feito. Precedente: REsp 1.488.203/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 20/11/2014, DJe 28/11/2014. 4. Ademais, "não obstante o legislador tenha feito referência à quantidade de quatro anuidades, a real intenção foi prestigiar o valor em si do montante exequendo, pois, se de baixo aporte, eventual execução judicial seria ineficaz, já que dispendioso o processo judicial" (REsp 1.468.126/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, 2ª Turma, j. em 24/02/2015, DJe 06/03/2015). 5. Recurso especial a que se dá provimento, em ordem a ensejar a retomada da execução. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.425.329/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, data da decisão: 19/03/2015, DJe de 16/04/2015).

No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2015) era de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais) (Resolução 446/2014, do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.560,00 (um mil, quinhentos e sessenta reais), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (ID de n.º 128049738, página 16) perfaz um total de é de R\$ 1.740,05 (um mil, setecentos e quarenta reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11.

Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades previstas para os anos de 2012, 2013 e 2014.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 3ª REGIÃO. ANUIDADE DE 2011. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ANUIDADES DE 2012 A 2014. VALOR DO MONTANTE EXECUTADO SUPERIOR AO DISPOSTO NO ART. 8º DA LEI N.º 12.514/11. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região, visando a cobrança de anuidades referente aos exercícios de 2011 a 2014 (ID de n.º 128049738, páginas 14 e 16).
2. As anuidades exigidas pelos Conselhos de Fiscalização detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).
3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).
4. Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".
5. Assim, no presente caso, é indevida a cobrança da anuidade prevista para o exercício de 2011.
6. A limitação prevista no art. 8º da Lei n.º 12.514/11 de valor mínimo para propositura da execução fiscal se refere ao valor do montante executado, e não a cobrança pura e simples de quatro anuidades (precedente do STJ).
7. No caso *sub judice*, o valor da anuidade cobrada de pessoa física na época da propositura da presente execução (ano de 2015) era de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais) (Resolução 446/2014, do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional. Assim, o valor correspondente a 04 (quatro) anuidades corresponde a R\$ 1.560,00 (um mil, quinhentos e sessenta reais), sendo que na presente execução o valor cobrado referente às anuidades previstas para os anos de 2012 a 2014 (ID de n.º 128049738, página 16) perfaz um total de é de R\$ 1.740,05 (um mil, setecentos e quarenta reais e cinco centavos), ou seja, superior ao estabelecido no art. 8º da Lei nº 12.514/11. Assim, atendida a condição legal, não existe razão para extinção em relação às anuidades cobradas dos anos de 2012, 2013 e 2014.
8. Apelação parcialmente provida, para determinar o prosseguimento da execução fiscal em relação às anuidades previstas para os anos de 2012, 2013 e 2014..

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5011930-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CICERO FRANCISCO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5011930-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CÍCERO FRANCISCO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Cícero Francisco da Silva** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Leste, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição.

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança para determinar que o INSS conclua a o processo de concessão/revisão do benefício requerido, no prazo máximo de 60 dias, a contar da notificação (ID 127328885).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Marcela Moraes Peixoto, opinou pelo não conhecimento da remessa necessária, diante do exaurimento da prestação jurisdicional (ID 129878362).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5011930-19.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: CÍCERO FRANCISCO DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que requereu a concessão de benefício previdenciário em 25.06.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (02.09.2019), ainda não havia qualquer perspectiva de decisão por parte da autarquia previdenciária.

Depreende-se, assim, que a autarquia previdenciária extrapolou os limites da razoabilidade, vindo a dar andamento ao requerimento administrativo somente após a prolação da sentença (ID 127328893), o que, de fato, configura ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ...EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceitavam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO É AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDEÑO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007188-04.2018.4.03.6112
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OTTOBONI MAQUINAS E IMPLEMENTOS AGRICOLAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007188-04.2018.4.03.6112
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OTTOBONI MAQUINAS E IMPLEMENTOS AGRICOLAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL para o fim de reconhecer a ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. INVIALIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. O pleito de suspensão da União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.
2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.
3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.
4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação.
5. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.
6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário.
7. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.
8. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).
9. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
10. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007188-04.2018.4.03.6112
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OTTOBONI MAQUINAS E IMPLEMENTOS AGRICOLAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante informada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que *“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ: AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002977-59.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MANHAES MOREIRA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAQUIM MANHAES MOREIRA - SP52677-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002977-59.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MANHAES MOREIRA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAQUIM MANHAES MOREIRA - SP52677-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS – NOMEAÇÃO À PENHORA – DINHEIRO – PREFERÊNCIA - RECURSO REPETITIVO – AGRAVO IMPROVIDO.

1. Prejudicado o agravo interno interposto, na medida em que o mérito do agravo de instrumento será a seguir apreciado.

2. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

3. O fundamento para a modificação do entendimento a respeito da matéria é justamente o fato de que a Lei nº 11.382/2006 equiparou os ativos financeiros ao dinheiro em espécie, o qual, na verdade, sempre ocupou o primeiro lugar na ordem de preferência estabelecida na Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980, artigo 11) e no próprio Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados e do Município.

4. Não mais exigida a caracterização da situação excepcional de inexistência de bens penhoráveis, para o deferimento da constrição de ativos financeiros. Além disso, infere-se que a medida obedece ao disposto nos artigos 835 e 854, CPC.

5. Tendo em vista que o requerimento da penhora de ativos financeiros ocorreu na vigência do art. 854, CPC, bem como houve citação do executado, cabível a medida requerida, sem a necessidade de esgotamento das diligências tendentes a localizar bens passíveis de penhora ou existência de outros bens passíveis de penhora.

6. A desnecessidade do exaurimento de diligências, pela exequente, no sentido de localizar bens passíveis de penhora, como condição para a decretação da penhora eletrônica de ativos financeiros, após o advento da Lei nº 11.382/06, como dito, restou pacificada, inclusive, pela sistemática dos recursos repetitivos (REsp nº 1.184.765/PA).

7. Não há ofensa ao princípio da menor onerosidade, na medida em que, não obstante o disposto no art. 620, CPC/73 (atualmente previsto no art. 805, CPC/15), a execução se processa no interesse do credor, conforme art. 612, CPC/73 (atualmente previsto no art. 797, CPC/15).

8. Agravo interno prejudicado e agravo de instrumento improvido.

Alega a embargante Manhães Moreira Sociedade de Advogados que “o acórdão ora embargado não analisou a questão no âmbito do artigo 805 do Código de Processo Civil e do artigo 185-A do CTN”, isto porque “indicou à penhora Sistema de Tecnologia de Informação, acompanhado de Laudo de Avaliação cuja importância segurada perfaz a quantia de R\$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais) e demonstrou além do valor monetário do bem, o valor aquisitivo, pois se trata de sistema muito procurado no mercado jurídico, ao qual já foram oferecidos valores superiores ao avaliado, utilizando-se do princípio do “meio menos gravoso ao devedor”.

Sustenta que “a jurisprudência mais recente encontra-se sedimentada nesse sentido, podendo elencar excerto de julgado do TRF – 3, de 22/04/2010: “O princípio da execução menos onerosa para o devedor, consagrado no artigo 805 do CPC/2015, art. 620 do CPC/1973, deve ser observado pelo juiz, pois não se trata de mera faculdade judicial, mas de um preceito cogente, no qual o magistrado deverá buscar dentro das diversas possibilidades possíveis a mais suave para o devedor saldar seu débito”.

Defende que “o Código Tributário Nacional define, em seu art. 185-A, que a indisponibilidade dos bens do devedor tributário se dará tão-somente se o executado não pagar a dívida ou não apresentar bens à penhora, reiterando a excepcionalidade da medida”.

Afirma que “a decretação do bloqueio de ativos financeiros via sistema BACEN JUD, deverá ser feita quando esgotadas todas as possibilidades de garantia da execução com outros bens, como se manifestou o próprio Supremo Tribunal (STF - AI64201555 SP, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 25/10/2010, Data de Publicação: DJe-212 DIVULG 04/11/2010 PUBLIC 05/11/2010).”.

Prequestiona a matéria.

Instada, a embargada UNIÃO FEDERAL ofereceu resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002977-59.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: MANHAES MOREIRA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAQUIM MANHAES MOREIRA - SP52677-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, padece de razão a embargante, posto que argumentos e teses foram devidamente apreciados, empregando-se a legislação e entendimento jurisprudencial aplicável à hipótese.

Não obstante, constou da decisão embargada: “Outrossim, não há ofensa ao princípio da menor onerosidade, na medida em que, não obstante o disposto no art. 620, CPC/73 (atualmente previsto no art. 805, CPC/15), a execução se processa no interesse do credor, conforme art. 612, CPC/73 (atualmente previsto no art. 797, CPC/15).”, bem como “o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.”

Acrescento, neste momento, que a decisão embargada, como ora proferida, encontra-se em sintonia com entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Tema 425), que assim fixou: “A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.”

Caráter de prequestionamento, como acesso aos tribunais superiores.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – ART. 620, CPC/73 – BACENJUD – PREFERÊNCIA – RECURSO REPETITIVO – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os argumentos e teses da recorrente foram devidamente apreciados, empregando-se a legislação e entendimento jurisprudencial aplicável à hipótese.

2. Consta da decisão embargada: “*Outrossim, não há ofensa ao princípio da menor onerosidade, na medida em que, não obstante o disposto no art. 620, CPC/73 (atualmente previsto no art. 805, CPC/15), a execução se processa no interesse do credor, conforme art. 612, CPC/73 (atualmente previsto no art. 797, CPC/15).*”, bem como “*o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.*”

3. Acrescenta-se, neste momento, que a decisão embargada, como ora proferida, encontra-se em sintonia com entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Terra 425), que assim fixou: “*A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.*”

4. Caráter de prequestionamento, como acesso aos tribunais superiores.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009390-24.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009390-24.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e recursos de apelação interpostos por **Nuova Fima do Brasil Comercial Importadora, Exportadora e de Serviços Ltda** e pela **União** em face de sentença que acolheu parcialmente o pedido para reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS a partir de 15 de março de 2017 e rejeitou o pedido de restituição ou compensação em relação aos períodos anteriores, condenando a União a pagar ao autor os honorários advocatícios, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, e o autor pagar à União os honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, cada um arcando com suas custas (Id 80001690, p. 1-7 e 80001697, p. 1-2).

Em suas razões (Id 80001698, p. 1-19), a União requer, preliminarmente, a suspensão do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos no RE 574.706, e a necessidade da modulação dos efeitos. No mérito, sustenta, em síntese, a ausência de comprovação dos recolhimentos indevidos, aduzindo a constitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei, especialmente após a edição da Lei nº 12.973/14.

Apelou a parte autora Nuova Fima do Brasil Comercial Importadora, Exportadora e de Serviços Ltda (Id 80001699, p. 1-20), requerendo, em suma, a reforma da sentença para reconhecer seu direito de obter a compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir dos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, devidamente corrigidos, sustentando não ser necessário aguardar eventual modulação dos efeitos do RE 574.706, e que a União seja condenada ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais.

Com contrarrazões da autora (Id 85375918, p. 1-32), e da União (Id 80001705, p. 1-5) vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009390-24.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, NUOVA FIMADO BRASIL COMERCIAL IMPORTADORA, EXPORTADORA, E DE SERVICOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: MARISSOL SANCHEZ MADRINAN - SP116044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Preliminarmente, em relação à possibilidade, ou não, da inclusão do valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigmático, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE"- SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

(RE 1089337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 14-05-2018 PUBLIC 15-05-2018) g.n.

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigmático, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Assim, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo adotado, conforme precedentes.

Passo ao exame do mérito.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconhecera a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores na caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS na caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despidido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da parte autora a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Nesse contexto, em se tratando de ação cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do credor tributário, a juntada de todas as guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Assim, a juntada das guias somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUENTES DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTENÇÃO DE DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBTIVAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (Resp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.

2. A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.

3. Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos com tributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, verbis:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor; nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20% podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ/08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, verbis:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg no MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2033 par. un) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a reabater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"**TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ**

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Finalmente, em razão de sua sucumbência, a União deverá pagar à parte autora, os honorários advocatícios, fixados com moderação, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, além das custas e despesas que antecipou, devidamente atualizadas.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da parte autora para reconhecer o direito à dos compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinquenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, em razão daquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

5. Em se tratando de ação cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do credor tributário, a juntada de todas as guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório. Precedentes do STJ, e desta Corte.

6. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que a presente ação foi ajuizada.

7. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

8. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

9. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Em razão de sua sucumbência, a União deverá pagar à parte autora, os honorários advocatícios, fixados com moderação, em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, além das custas e despesas antecipadas, devidamente atualizadas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação da parte autora para reconhecer o direito à dos compensação dos valores indevidamente recolhidos, respeitada a prescrição quinzenal, contada a partir do ajuizamento da ação, e NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária e ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004005-38.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A, RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A
LITISCONSORTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A, DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004005-38.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A, RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A
LITISCONSORTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A, DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos pela **União** e por **Costeira Transportes e Serviços Eireli**, em face da sentença que concedeu em parte a ordem para determinar a exclusão do ISS e do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, a partir de janeiro de 2015, dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela SELIC, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Por fim, Sua Excelência rejeitou o pedido de exclusão do PIS e da COFINS, de suas próprias bases de cálculo.

A União, requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) não há ilegalidade ou inconstitucionalidade na inclusão do ICMS e do ISS, na base de cálculo do PIS e da COFINS, por constituírem, referidos tributos, o faturamento e a receita da empresa e compõem o preço do serviço;

b) eventual prolação de sentença concessiva de segurança deverá reconhecer o direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS, apenas os valores correspondentes ao ICMS efetivamente recolhido pelo impetrante.

A impetrante, ora apelante, alega que:

a) a partir de janeiro de 2015, por força das alterações promovidas pela Lei nº 12.973/14, nas Leis nº 10.637/03 e nº 10.833/03, o valor das próprias contribuições passou a compor a base de cálculo do PIS e da COFINS, em flagrante ofensa à Constituição Federal;

b) os fundamentos da decisão proferida pelo STF, em sede de repercussão geral, não se restringem à discussão acerca da exclusão do ICMS da base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, mas se centralizam na análise do conceito de receita bruta tributável, aplicável, destarte, às próprias contribuições.

Com contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Maria Cristina Simões Amorim Ziouva, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004005-38.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A, RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A
LITISCONSORTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM GUARULHOS
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COSTEIRA TRANSPORTES E SERVICOS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: RENATO SOARES DE TOLEDO JUNIOR - SP217063-A, DANIEL DE AGUIAR ANICETO - SP232070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o A. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão dos autos não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprasse asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao caso do ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas.

A exclusão do ISS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassar aqueles ao Município.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ISS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Município.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ISS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tomando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a prestação de serviços - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ISS e repassá-las ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Município ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, E1 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS e COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento simulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no AREsp 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ISS e do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em conseqüência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor; o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEÓRI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEÓRI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. in) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por fim, no tocante à exclusão do PIS e da COFINS de sua própria base de cálculo, não merece amparo a pretensão da impetrante.

De início, cumpre observar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, em sede de repercussão geral, firmou a tese de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Embora se trate de precedente de observância obrigatória quanto à matéria nele tratada (restrita ao ICMS), esta Turma Recursal entende que a conclusão do julgado não pode ser estendida às demais exações incidentes sobre a receita bruta, vez que se trata de tributos distintos, não sendo cabível a aplicação da analogia em matéria tributária. Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS PRÓPRIOS TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, já firmou entendimento no sentido de que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", conforme RE nº 574.706.

2. O precedente estabelecido pelo colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706 não pode ser estendido às demais exações incidentes sobre a receita bruta, uma vez que se trata de tributos distintos.

3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS denominada cálculo por dentro, de modo que, em razão da similitude das controvérsias, não se mostra plausível a viabilidade da exclusão das aludidas contribuições de suas próprias bases de cálculo.

4. Agravo de instrumento desprovido."

(AI 5022335-10.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/09/2018) (grifei)

De outro lado, a Lei nº 12.973/2014, que alterou as leis reguladoras do PIS e da COFINS, dispõe que a base de cálculo das referidas contribuições - o faturamento ou o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica - compreende a receita bruta de que trata o artigo 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

Por sua vez, o § 5º do mesmo dispositivo legal deixa claro que na receita bruta incluem-se "os tributos sobre ela incidentes", o que autoriza a inclusão, nas bases de cálculo das referidas contribuições, dos valores relativos a elas próprias.

Consoante explicitado pelo Exmo. Juiz Federal Convocado, Alexandre Gonçalves Lippel, em acórdão proferido nos autos da Apelação Cível nº 5005772-23.2018.4.04.7001/PR, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do qual compartilho o entendimento: "O simples fato de os valores despendidos com as contribuições não representarem acréscimo patrimonial não é suficiente para excluí-los da base de cálculo do PIS e da COFINS. Isso porque estas não incidem sobre o lucro da empresa, e sim sobre o seu faturamento, conceito que, a priori, deve ser interpretado segundo os parâmetros fixados na legislação tributária."

Oportuno salientar que o sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", conforme se denota dos seguintes julgados:

"1. Recurso extraordinário. Repercussão geral.

[...]

3. **ICMS. Inclusão do montante do tributo em sua própria base de cálculo. Constitucionalidade. Precedentes. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação. A Emenda Constitucional nº 33, de 2001, inseriu a alínea “i” no inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, para fazer constar que cabe à lei complementar “fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço”. Ora, se o texto dispõe que o ICMS deve ser calculado com o montante do imposto inserido em sua própria base de cálculo também na importação de bens, naturalmente a interpretação que há de ser feita é que o imposto já era calculado dessa forma em relação às operações internas. Com a alteração constitucional a Lei Complementar ficou autorizada a dar tratamento isonômico na determinação da base de cálculo entre as operações ou prestações internas com as importações do exterior, de modo que o ICMS será calculado “por dentro” em ambos os casos.**

[...]

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”

(RE 582461/SP, Relator Min. GILMAR MENDES, STF - Tribunal Pleno, Julgamento: 18/05/2011) (grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO DO TRIBUTO EM SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. “CÁLCULO POR DENTRO”. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a sistemática de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, denominada “cálculo por dentro”, não ofende a Constituição Federal. Precedente: RE 582.461, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

2. Agravo regimental desprovido.”

(RE 524031 Agr/SP, Relator Min. AYRES BRITTO, STF - Segunda Turma, Julgamento: 30/08/2011) (grifei)

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhece a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Segundo o teor da ementa:

“RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011. 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010. 2.3. Do IRPJ e da CSLL sobre a própria CSLL: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.113.159 - AM, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.11.2009. 2.4. Do IPI sobre o ICMS: REsp. n. 675.663 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.08.2010; REsp. N° 610.908 - PR, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 20.9.2005, AgRg no REsp. N° 462.262 - SC, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.11.2007. 2.5. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre o ISSQN: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.330.737 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10.06.2015.

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo at qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

[...]

(REsp 1144469/PR, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - Primeira Seção, DJE DATA:02/12/2016) (grifei)

Seguindo as mesmas conclusões, destaco, ainda, precedentes desta Corte Regional e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ SOBRE A SISTEMÁTICA DO CÁLCULO POR DENTRO.

Em que pese o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, sobre a inclusão do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS (RE nº 574.706/PR), é certo que a mesma Suprema Corte, também em repercussão geral, possui julgado no qual reconhece a constitucionalidade do “cálculo por dentro”, ou seja, de que é permitida a incidência do tributo sobre tributo. O E. STJ também possui entendimento de que “o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo” (RE nº 1144469/PR). Desse modo, não existindo julgamento posterior tanto do STF como do STJ, afastando a sistemática do “cálculo por dentro” do PIS e da COFINS sobre as suas mesmas bases de cálculo, é de rigor a reforma da decisão agravada. Agravo de instrumento provido.”

(AI 5019900-63.2017.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal MARLI MARQUES FERREIRA, TRF3 - 2ª Seção, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/12/2018) (grifei)

“APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA A TESE FIRMADA PELO STF NO RE 574.706. IMPOSSIBILIDADE DE SOBRESTAMENTO DO FEITO A CONTA DE EVENTO FUTURO E INCERTO. EXCLUSÃO DO PIS/COFINS DA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÕES DIVERSAS: AUSÊNCIA DE TRANSLAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, POIS O FATO GERADOR É O FATURAMENTO/RECEITA EMPRESARIAL. REPASSE APENAS DO ÔNUS FINANCEIRO. APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS DE PIS/COFINS APENAS NA FORMA DA LEI. RECURSOS E REEXAME DESPROVIDOS.

[...]

5. Quanto ao PIS/COFINS incidente na cadeia operacional, a situação jurídica é diversa. O ICM e o ISS têm por fato gerador a circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF) e a prestação de serviços (art. 156, III, da CF), atos econômicos que comportam a translação (fática) do crédito tributário devido na operação para o adquirente da mercadoria ou do serviço, no momento da constituição da obrigação tributária. São tributos indiretos por excelência, exigindo-se inclusive o cumprimento dos requisitos previstos no art. 166 do CTN para que o contribuinte de direito possa titularizar o direito a eventual indébito. Precedentes.

6. Por seu turno, como regra geral, o PIS/COFINS incide sobre a receita/faturamento, elementos contábeis que não se exaurem na operação em si, mas se formam no decorrer de determinado tempo, a partir basicamente do conjunto daquelas operações. Quando o adquirente da mercadoria ou serviço efetua o pagamento do valor faturado, não há propriamente transferência do encargo tributário – a exatidão da base de cálculo ainda será apurada, inclusive com outros elementos que não somente o resultado das vendas –, mas somente a composição de despesas na formação do preço para que o vendedor alcance o lucro empresarial.

7. Não há, em suma, translação propriamente dita do encargo tributário, mas o contumaz repasse do ônus financeiro da atividade empresarial para o consumidor de fato. Tanto é assim que as ações de repetição de indébitos daqueles tributos não se submetem ao art. 166 do CTN, salvo se existente modelo de incidência tributária por substituição, como na tributação do PIS/COFINS sobre combustíveis antes da entrada em vigor da Lei 9.990/00 e da alteração do art. 4º da Lei 9.718/98.

8. Não se permite segregar o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo. Ainda que assim não fosse, é de se lembrar que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706 não afastou a possibilidade do cálculo por dentro na apuração de tributos, mantendo-se incólume a jurisprudência em contrário. Garante-se à impetrante somente o aproveitamento dos créditos escriturados de PIS/COFINS na forma da lei, enquanto benefício instituído justamente para reduzir a carga tributária na cadeia de operações, já que o art. 195, § 12, da CF deixa ao alvedrio da Lei o escopo do regime não cumulativo daquelas contribuições. Não há que se falar, portanto, em direito à diferença resultante da não aplicação da Taxa SELIC sobre os créditos escriturados, inexistente o direito à exclusão do PIS/COFINS da base de cálculo das próprias contribuições.”

(AC 5002171-57.2017.4.03.6100, Relator Desembargador Federal JOHNSOMDI SALVO, TRF3 - Sexta Turma, Publicação DJE 10.12.2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE.

1. A base de cálculo do PIS e da COFINS é o valor total do faturamento ou da receita da pessoa jurídica, na qual incluem-se os tributos sobre ela incidentes, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/77.

2. Descabida a simples aplicação do posicionamento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706/PR, sob o regime de repercussão geral, uma vez que se trata de discussão envolvendo tributo diverso, qual seja a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Em processos subjetivos, o que se julga é a exigência tributária concreta, não uma tese abstrata.

3. É permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção legal. Inteligência do RE 582461, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, e do Resp 1144469/PR, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 10/08/2016.”

(AC 5000842-35.2018.4.04.7203, Relator ROGER RAUPP RIOS, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 10/10/2018) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PARA PIS E COFINS SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO, CÁLCULO POR DENTRO.

ICMS.” *As contribuições para PIS e COFINS compõem as suas próprias bases de cálculo. Essas contribuições não têm em sua constituição modelar a expectativa de não-cumulatividade atribuída ao*

(AC 5024285-90.2018.4.04.0000, Relator MARCELO DE NARDI, TRF4 - PRIMEIRA TURMA, Data da Decisão: 12/12/2018) (grifei)

Desse modo, afigurando-se legítima a incidência de tributo sobre tributo, e não havendo determinação legal ou decisão vinculante que exclua as contribuições PIS e COFINS de suas próprias bases de cálculo, o caso é de rejeição de tal pedido.

Quanto à parte atinente ao esclarecimento do valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnatada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

No tocante ao ISS, maiores discussões não afetam o tema, pois inexistente o princípio da não-cumulatividade aplicável à espécie.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e aos recursos de apelação.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE. PIS E COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE EXTENSÃO DO ENTENDIMENTO DO RE 574706.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.
3. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.
4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. O sistema tributário brasileiro não repele a incidência de tributo sobre tributo. Neste particular, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado “cálculo por dentro”, ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições.
6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.
7. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
8. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
9. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
10. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
11. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
12. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnatada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate. Quanto ao ISS maiores discussões não afetam o tema, pois inexistente o princípio da não-cumulatividade aplicável à espécie.
13. Remessa oficial e apelações desprovidas.

ENTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial e aos recursos de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002260-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002260-42.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Nestlé Brasil Ltda.**, inconformada com a decisão de IDs 25240267 e 25890635 dos autos da ação anulatória nº 5018286-85.2019.4.03.6100, ajuizada em face do **Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO** e em trâmite perante o Juízo da 10ª Vara Cível Federal de São Paulo.

A MM. Magistrada de primeira instância deferiu parcialmente a tutela requerida, para assegurar à autora o direito de oferecer apólice de seguro garantia, visando obter certidão positiva com efeito de negativa e obstar a inclusão no CADIN e no protesto, devendo a apólice submeter-se à aceitação da União, quanto à idoneidade e suficiência, nos termos da Portaria PGFN nº 164/2014.

Alega a agravante, em síntese, que:

a) é inaplicável a Portaria PGFN nº 164/2014, pois, além de se tratar de ação anulatória, os débitos discutidos não estão inscritos em dívida ativa;

b) a apólice emitida se encontra em conformidade com os regulamentos da Superintendência de Seguros Privados - SUSEP e com a Portaria PGF nº 440/2016, a qual disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e do seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal;

c) a decisão agravada padece de nulidade, pois aborda questões relacionadas à suspensão da exigibilidade do débito, que, em nenhum momento foi requerida pela agravante.

A parte contrária apresentou contraminuta, oportunidade em que pugnou pelo desprovimento do recurso (ID 124972974).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002260-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: CELSO DE FARIAMONTEIRO - SP138436-A
AGRAVADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Em primeiro lugar, o recurso não comporta conhecimento quanto à alegação de nulidade da decisão agravada - porque teria indeferido pedido de suspensão da exigibilidade do crédito não aduzido na inicial -, pois a recorrente não é afetada nesse aspecto, de modo que lhe carece interesse.

Lembre-se que o interesse recursal repousa no binômio necessidade-utilidade do recurso, restando claro da dicção do artigo 996 do Código de Processo Civil o pressuposto da existência de julgado desfavorável à parte recorrente, o que não é o caso nesse ponto.

A necessidade-utilidade do recurso reside tão-somente na discussão a respeito da portaria regulamentar aplicável ao caso concreto, dado que o direito à oferta do seguro garantia já foi assegurado pelo Juízo *a quo*, para o fim de viabilizar a obtenção de certidão de regularidade fiscal e de obstar a inclusão no CADIN e no protesto.

Com efeito, a decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (ID 25240267 dos autos de origem):

“[...]”

Pelo exposto, DEFIRO PARCIALMENTE a tutela requerida, apenas e tão somente para assegurar à autora o direito de oferecer apólice de seguro garantia antecipada para os fins de: (a) obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, na forma do artigo 206 do Código Tributário Nacional, (b) bem como de obstar a inclusão de seu nome no CADIN. A apólice submete-se à aceitação da União, quanto à idoneidade e suficiência, conforme avaliação pautada pela Portaria PGFN n.º 164/14.

Havendo o aceite do seguro ofertado, fica desde já determinada a expedição de certidão positiva com efeito negativo em relação ao débito objeto da caução acolhida nesta ação, devendo a União proceder a sua emissão; bem como se abster de promover a inclusão do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito ou de levar tais débitos a protesto.

“[...]”

A Portaria PGFN nº 164/2014 regulamenta o oferecimento e a aceitação do seguro garantia para execução fiscal e o seguro garantia parcelamento administrativo fiscal, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, visando garantir o pagamento de débitos inscritos em dívida ativa.

Por sua vez, a Portaria PGF nº 440/2016 disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e do seguro garantia, que visem garantir o pagamento de débitos inscritos em dívida ativa no âmbito da Procuradoria-Geral Federal.

Em sendo objeto da ação anulatória multa imposta pelo INMETRO, devem ser observadas as condições estipuladas na Portaria PGF nº 440/2016 para a aceitação do seguro garantia, sendo de ressaltar que a própria parte agravada, em contramínuta, reconhece a possibilidade de utilização do referido ato normativo.

Nesse sentido:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA E FIANÇA BANCÁRIA. PORTARIA PGF n 440/2016. CIRCULAR SUSEP n 477/2013.

1. Com o advento da Lei n 13.043/2014, o Seguro Garantia foi incluído no rol das garantias enumeradas no art. 9º, da Lei de Execuções Fiscais.

2. Deve o seguro garantia ser prestado por banco de primeira linha, em valor equivalente ao débito atualizado, atendidas as demais condições estipuladas em portaria regulamentar da exequente - no caso de multa do INMETRO, atualmente a Portaria PGF n 440/2016, que institui as condições para aceitação da fiança bancária e seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal.

3. A Circular SUSEP n 477/2013, no Capítulo II, modalidade VII, por sua vez, regula a extinção do seguro garantia, nos casos de parcelamento, quanto ao seguro-garantia ofertado judicialmente em feitos executivos fiscais:

4. A garantia expressa por este seguro extingue-se-á, além das definições apresentadas na Cláusula 14 das Condições Gerais, quando da sua substituição efetiva por outra garantia nos casos em que o executado optar, durante o processo judicial de execução fiscal, pelo parcelamento administrativo.

5. Analisando-se os termos da Portaria PGF n 440/2016 conjuntamente com o teor da Circular SUSEP n 477/2013, fica claro que a extinção do mencionado seguro, no caso de adesão a parcelamento administrativo, somente ocorre com a efetiva substituição da garantia por outra, não havendo prejuízo, portanto, para o exequente em aceitar o seguro garantia tal como ofertado.

6. O seguro garantia oferecido atende as condições previstas na Portaria PGF n 440/2016 e na Circular SUSEP n 477/2013.

7. Agravo de instrumento provido."

(AI 5017937-83.2018.4.03.0000, Relatora Desembargadora Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, TRF3 - 6ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2019) (grifei)

Desse modo, merece reforma a decisão agravada, para determinar que a Ré aceite a apólice de seguro garantia ofertada em relação aos débitos dos processos administrativos nº 1811/2015, 13310/2017 e 1895/2015, conquanto seja ela idônea e suficiente, conforme os critérios estabelecidos pela Portaria PGF nº 440/2016.

Cumprir observar, todavia, que o Juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência da garantia prestada, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito neste momento, sob pena de supressão de instância.

Por fim, não tendo o INMETRO interposto recurso voluntário contra a decisão agravada, descabe argumentar, em sede de contramínuta, que somente o depósito judicial do montante integral do débito teria o efeito de afastar eventual inscrição no cadastro de inadimplentes.

Ante o exposto, **CONHEÇO EM PARTE** do agravo de instrumento e, na parte conhecida, **DOU-LHE PROVIMENTO**, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SEGURO GARANTIA. PORTARIA PGF 440/2016. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO.

1. O recurso não comporta conhecimento quanto à alegação de nulidade da decisão agravada - porque teria indeferido pedido de suspensão da exigibilidade do crédito não aduzido na inicial -, pois a recorrente não é afetada nesse aspecto, de modo que lhe carece interesse.

2. Lembre-se que o interesse recursal repousa no binômio necessidade-utilidade do recurso, restando claro da dicção do artigo 996 do Código de Processo Civil o pressuposto da existência de julgado desfavorável à parte recorrente, o que não é o caso nesse ponto.

3. No que concerne à portaria regulamentar aplicável ao caso concreto, em sendo objeto da ação anulatória multa imposta pelo INMETRO, devem ser observadas as condições estipuladas na Portaria PGF nº 440/2016 para a aceitação do seguro garantia, sendo de ressaltar que a própria parte agravada, em contramínuta, reconhece a possibilidade de utilização do referido ato normativo.

4. Todavia, o Juízo de origem não se manifestou sobre a idoneidade e a suficiência da garantia prestada, não sendo possível ao Tribunal pronunciar-se a respeito neste momento, sob pena de supressão de instância.

5. Agravo de instrumento conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, CONHECEU EM PARTE do agravo de instrumento e, na parte conhecida, DEU-LHE PROVIMENTO, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015845-98.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
AGRAVADO: WILSON SHOITI NAGAE
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015845-98.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
AGRAVADO: WILSON SHOITI NAGAE

RELATÓRIO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo **Conselho Regional de Odontologia de São Paulo/SP**, contra a r. decisão de ID 18065834 dos autos da execução fiscal nº 5007375-30.2017.4.03.6182, ajuizada em face de **Wilson Shoití Nagae** e em trâmite perante o Juízo Federal da 10ª Vara de Execuções Fiscais de São Paulo/SP, que indeferiu o pedido de pesquisa de veículos através do RENAJUD.

Alega o agravante, em síntese, que:

a) segundo entendimento pacífico deste E. Tribunal e das Cortes Superiores, não é necessário o exaurimento de diligências extrajudiciais para que se possa utilizar os convênios firmados pelo Poder Judiciário (BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD) para a constrição de bens do devedor ou localização do endereço do executado;

b) a decisão agravada fere os princípios da efetividade e da economia processual, pois adia providência que pode ser efetivada pelo Juízo, com maior celeridade.

Deixou-se de intimar a parte agravada, por não possuir procurador constituído nos autos.

Com base no artigo 10 do Código de Processo Civil, o agravante foi instado a se manifestar sobre a Resolução nº 80/2007 do Conselho Federal de Odontologia (ID 73266583). Em sua manifestação, o recorrente alega que houve o cancelamento administrativo da multa eleitoral referente ao exercício de 2013, remanescendo apenas a cobrança das anuidades (ID 81694586).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015845-98.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
AGRAVADO: WILSON SHOITI NAGAE
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Cuida-se, na origem, de execução fiscal ajuizada pelo Conselho Regional de Odontologia de São Paulo, visando à cobrança de débito relativo às anuidades de 2012 a 2016 e multa eleitoral do exercício de 2013 (IDs 1554789 e 1554790).

Inicialmente, verifica-se que o exequente, embora alegue, não comprova que promoveu administrativamente o cancelamento da multa eleitoral de 2013, uma vez que o documento de ID 81694587 não faz qualquer referência nesse sentido. Desse modo, é de rigor a anulação de ofício da multa eleitoral, por ser inexigível.

Com efeito, a Resolução CFO nº 80/2007 estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Odontologia, exigindo o artigo 41 que o profissional esteja em dia com as obrigações financeiras, inclusive a anuidade correspondente ao exercício anterior ao da eleição, quando esta se realizar no primeiro semestre, e coma do ano corrente, quando se realizar no segundo semestre.

Destarte, nas eleições realizadas pelo Conselho Regional de Odontologia de São Paulo terão direito de voto somente os profissionais em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento das anuidades. Se estiver impossibilitado de votar, não há que se impor multa.

Neste sentido, já decidiu este Tribunal, vejamos:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. MULTA ELEITORAL. RESOLUÇÃO CFO Nº 80/2007. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. ANUIDADES. PRESCRIÇÃO. VALOR EXECUTADO INFERIOR AO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 8º DA LEI 12.514/11. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

I. Os pressupostos para cobrança dos créditos por parte dos conselhos Corporativos passaram a ser regulados pelo artigo 8º da Lei nº 12.514/2011, relativamente aos executivos ajuizados a partir de sua entrada em vigor, devendo ser respeitado o mínimo equivalente a quatro vezes o valor cobrado a título de anuidade (STJ, REsp 1.404.796, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC).

II. A Resolução nº 80/2007 do Conselho Federal de Odontologia, em seu artigo 41, estabeleceu que somente os profissionais inscritos em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento de anuidades, podem exercer o direito ao voto.

III. Verificada a inadimplência da executada quanto às anuidades de 2003 a 2010, é nula a cobrança das multas eleitorais relativas a 2005, 2007 e 2009.

IV. No tocante às anuidades remanescentes, reconhecida a prescrição quinquenal quanto aos exercícios de 2003, 2004 e 2006, resta inobservado o patamar mínimo legal para prosseguimento do executivo quanto às anuidades de 2008 e 2010, tornando de rigor a extinção do executivo fiscal, nos termos da sentença recorrida.

V. Apelação desprovida.”

(AC 00461897520124036182, Relatora Desembargadora Federal Alda Basto, TRF3 - Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/12/2014) (grifei)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MULTA ELEITORAL. JUSTA CAUSA. AGRAVO INOMINADO IMPROVIDO.

1 - A executada foi impedida de votar por ato normativo do próprio conselho exequente, a Resolução 458/2006, que, em seu artigo 3º, impede o voto de inadimplentes.

2 - Portanto, a agravada estava em situação delicada já que, enquanto o artigo 5º da resolução 458/2006 a obrigava a votar, o artigo 3º a impedia.

3 - Diante dessa antinomia, não pode haver multa pelo cumprimento ou descumprimento de seu dever/direito eleitoral perante o conselho.

4 - Agravo inominado improvido.”

(AI 00150312120124030000, Relator Desembargador Federal Nery Júnior, TRF3 - Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/02/2013) (grifei)

Na hipótese dos autos, verificada a inadimplência do executado quanto às anuidades de 2012 a 2016, é nula a cobrança da multa eleitoral relativa ao ano de 2013.

Cumpre pontuar que a questão relacionada à higidez da Certidão de Dívida Ativa é matéria de ordem pública, conheável de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois constitui pressuposto de existência e desenvolvimento regular da execução fiscal.

A corroborar, cito o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. REEXAME DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE PREJUÍZO À DEFESA DO EXECUTADO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280/STF.

1. O juízo acerca da higidez da Certidão de Dívida Ativa constitui matéria de ordem pública, pois a nulidade do título fulmina pressuposto de validade da correspondente execução fiscal, motivo pelo qual sobre tal questão não se opera a preclusão, devendo, inclusive, ser conhecida de ofício pelas instâncias ordinárias, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC. *Precedentes: AgRg no REsp 766.478/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/6/2010; REsp 873.267/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 4/2/2009; AgRg no REsp 968.707/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 23/9/2008; REsp 827.325/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 1º/6/2006; EAg 724.888/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 22/6/2009.*

[...]”

(AgRg no REsp 1209061/SC, Relator(a) BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/03/2012 ..DTPB:) (grifei)

Nesse cenário, cabível a extinção, de ofício, de parte da execução fiscal, remanescendo a cobrança apenas em relação às anuidades.

Prosseguindo, a decisão agravada indeferiu a pesquisa e bloqueio de veículos automotores em nome da parte executada por meio do sistema RENAJUD.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia se firmado no sentido de que as providências judiciais só teriam lugar quando impossível ao interessado tomá-las por si só e, além disso, depois de exauridas as diligências ao seu alcance. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SIGILO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA FEDERAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.

1. O STJ firmou entendimento de que a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que o exequente obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente é admitida somente após terem sido esgotadas as tentativas de obtenção dos dados na via extrajudicial.

2. Agravo regimental provido.”

(AgRg no REsp 1135568/PE, Relator Ministro João Otávio de Noronha, STJ - Quarta Turma, DJE 28/05/2010)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À RECEITA. EXCEPCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO”.

1. A expedição de ofício à Receita Federal, para fornecimento de informações, é providência excepcionalmente, justificando-se tão somente quando demonstrado ter o credor esgotado todos os meios à sua disposição para encontrar bens passíveis de penhora, o que não ocorre no caso dos autos.

2. Agravo regimental improvido.”

(AgRg no REsp 595612/DF, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, STJ - Quarta Turma, DJE 11/02/2008, p. 00001)

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que para a utilização dos sistemas de informação conveniados aos tribunais não há a necessidade de esgotamento de diligências. Há, inclusive, recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

Nesse sentido, vejamos os precedentes mais atuais sobre a temática:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen-Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.

2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

3. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que "a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras".

4. O STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacen-Jud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados.

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.8.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 17/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

4. Recurso Especial provido.”

(REsp 1723898/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

3. Recurso especial a que se dá provimento.”

(REsp 1703669/RJ, Relator Ministro OG FERNANDES, STJ - Segunda Turma, DJe 26/02/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Inicialmente, quanto à violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil de 1973, verifica-se que a parte recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos Embargos de Declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. Incidência da Súmula 284 do STF.

2. No mais, discute-se nos autos sobre a possibilidade de deferimento de consulta aos sistemas Infojud e Renajud antes do esgotamento das diligências por parte da exequente.

3. Com relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento de que “[...] a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”. O entendimento supramencionado tem sido estendido por esta Corte também à utilização dos sistemas Infojud e Renajud.

4. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1695998/ES, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 19/12/2017) (grifei)

O entendimento é aplicado nas execuções cíveis, tanto mais deve ser aplicado nas execuções fiscais, que tratam de créditos públicos, fiscais ou extrafiscais. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PRÉQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD. NECESSIDADE DE EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS A FIM DE LOCALIZAR BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 535, II, do CPC foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.

2. A instância de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não emitiu juízo de valor sobre o art. 620 do CPC/1973 (princípio da menor onerosidade) e 185-A do CTN (cabimento da indisponibilidade dos bens).

3. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. O acórdão recorrido consignou: “A questão centra-se na insatisfação das agravantes ante a decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento, mantendo a decisão agravada que deferiu a penhora “on line” pelo sistema BACEN-JUD. (...) Quanto ao bloqueio dos depósitos bancários, não restou comprovado a natureza salarial dos valores bloqueados, sendo certo que a matéria não comporta mais discussão, pois em Recurso Repetitivo (STJ REsp 1, 112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, ocorrido em 15/09/2010), ficou sedimentado o entendimento da possibilidade da penhora “online” pelo sistema BACENJUD, sem a necessidade prévia exaurimento na busca de outros bens do executado, colacionando para tanto, julgados que perfilham este entendimento.” (fl. 614, e-STJ)

5. O Tribunal a quo está em consonância com o Superior Tribunal de Justiça que em precedente submetido ao rito do art. 543-C firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on-line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017).

6. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 1724422/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 22/05/2018) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. INFOJUD. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS BUSCAS POR BENS DO DEVEDOR.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização do sistema INFOJUD não está condicionada ao esgotamento de diligências.

2. Sendo assim, o Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte.

3. Recurso Especial provido para permitir a utilização do sistema INFOJUD independentemente do esgotamento de diligências.”

(REsp 1667529/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 29/06/2017) (grifei)

“PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema Infojud, de informações patrimoniais existentes em nome do executado.

3. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento restringindo acesso apenas ao BacenJud.

4. Contudo, esclareça-se que esta “Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou execução fiscal”. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).

5. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

6. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

7. Recurso Especial parcialmente provido.”

(REsp 1735675/PR, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, STJ - Segunda Turma, DJe 23/11/2018) (grifei)

A utilização dos sistemas INFOJUD, BACENJUD e RENAJUD, para localização do devedor e seus bens e determinação de constrição eletrônica de bens e ativos financeiros, é de grande valia, haja vista que as pesquisas são realizadas de forma célere, sendo possível a comunicação imediata de ordens judiciais, resultando em melhor prestação jurisdicional e real salvaguarda do direito do credor a receber o que lhe é devido.

Por fim, com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar o princípio da efetividade da execução, o que foi mantido pelo novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nas quais tal princípio tem uma relevância ainda maior.

Nesse contexto, merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal, segundo a documentação que consta dos autos, não se encontra garantida até o momento.

Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa por meio do sistema RENAJUD é realizada justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

Ante o exposto, **JULGO EXTINTA, de ofício**, parte da execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SÃO PAULO. MULTA ELEITORAL. NULIDADE. PESQUISA E BLOQUEIO DE VEÍCULOS PELO SISTEMA RENAJUD. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE VEÍCULO ESPECÍFICO PARA CONSTRIÇÃO. EXECUÇÃO PARCIALMENTE EXTINTA DE OFÍCIO. RECURSO PROVIDO.

1. A Resolução CFO nº 80/2007 estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Odontologia, exigindo o artigo 41 que o profissional esteja em dia com as obrigações financeiras, inclusive a anuidade correspondente ao exercício anterior ao da eleição, quando esta se realizar no primeiro semestre, e com a do ano corrente, quando se realizar no segundo semestre.

2. Destarte, nas eleições realizadas pelo Conselho Regional de Odontologia de São Paulo terão direito de voto somente os profissionais em dia com suas obrigações, dentre elas o pagamento das anuidades. Se estiver impossibilitado de votar, não há que se impor multa. Na hipótese dos autos, verificada a inadimplência do executado quanto às anuidades de 2012 a 2016, é nula a cobrança da multa eleitoral relativa ao ano de 2013.

3. Há recomendação do Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 51, de 23/03/2015) para que as ferramentas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD sejam utilizadas para a determinação de constrição de bens.

4. Merece reforma a decisão agravada, para o fim de determinar a pesquisa por meio do sistema RENAJUD, tendo em vista que a execução fiscal não se encontra garantida até o momento. Além de tudo quanto pontuado, ressalte-se que a pesquisa é justamente para que possam ser encontrados bens passíveis de penhora, não havendo motivo para que se exija a indicação do veículo sobre qual deverá recair a constrição.

5. Execução fiscal parcialmente extinta, de ofício; agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, JULGOU EXTINTA, de ofício, parte da execução fiscal, com fundamento no artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil, e DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002850-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO BORNIA E BOFFI LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002850-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO BORNIA E BOFFI LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que julgou procedente o pedido para determinar a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e reconhecer o direito à compensação após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Emsuas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) é constitucional a inclusão do ICMS na base de Cálculo do PIS e da Cofins, já que o ICMS integra o faturamento, tal como definido em lei;

b) após a edição da Lei nº 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis nºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestada a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições emanadas.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002850-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO BORNIA E BOFFI LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MIRIAM COSTA FACCIN - SP285235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, asseverou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrG no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJE 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferecido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS , e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação , posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação , sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação , não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprir ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, in verbis:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substâncias: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos REsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Por fim, no tocante ao honorários advocatícios a questão é mais formal que prática.

A sentença foi assim lançada (ID n.º 124964718):

“Condeno a parte ré na verba honorária a ser fixada com base nas previsões do art. 85, §§3º e 5º, do CPC, conforme vier a ser apurado em futura liquidação (§4º, II, do citado art. 85), mais despesas processuais comprovadamente incorridas pela parte autora (art. 84 do CPC). Custas ex lege.”

A apelante requer seja afastada a aplicação do §3º do art. 85 do Código de Processo Civil, já que a sentença não é líquida.

Ocorre que, como a própria apelante mencionou em seu recurso de apelação, a aplicação do §3º do art. 85 do CPC, decorre de interpretação sistemática, não havendo que se falar em afastamento da norma.

No entanto, por rigor da técnica, a sentença deve ser reformada, tão-somente, para que passe, o tópico relativo à condenação honorária, a constar, nos seguintes termos:

“A parte ré fica condenada à verba honorária a ser fixada após a liquidação do julgado, nos termos do §4º do art. 85 do Códex, e, nos percentuais do §3º com o escalonamento previsto no § 5º do Código de Processo Civil.”

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação apenas para que conste o arbitramento da verba honorária, nos termos supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Recurso de apelação provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação apenas para que conste o arbitramento da verba honorária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006150-07.2011.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOAO CARLOS RONDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO SASSO FABIO - SP207826-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006150-07.2011.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOAO CARLOS RONDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO SASSO FABIO - SP207826-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **João Carlos Ronda** contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal ajuizados contra a **União**.

O juízo *a quo* reconheceu que a em razão da dissolução irregular da sociedade empresária, não há mácula no redirecionamento da execução fiscal em desfavor do ora apelante, haja vista que se configurou a responsabilidade tributária decorrente do artigo 135, do Código Tributário Nacional.

Quanto à nulidade da citação por edital, Sua Excelência afirmou pela inocorrência de tal vício, pois foram diligenciados os endereços constantes nos cadastros da administração tributária para apenas após, ser determinada a intimação por edital.

Em relação à tardia nomeação de curador especial ao ora apelante, asseverou pela inexistência de prejuízo, pois fora franqueado todos os meios de defesa a serem utilizados para o embargante/executado.

Finalmente, no que concerne à negativa geral, restou devidamente consignado pelo juízo de primeira instância que o crédito tributário se demonstra hígido e não há nódoa processual que venha a macular a execução que dá supedâneo aos presentes embargos.

O apelante alega, em síntese, que:

a) o redirecionamento ocorreu em razão do inadimplemento da obrigação tributária, o que demonstra a inexistência dos fatos ensejadores à responsabilização constante no artigo 135, do Código Tributário Nacional;

b) ocorreu a sucessão empresarial, nos ditames do artigo 133, do Código Tributário Nacional, razão pela qual é indevido o redirecionamento da execução fiscal;

c) a citação realizada por edital é nula, pois não foram esgotados todos os meios necessários à sua localização.

Com as contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006150-07.2011.4.03.6106
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOAO CARLOS RONDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO SASSO FABIO - SP207826-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, cumpre salientar que não se trata de questão de ilegitimidade de parte para o caso em comento, mas de eventual ocorrência de impossibilidade de redirecionamento da execução, haja vista que o que o ora apelante pretende demonstrar é que não se perfêz qualquer elemento ensejador ao redirecionamento da execução, nos moldes do artigo 135, do Código Tributário Nacional.

Portanto, patente o caráter de matéria de mérito, pois a análise da legitimidade da parte no sistema processual pátrio se dá pela teoria da asserção, na qual a sua verificação é realizada pela verossimilhança da alegação formulada pelas partes.

Veja-se que o ora apelante foi sócio administrador da sociedade empresária, esta que consta como sujeito passivo tributário e, ao menos em tese, em razão da possibilidade de responsabilização tributária decorrente do artigo 135, do Código Tributário Nacional, poderia figurar como réu em execução fiscal, não havendo que se falar como parte ilegítima.

Assim, o pleito formulado no recurso de apelação não se amolda ao reconhecimento da “ilegitimidade de parte”, mas do próprio mérito em relação à possibilidade de responsabilização tributária.

Pelos mesmos motivos acima expostos, a alegação de sucessão empresarial formulada nos presentes embargos também não viria a afastar eventual legitimidade do ora apelante, apenas mitigariam a sua responsabilização tributária, que, repita-se, é mérito a ser julgado no presente recurso, razão pela qual a sua análise deve ser realizada após as preliminares e prejudiciais de mérito a serem submetidas a julgamento nesta oportunidade.

Realizado o presente inrôito acerca da alegação de ilegitimidade de parte, passa-se à preliminar de nulidade de citação formulada pelo apelante e, neste desiderato, a jurisprudência pátria tem entendimento sedimentado. Vejam-se os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. DESNECESSIDADE DE JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA. NÃO DESCONSTITUÍDA. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA.

[...]

7. A ação executiva proposta em 26.03.2002. Houve tentativa frustrada de citação por Oficial de Justiça por duas ocasiões, em 25.07.2002 (fl. 55) e 26.08.2003 (fl. 68). O exequente, então, requereu a realização de citação por edital, que foi deferida em 05.06.2006 (fl. 89).

8. É entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, sedimentado no julgamento do Resp. nº 1.103.050/BA, que a citação por edital, realizada no bojo de execução fiscal, somente é cabível quando infrutíferas as outras modalidades de citação, quais sejam, a citação pelo correio e a realizada pelo Oficial de Justiça.

9. Ainda que no caso em comento tenham sido realizadas tentativas infrutíferas de citação por mandato, inexistiu qualquer tentativa de citação postal, não podendo se falar em exaurimento das modalidades de citação pessoal.

10. Reconhecida a nulidade na citação editalícia, verifica-se o transcurso do prazo prescricional.

11. Apelação provida, para reconhecer a extinção do crédito tributário em tela, ante o decurso do prazo prescricional.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001623-23.2017.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 02/04/2020, Intimação via sistema DATA: 10/04/2020)

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. CONDIÇÃO DE CABIMENTO: FRUSTRAÇÃO DAS DEMAIS MODALIDADES DE CITAÇÃO (POR CORREIO E POR OFICIAL DE JUSTIÇA). LEI 6830/80, ART. 8º.

1. Segundo o art. 8º da Lei 6.830/30, a citação por edital, na execução fiscal, somente é cabível quando não exitosas as outras modalidades de citação ali previstas: a citação por correio e a citação por Oficial de Justiça. Precedentes de ambas as Turmas do STJ.

2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

(REsp 1103050/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 06/04/2009)

Reforce-se que este último precedente fora julgado sob o pálio do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973.

No caso dos autos, conforme se verifica pelos documentos juntados, a tentativa de localização do ora apelante se dera unicamente por meio de oficial de justiça, infringindo o entendimento jurisprudencial sobre o tema, de que é necessária também a tentativa postal de localização, o que torna nula a citação por edital realizada naquelas execuções fiscais.

Sedimente-se que impossível reconhecer que o ingresso de curador especial configura-se como comparecimento espontâneo do réu e, portanto, não se pode vislumbrar a ausência de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório no processo judicial e, desta forma, nula a citação e os demais atos posteriores praticados em prejuízo deste executado, ora apelante.

Em razão do reconhecimento da nulidade *supra*, as questões atinentes ao mérito do redirecionamento da execução fiscal restam prejudicadas, pois caberá ao eventual defensor nomeado ou mesmo ao curador especial, após uma eventual citação ficta válida, apresentar as teses jurídicas e fatos, com a devida comprovação, que se demonstrem oportunos e convenientes.

Deixa-se de condenar em honorários nesta oportunidade, haja vista que apenas se declarou a nulidade da citação realizada, o que não tomou a dívida cobrada pela União insubsistente em relação ao apelante, apenas delimitou novo franqueamento de citação.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE. TEORIA DA ASSERTÇÃO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. ANÁLISE DE MÉRITO. INVIABILIDADE DE JULGAMENTO COMO PRELIMINAR PROCESSUAL. NULIDADE DA CITAÇÃO EDITALÍCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TENTATIVA DE LOCALIZAÇÃO PELA VIA POSTAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. De início, cumpre salientar que não se trata de questão de ilegitimidade de parte para o caso em comento, mas de eventual ocorrência de impossibilidade de redirecionamento da execução, haja vista que o que o ora apelante pretende demonstrar é que não se fez qualquer elemento ensejador ao redirecionamento da execução, nos moldes do artigo 135, do Código Tributário Nacional.

2. No caso dos autos, conforme se verifica pelos documentos juntados, a tentativa de localização do ora apelante se dera unicamente por meio de oficial de justiça, infringindo o entendimento jurisprudencial sobre o tema, de que é necessária também a tentativa postal de localização, o que torna nula a citação por edital realizada naquelas execuções fiscais.

3. Sedimente-se que impossível reconhecer que o ingresso de curador especial configura-se como comparecimento espontâneo do réu e, portanto, não se pode vislumbrar a ausência de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório no processo judicial e, desta forma, nula a citação e os demais atos posteriores praticados em prejuízo deste executado, ora apelante.

4. Recurso de apelação parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000867-93.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EXPRESSO SULAMERICANO LTDA

Advogado do(a) APELADO: JOSE RICARDO MARTINS PEREIRA - SP150002-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004855-18.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: NORTE MARKETING E EDITORIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004855-18.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NORTE MARKETING E EDITORIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por NORTE MARKETING E EDITORIAL LTDA, em face de acórdão que, à unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RE 574.706. INVIALIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Considerando o entendimento desta E. 3ª Turma, bem como a tendência do C. STJ em aplicar ao ISS a mesma decisão proferida no RE 574.706/PR, retifico meu voto anterior e, com a ressalva do meu entendimento, negar provimento à apelação da União e dar parcial provimento à remessa oficial.

2. A questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo que, por identidade de fundamentos, aplicável tal entendimento ao ISS, conforme entendimento desta E. 3ª Turma, bem como da Segunda Seção desta Corte.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (neste caso o ISS) e, portanto, as contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

4. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente.

5. Remessa oficial parcialmente provida para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991.

6. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

7. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão, porquanto teria o *decisum* embargado deixado de valorar as modificações trazidas pela Lei nº 13.670/2018, a qual introduziu o artigo 26-A a Lei nº 11.457/2007 para determinar a compensação de contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários com os demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, 9 (Id 123772466).

Intimada, a embargada apresentou resposta (Id 129649015).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004855-18.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NORTE MARKETING E EDITORIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, não se revelando a via recursal adequada para manifestar mero inconformismo.

In casu, inexistente qualquer vício a ser sanado, na medida em que a questão relativa à compensação do crédito tributário foi devidamente analisada pelo *decisum* embargado, que, fundamentadamente, reconheceu a impossibilidade de ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, que colacionou. Nestes termos, pronunciou-se o acórdão recorrido:

A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, pois o presente mandamus foi ajuizado em 04/05/2018 (ID 8098588), conforme REsp 1.137.738/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, segundo o qual "em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressaltando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios".

Sendo assim, a remessa oficial merece parcial provimento, pois a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26, DA LEI N.º 11.457/2007. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA CORTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Deve-se afastar a apreciação, por esta Corte Superior, da arguida inconstitucionalidade do art. 26 da Lei n. 11.457/2007, cuja competência está jungida ao Supremo Tribunal Federal, ex vi do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

II - Por outro lado, no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/2007, encontra-se explicitado que a possibilidade de compensação tributária com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, disposta no art. 74 da Lei 9.430/1996, não é absoluta, devendo ser ressalvadas as contribuições sociais a que se referem o art. 2º da Lei n. 11.457/2007, ou seja, aquelas previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991. Nesse mesmo sentido: AgRg no REsp 1425405/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/09/2014; AgRg no REsp 1466257/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 24/09/2014.

III - Agravo interno improvido

(AgInt no REsp 1676842/AL, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 06/03/2018) – grifei.

Fica ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

Portanto, de rigor dar parcial provimento à remessa oficial para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/1991.

Ausente, portanto, omissão a ser sanada, restando evidente o caráter infringente do presente recurso.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARTIGO 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. CARÁTER INFRINGENTE. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omisso, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, não se revelando a via recursal adequada para manifestar mero inconformismo.
2. Inexistente qualquer vício a ser sanado, na medida em que a questão relativa à compensação do crédito tributário foi devidamente analisada pelo *decisum* embargado, que, fundamentadamente, reconheceu a impossibilidade de ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, que colacionou.
3. Ausente, portanto, omissão a ser sanada, restando evidente o caráter infringente do presente recurso.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) N° 5001260-39.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
APELADO: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) N° 5001260-39.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
APELADO: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial e de recursos de apelação interpostos pela **União** e por **Casa Verde – Materiais para Construção Ltda.**, em face da sentença que concedeu em parte a ordem, para determinar a exclusão do ICMS destacado, da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação ou restituição, a partir de março de 2017, quando, portanto, proferida a decisão no RE n.º 574.706.

Em suas razões, a União requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.

b) após a edição da Lei n.º 12.973/2014, que alterou a redação dos arts. 1º e seus respectivos §§1º das Leis n.ºs 10.637/02 e 10.833/02, resta incontestado a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições em análise;

A impetrante, ora apelante, alega que:

a) a sentença viola o princípio da isonomia ao estabelecer a competência 03/2017 como delimitador temporal da sua aplicabilidade;

b) a modulação dos efeitos da decisão judicial com repercussão geral, cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001260-39.2018.4.03.6123
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
APELADO: CASA VERDE - MATERIAIS PARA CONSTRUCAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO SPROESSER NOVAS - SP314176-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo rito da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores afins ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, AI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrReg no ARES 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação ou repetição, conforme os termos delineados a seguir.

Primeiramente não há falar em marco temporal, para a repetição do indébito, já que não houve modulação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, devendo-se observar a prescrição quinquenal.

Por oportuno, esclareço que a restituição do indébito não se harmoniza com o rito do mandado de segurança. Nesse sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o crédito presumido de ICMS configura incentivo fiscal voltado à redução de custos, com vistas a proporcionar maior competitividade no mercado para as empresas de um determinado Estado-membro, não assumindo, portanto, natureza jurídica de receita ou faturamento para efeito de composição da base de cálculo do PIS/COFINS.

2. Reconhecido o indébito fiscal, na forma especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, observado o regime legal vigente ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente possa ter sido alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC) desde cada recolhimento indevido.

3. A respeito da restituição administrativa, que tem sido deferida com base na Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça, é importante observar que o enunciado respectivo, ao fazer referência expressa a "precatório", registra o entendimento de que não é possível que o ressarcimento de indébito fiscal, em espécie, reconhecido judicialmente, possa gerar condenação a pagamento fora do regime constitucional do precatório (artigo 100, CF). De fato, o regime de precatório busca preservar a ordem cronológica das requisições e, sobretudo, as preferências alimentares, o que não se verifica possível ou garantido na via administrativa, até porque, nela, não concorrem de forma conjunta e simultânea, as variadas cobranças em dinheiro contra a Fazenda Pública, ao contrário do que ocorre com requisições judiciais de precatórios que, inclusive, são todas globalmente organizadas e inseridas cronologicamente na previsão orçamentária anual para execução no exercício financeiro posterior. Permitir que o contribuinte utilize a via administrativa para receber pagamento de indébito fiscal em detrimento do sistema de precatório já foi reconhecido, inclusive, como inconstitucional pela Suprema Corte que, por semelhança, aplicou a solução expressa no Tema 831 da sistemática de repercussão geral (RE 1.069.065, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 19/12/2019). Partindo de tais premissas, o ressarcimento do contribuinte em razão de indébito fiscal, quando judicial a condenação (título judicial condenatório), apenas cabe mediante compensação ou repetição, modalidade esta que, porém, não se compatibiliza com decisão proferida em sede de mandado de segurança (Súmulas 269 e 271/STF), vedada, assim, a restituição administrativa, salvo quando os procedimentos sejam originariamente administrativos.

4. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5002557-04.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal LUIS CARLOS HIROKI MUTA, julgado em 19/06/2020, Intimação via sistema DATA:23/06/2020)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009).

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescer, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei N.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJe 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. 1º) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPC A série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do débito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Quanto à parte atinente ao esclarecimento do valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação da União; **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à remessa oficial para afastar a possibilidade de restituição pela via mandamental, possibilitando tão somente a compensação; e, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso de apelação da impetrante, para, reformando a sentença, **CONCEDER EM PARTE A ORDEM**, pleiteada no mandado de segurança, declarando a inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como, autorizando a compensação dos valores recolhidos indevidamente, observada a prescrição quinquenal, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. Segundo o entendimento proferido no REsp n.º 1.111.164/BA, julgado sob o regime dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73, se o impetrante busca apenas a declaração do direito à compensação tributária, é suficiente a comprovação de que ele ocupa a posição de credor tributário, uma vez que os comprovantes dos recolhimentos indevidos serão exigidos apenas posteriormente, na esfera administrativa. Precedentes do STJ.

3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

4. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

5. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

6. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação. A restituição não se harmoniza com o rito do mandado de segurança.

8. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

9. Em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

10. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

11. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

12. Remessa oficial provida em parte e recurso de apelação da União desprovido. Recurso da Impetrante provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação da União; DEU PARCIAL PROVIMENTO à remessa oficial para afastar a possibilidade de restituição pela via mandamental, possibilitando tão somente a compensação; e, DEU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de apelação da impetrante, para, reformando a sentença, CONCEDER EM PARTE A ORDEM, pleiteada no mandado de segurança, declarando a inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como, autorizando a compensação dos valores recolhidos indevidamente, observada a prescrição quinquenal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MTA BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPONENTES AUTOMOTIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA AKEMI OKINO YOSHIKAI - SP151926-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002565-55.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MTA BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPONENTES AUTOMOTIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA AKEMI OKINO YOSHIKAI - SP151926-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão que, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

- 1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.*
- 2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.*
- 3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.*
- 4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação.*
- 5. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR.*
- 6. Não é cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo os órgãos colegiados decidir as questões pendentes com base na tese firmada pelos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 927, III e 1.039, ambos do Código de Processo Civil.*
- 7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, respeitados os parâmetros impostos em sentença, os quais estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ.*
- 8. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 9. Apelação e remessa oficial desprovidas.*

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecida e declarada a ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, bem como a inexistência de pedido específico atinente a qual critério de cálculo do ICMS a excluir. Postula, ainda, que a definição do referido critério seja postergada para a fase de liquidação ou cumprimento de sentença e que, superados esses pontos, defina-se que o ICMS a ser excluído é o efetivamente pago, recolhido.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002565-55.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MTA BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPONENTES AUTOMOTIVOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDREA AKEMI OKINO YOSHIKAI - SP151926-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.

3. A questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001085-47.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PROMAFA PRODUTOS DE MANDIOCA FADEL LTDA
Advogados do(a) APELADO: ROBERTA GONCALVES PONSO - SP33399-A, RIBERTO AMANCIO FERREIRA - SP97164-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002285-38.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SAFRA DISTRIBUIDORA DE DOCES LTDA
Advogados do(a) APELADO: JAIME MONSALVARGA JUNIOR - SP146890-A, JAIME MONSALVARGA - SP36489-A, LUCAS MONSALVARGA USAN - SP392057-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002285-38.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SAFRA DISTRIBUIDORA DE DOCES LTDA
Advogados do(a) APELADO: JAIME MONSALVARGA JUNIOR - SP146890-A, JAIME MONSALVARGA - SP36489-A, LUCAS MONSALVARGA USAN - SP392057-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. INVIALIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. POSSIBILIDADE DE DECLARAR O DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NÃO PRESCRITO. EFEITOS PATRIMONIAIS PRETÉRITOS. INOCORRÊNCIA.

1. O pleito de suspensão da União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF.

6. Admissível a declaração de compensação, por meio de mandado de segurança, de indébito recolhido em período anterior, tendo em vista que “a possibilidade de a sentença mandamental declarar o direito à compensação, restituição ou creditamento de créditos ainda não atingidos pela prescrição não implica concessão de efeitos patrimoniais pretéritos à impetração” (AgRg no REsp 1.365.189/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 15/04/14)

7. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

8. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

9. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

10. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

11. Apelação e remessa oficial desprovidas.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002285-38.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SAFRA DISTRIBUIDORA DE DOCES LTDA
Advogados do(a) APELADO: JAIME MONSALVARGA JUNIOR - SP146890-A, JAIME MONSALVARGA - SP36489-A, LUCAS MONSALVARGA USAN - SP392057-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante informada como resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A.e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.

3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004649-95.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MOGADISIO CARNES LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004649-95.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOGADISIO CARNES LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela **União**, em face da sentença proferida nos autos da execução fiscal, ajuizada contra **Mogadísio Carnes Ltda.**

A MM. Juíza de Direito extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário.

Irresignado, a apelante aduz, em síntese, que:

- a) não ocorreu a prescrição intercorrente do crédito tributário, pois não foi aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública, conforme determina o § 1º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais;
- b) a intimação do representante judicial da Fazenda Pública deve ser feita pessoalmente com vista dos autos, nos moldes do artigo 25 da Lei nº 6.830/1980;
- c) decorrido o prazo de 01 (um) ano de suspensão processual, seria obrigatória a prolação de despacho determinando o arquivamento do processo, bem como a respectiva intimação da União, para o fim de se apurar eventual aparecimento do devedor ou de seus bens.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0004649-95.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOGADISIO CARNES LTDA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A controvérsia apresentada nos autos diz respeito à suposta ocorrência de prescrição, em sede de execução fiscal ajuizada para cobrança de crédito tributário.

Trata-se de execução fiscal ajuizada em 02/05/2002 (ID de n.º 90828222, pág. 03).

A tentativa de citação da executada restou infrutífera (Certidão de 13/12/2002, ID de n.º 90828222, pág. 13).

Em seguida, a União requereu a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 01 (um) ano (ID de n.º 90828222, pág. 15).

O pedido foi deferido.

Através de petição datada de 06/09/2005, a União requereu a citação do representante legal da empresa (ID de n.º 90828222, pág. 21).

O pedido foi deferido. Porém, a citação restou infrutífera (ID de n.º 90828222, pág. 28).

Após, a exequente requereu que fosse expedido mandado de citação e penhora no endereço da executada fornecido na petição inicial (ID de n.º 90828222, pág. 34).

A tentativa de citação restou novamente infrutífera (Certidão de ID de n.º 90828222, pág. 44).

Em seguida, a exequente requereu a inclusão dos sócios da empresa, no polo passivo da demanda, bem como a citação postal dos mesmos (ID de n.º 90828222, pág. 47).

Novamente, a tentativa de citação foi infrutífera (AR Negativo de 25/06/2010, ID de n.º 90828222, pág. 52).

Em 09/06/2011, a União requereu a citação da empresa executada e de seus sócios por edital (ID de n.º 90828222, pág. 55).

A citação por edital ocorreu em 22/03/2013 (ID de n.º 90828222, pág. 63).

Em 17/02/2014, a União requereu o arquivamento da execução fiscal, com fundamento na Portaria 75/2012 (valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)) (ID de n.º 90828222, pág. 65).

No dia 17/08/2016 (ID de n.º 90828222, pág. 72-73), foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição (ID de n.º 123739363, págs. 34-37).

In casu, restou evidenciada a ocorrência da prescrição, pois a primeira tentativa de citação da executada ocorreu em 13/12/2002 (Certidão de ID de n.º 90828222, pág. 13), sendo que a sua efetiva citação por edital somente ocorreu em 22/03/2013 (ID de n.º 90828222, pág. 63), mais de dez anos depois.

A questão já restou analisada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial Repetitivo, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no caput, do art. 40, da LEF, somente a lei é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

4.4.) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973)."
(STJ, REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJ 12.09.2018, DJe 16.10.2018). (grifos nosso).

Assim, é improcedente a alegação do apelante.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. OCORRÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada em 02/05/2002 (ID de n.º 90828222, pág. 03). A tentativa de citação da executada restou infrutífera (Certidão de 13/12/2002, ID de n.º 90828222, pág. 13). Em seguida, a União requereu a suspensão da execução fiscal pelo prazo de 01 (um) ano (ID de n.º 90828222, pág. 15). O pedido foi deferido. Através de petição datada de 06/09/2005, a União requereu a citação do representante legal da empresa (ID de n.º 90828222, pág. 21). O pedido foi deferido. Porém, a citação restou infrutífera (ID de n.º 90828222, pág. 28). Após, a exequente requereu que fosse expedido mandado de citação e penhora no endereço da executada fornecido na petição inicial (ID de n.º 90828222, pág. 34). A tentativa de citação restou novamente infrutífera (Certidão de ID de n.º 90828222, pág. 44). Em seguida, a exequente requereu a inclusão dos sócios da empresa, no polo passivo da demanda, bem como a citação postal dos mesmos (ID de n.º 90828222, pág. 47). Novamente, a tentativa de citação foi infrutífera (AR Negativo de 25/06/2010, ID de n.º 90828222, pág. 52). Em 09/06/2011, a União requereu a citação da empresa executada e de seus sócios por edital (ID de n.º 90828222, pág. 55). A citação por edital ocorreu em 22/03/2013 (ID de n.º 90828222, pág. 63). Em 17/02/2014, a União requereu o arquivamento da execução fiscal, com fundamento na Portaria 75/2012 (valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)) (ID de n.º 90828222, pág. 65). No dia 17/08/2016 (ID de n.º 90828222, pág. 72-73), foi proferida a sentença reconhecendo a ocorrência da prescrição (ID de n.º 123739363, págs. 34-37).

2. *In casu*, restou evidenciada a ocorrência da prescrição, pois a primeira tentativa de citação da executada ocorreu em 13/12/2002 (Certidão de ID de n.º 90828222, pág. 13), sendo que a sua efetiva citação por edital somente ocorreu em 22/03/2013 (ID de n.º 90828222, pág. 63), mais de dez anos depois.

3. O C. Superior Tribunal de Justiça, através de Recurso Especial Repetitivo (STJ, REsp 1.340.553/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, DJ 12.09.2018, DJe 16.10.2018), deixou claro que: "Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se automaticamente o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010216-95.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5010216-95.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos por NESTLÉ BRASIL LTDA. sustentando que em razão dos vícios existentes no v. acórdão, quanto às nulidades dos processos administrativos, mais detidamente quanto ao preenchimento incorreto do Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades e critérios para aplicação das multas, requer-se o conhecimento dos presentes Embargos de Declaração e o seu integral acolhimento, a fim de sanar as máculas apontadas.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADO. INMETRO. MULTA. APLICAÇÃO. DENTRO DO PARÂMETRO LEGAL. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. O CPC, no art. 369, assegura a produção de todos os meios de prova legalmente admissíveis, bem como os moralmente legítimos. Contudo, referida norma não atribui à parte direito de produção de prova desnecessária ou incompatível com os fatos e fundamentos jurídicos expostos na inicial.

2. Formulários preenchidos corretamente e sem prejuízo para a embargante.

3. A multa aplicada encontra-se dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99.

4. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

5. Apelação improvida.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5010216-95.2017.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

No ponto, a questão impugnada foi devidamente analisada no voto-condutor *in verbis*: “No caso dos autos, ficou constatado que o produto “Café solúvel granulado Tradição”: de conteúdo nominal 50 g, apresentava duas amostras com conteúdo médio de 48,2 g, abaixo do mínimo permitido (ID 7693108). Desse modo, válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. Reitera-se que os formulários foram preenchidos corretamente e sem prejuízo para a embargante. ... Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. A questão impugnada foi devidamente analisada no voto-condutor *in verbis*: “No caso dos autos, ficou constatado que o produto “Café solúvel granulado Tradição”: de conteúdo nominal 50 g, apresentava duas amostras com conteúdo médio de 48,2 g, abaixo do mínimo permitido (ID 7693108). Desse modo, válida a atuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, e 8º e 9º da Lei nº 9933/99. Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela. Reitem que os formulários foram preenchidos corretamente e sem prejuízo para a embargante. ... Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99. Cumpre ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.”.
3. Ausentes os vícios do artigo 1.022 do CPC.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000110-54.2017.4.03.6124
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, ELEKTRO REDES S/A
Advogados do(a) APELANTE: PRISCILA PICARELLI RUSSO - SP148717-A, JACK IZUMI OKADA - SP90393-A
APELADO: MUNICIPIO DE GENERAL SALGADO
Advogado do(a) APELADO: MILTON GODOY - SP187984-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000110-54.2017.4.03.6124
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA - ANEEL, ELEKTRO REDES S/A
Advogados do(a) APELANTE: PRISCILA PICARELLI RUSSO - SP148717-A, JACK IZUMI OKADA - SP90393-A
APELADO: MUNICIPIO DE GENERAL SALGADO
Advogado do(a) APELADO: MILTON GODOY - SP187984-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e de recursos de apelação interpostos pela **Elektro Redes S/A** e pela **Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica** em ação declaratória de nulidade de ato administrativo, cumulada com preceito cominatório com pedido de antecipação dos efeitos da tutela promovida pelo **Município de General Salgado/SP**.

Com a presente demanda o **Município de General Salgado/SP** objetiva ser desobrigado a receber ativos de iluminação pública, da concessionária **Elektro Redes S/A**, conforme estipula o artigo 218, da Resolução Normativa nº 414/2010, com a redação dada pela Resolução Normativa 479/2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, ante a sua ilegalidade.

O Juízo *a quo* deferiu o pedido de antecipação da tutela. E, ao final, julgou procedente o pedido autoral, para desobrigar o referido Município a proceder ao recebimento do Sistema de Iluminação Pública, registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS), tendo em vista a ilegalidade da Instrução Normativa nº 414/2010, com redação dada pela Instrução Normativa nº 479/2012, ambas da ANEEL, no ponto em que previu a mencionada obrigação. Por fim, condenou a ANEEL no valor de R\$ 2.000,00 a ser atualizado da data da sentença cf. Manual de Cálculos da Justiça Federal, a ser rateado na mesma proporção entre Municipalidade autora e concessionária corré.

A ANEEL apelou, sustentando, em síntese que a Resolução ANEEL 414/2010 (com alteração dada pela Resolução ANEEL 479/2012) não inovou no ordenamento jurídico, uma vez que a responsabilidade pela iluminação pública sempre foi atribuída aos Municípios.

A **Elektro Redes S/A** apelou, sustentando, em síntese, que

- a) a distribuição de energia e a iluminação pública não se confundem, apesar de, no Brasil, parte da iluminação pública ser realizada fisicamente pelas Concessionárias de distribuição;
- b) o comando contido no art. 218 da Resolução Normativa ANEEL nº 414/2010 (alterada pela Resolução ANEEL nº 479/2012), não impõe aos Municípios o recebimento desses equipamentos registrados como Ativo Imobilizado no Serviço (AIS), mas, sim, que os Concessionários do Serviço Público Federal de Distribuição de Energia os transfiram, gratuitamente, para os Municípios;
- c) não há como se vislumbrar qualquer ofensa ao princípio constitucional da autonomia política do Município-Apelado, inexistindo qualquer violação quer ao art. 18, art. 29 ou art. 30, V, da Constituição Federal, tal como se constata dos julgados antes transcritos.

Sem contrarrazões, subiram os autos a essa Egrégia Corte Regional.

É o sucinto relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000110-54.2017.4.03.6124
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA - ANEEL, ELEKTRO REDES S/A
Advogados do(a) APELANTE: PRISCILA PICARELLI RUSSO - SP148717-A, JACK IZUMI OKADA - SP90393-A
APELADO: MUNICÍPIO DE GENERAL SALGADO
Advogado do(a) APELADO: MILTON GODOY - SP187984-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): O cerne da presente controvérsia gravita em torno da possibilidade da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, por meio de Resolução Normativa, determinar que as empresas concessionárias de prestação do serviço de energia elétrica transfiram aos municípios, de forma unilateral, os ativos imobilizados de iluminação pública instalados no Município, bem como a responsabilidade pelas despesas e pela manutenção.

Pois bem

A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, dispôs, em seu artigo 2º, serem atribuições da agência reguladora "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal".

Também é atribuição da ANEEL aquela disposta no artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 9.427/96, *verbis*:

"Art. 3o Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1o, compete à ANEEL:

(...)

IV - gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica; (...)."

Porém, o poder regulador, inerente às atribuições da agência reguladora, circunda os aspectos técnicos da área, não podendo inovar na ordem jurídica.

Ocorre que, no exercício de seu poder regulamentar, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL editou a Resolução Normativa nº 414/2010, alterada pela Resolução Normativa nº 479/2012, que, em seu artigo 218, dispõe o seguinte:

"Artigo 218 - A distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS à pessoa jurídica de direito público competente.

§ 1º - A transferência à pessoa jurídica de direito público competente deve ser realizada sem ônus, observados os procedimentos técnicos e contábeis para a transferência estabelecidos em resolução específica.

§ 2º - Até que as instalações de iluminação pública sejam transferidas, devem ser observadas as seguintes condições:

I - o ponto de entrega se situará no bulbo da lâmpada;

II - a distribuidora é responsável apenas pela execução e custeio dos serviços de operação e manutenção; e

III - a tarifa aplicável ao fornecimento de energia elétrica para iluminação pública é a tarifa B4b.

(...)."

Referida norma, na prática, tem como finalidade transferir aos municípios a responsabilidade das empresas distribuidoras de energia elétrica no que tange à manutenção, ampliação e modernização dos pontos de iluminação pública da cidade, acabando por regulamentar a transferência de bens (ativo imobilizado em serviço) da concessionária para a Municipalidade.

É certo que o artigo 30, V, da Constituição Federal, estabelece que compete aos municípios "organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local". Nesse contexto, não há dúvidas de que o serviço de iluminação pública se inclui na competência do município.

Contudo, ao estabelecer referida transferência de deveres, a ANEEL violou a autonomia municipal assegurada no artigo 18, da Constituição Federal, uma vez que, a princípio, estabeleceu nova obrigação ao município.

Ademais, o fato de o município poder instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, nos termos do artigo 149-A, da Constituição Federal, não lhe obriga a aceitar a transferência compulsória do Ativo Imobilizado em Serviço, tampouco afasta a observância do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF).

E o artigo 175, da Constituição Federal, estabelece que a prestação de serviços públicos deve ocorrer, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, "na forma da lei".

Assim, não é possível que uma resolução - ato normativo inferior à lei - trate dessa questão.

A transferência dos ativos necessários à prestação do serviço de iluminação pública deveria ter sido disciplinada por lei, e, portanto, verifica-se que a ANEEL desbordou de seu poder regulamentar ao editar a Resolução nº 414/2010.

Nesse sentido é a jurisprudência desta E. Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE CONHECIMENTO - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA - RESOLUÇÃO 414/2010 - ANEEL - ATIVOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - TRANSFERÊNCIA - MUNICÍPIOS - ARTIGO 30 DA CF - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AGRAVO NÃO PROVIDO

1 - Prejudicado o agravo interposto com supedâneo no § 1º do artigo 557 do CPC, tendo em vista o julgamento do mérito do agravo de instrumento.

2 - O inciso V do artigo 30 da Constituição Federal dispõe que compete aos Municípios "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial".

3 - De acordo com a disposição constitucional supra, o serviço de iluminação pública inclui-se na competência do Município, dado a seu evidente interesse local.

4 - A Lei 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e deu outras providências, prevê as atribuições da agência reguladora no artigo 2º ("A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal").

5 - Imbuída em seu poder regulamentar, a ANEEL editou a resolução Normativa 414/2010, posteriormente alterada pela Resolução Normativa 479/2012. O poder regulador, inerente às atribuições da agência reguladora, circunda os aspectos técnicos da área, não podendo essa inovar na ordem jurídica, posto que também submetida ao princípio da legalidade (artigo 5º, II da CF).

6 - A ANEEL, ao editar a Resolução 414/2010, seguida da 479/2012 e, posteriormente, pela Resolução 587/2013, transpôs suas atribuições, porquanto tais atos normativos ultrapassam os aspectos técnicos do setor, acabando por regulamentar a transferência de bens (ativo imobilizado em serviço) da concessionária para a Municipalidade.

7 - Tampouco a previsão do artigo 3º, IV da Lei 9.427/96 ("gerir os contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, bem como fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões, as permissões e a prestação dos serviços de energia elétrica.") confere à Administração Pública a competência para determinar a transferência dos referidos bens.

8 - Da malsinada resolução, infere-se que se pretende atribuir aos Municípios, sob o argumento de se tratar de incumbência constitucional, como realmente o é, os bens relativos à prestação de serviço de iluminação pública, que requerem constante manutenção, permanecendo, às expensas da concessionária, aqueles de baixo custo de conservação.

9 - Ainda que se concretize a alegada diminuição em cerca de 10% na tarifa de consumo de energia paga pelo seu fornecimento para iluminação pública, é certo que a medida acarretará acréscimo para a manutenção do sistema a ser custeado, diretamente, pelo Município.

10 - O § 2º do artigo 5º do Decreto 41.019/57, não tem o condão de confirmar a transferência de bens pretendida, posto que, ao contrário, enfatiza aqueles pertencentes à concessionária de serviços de energia elétrica, para os sistemas de distribuição ("Artigo 5º - O serviço de distribuição de energia elétrica consiste no fornecimento de energia a consumidores em média e baixa tensão. § 1º - Este serviço poderá ser realizado: (...) § 2º - Os circuitos de iluminação e os alimentadores para tração elétrica até a subestação conversora, pertencentes a concessionários de serviços de energia elétrica, serão considerados parte integrante de seus sistemas de distribuição").

11 - A previsão constitucional do artigo 149-A ("Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no artigo 150, I e III"), incluído pela Emenda Constitucional 39, de 2002, reforça o entendimento de que compete ao Município a prestação do serviço de iluminação pública, mas não exige a observância do princípio da legalidade.

12 - Agravo com fulcro no § 1º do artigo 557 do CPC prejudicado e agravo de instrumento não provido." (AI 00281279820154030000, rel. Desembargador Federal Nery Junior, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial I DATA:30/03/2016)

"ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. ANEEL. RESOLUÇÕES N.º 414/2010 E N.º 479/2012. TRANSFERÊNCIA DO ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO - AIS. DECRETO N.º 41.019/57. ATO NORMATIVO. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER REGULAMENTAR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- A ANEEL, ao editar as referidas normas, excede sua competência e o seu poder de regular o Decreto n.º 41.019/57, uma vez que, nos termos do § 2º do decreto mencionado, os sistemas de iluminação não são de responsabilidade da municipalidade, bem como cria e amplia obrigações aos municípios, o que fere sua autonomia (art. 18 da CF/88) e invade matéria reservada à lei e à competência da UF.

- Nos termos dispostos pelo inciso V do artigo 30 da Constituição Federal, é correto afirmar-se que o serviço de iluminação pública, ante o seu caráter local, é de incumbência municipal e deve ser prestado de forma direta ou sob regime de concessão. Contudo a prestação do serviço condiciona-se e deve harmonizar-se com o que estabelece o artigo 175 da Lei Maior.

- Destarte, descabe a utilização de resolução, com função meramente integrativa da norma, para impor a transferência do sistema de iluminação pública (AIS) ao município apelante, ante a clara afronta ao princípio da legalidade e à autonomia do referido ente federativo (art. 18 da CF/88), razão pela qual merece reforma a sentença recorrida.

- Considerados o valor atribuído à causa (R\$ 500.000,00), o trabalho realizado e a natureza da demanda, bem como o disposto no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil, a verba honorária deve ser fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois propicia remuneração adequada e justa ao profissional.

- Recurso de apelação a que se dá provimento." (AC 00015272620134036106, rel. Desembargador Federal Andre Nabarrete, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial I DATA:20/01/2016)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE CONHECIMENTO PELO RITO ORDINÁRIO - TRANSFERÊNCIA DOS ATIVOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - RESOLUÇÕES ANEEL N.ºS 414/10, 479/12 E 587/13 - ABUSO DO PODER REGULAMENTAR.

1. O serviço de iluminação pública é de interesse predominantemente local, competindo, pois, aos municípios, a organização e a prestação, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, nos termos do que dispõe o art. 30, V, da Constituição da República. Com vistas ao seu custeio, o município poderá instituir contribuição, na forma da respectiva lei, a teor do estabelecido no art. 149-A da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 39/02.

2. A Resolução Normativa ANEEL nº 414/10, em seu art. 218, estabelece dever a empresa distribuidora de energia elétrica transferir; até 31/12/2014, o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço (AIS) à pessoa jurídica de direito público competente, in casu, o município.

3. A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal (art. 2º da Lei nº 9.427/96). No entanto, a transferência dos ativos necessários à prestação do serviço de iluminação pública deveria ter sido disciplinada por lei, em atendimento ao que dispõem o art. 5º, II, e o art. 175 da Constituição da República, de molde a tornar inviável a disciplina da matéria por intermédio da aludida resolução normativa que, ao menos nesse aspecto, exorbitou o poder regulamentar reservado à Agência Reguladora." (TRF3, AI 00237289420134030000, rel. Desembargador Federal Mairan Maia, Sexta Turma, e-DJF3 Judicial I DATA:31/10/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial e às apelações e mantenho a r. sentença tal como lançada, inclusive no que tange ao pagamento das verbas sucumbenciais e aos honorários advocatícios.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ANEEL. RESOLUÇÕES Nº 414/2010 E Nº 479/2012. TRANSFERÊNCIA AOS MUNICÍPIOS DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA REGISTRADO COMO ATIVO IMOBILIZADO EM SERVIÇO. ATO NORMATIVO. ABUSO DO PODER REGULAMENTAR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSOS DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno da possibilidade da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, por meio de Resolução Normativa, determinar que as empresas concessionárias de prestação do serviço de energia elétrica transfiram aos municípios, de forma unilateral, os ativos de iluminação pública instalados no Município, bem como a responsabilidade pelas despesas e pela manutenção.

2. A Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, dispôs, em seu artigo 2º, serem atribuições da agência reguladora "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal". Porém, o poder regulador, inerente às atribuições da agência reguladora, circunda os aspectos técnicos da área, não podendo inovar na ordem jurídica.

3. No exercício de seu poder regulamentar, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL editou a Resolução Normativa nº 414/2010, alterada pela Resolução Normativa nº 479/2012, que, em seu artigo 218, determina que a distribuidora deve transferir o sistema de iluminação pública registrado como Ativo Imobilizado em Serviço - AIS aos municípios. Referida norma, na prática, tem como finalidade transferir aos municípios a responsabilidade das empresas distribuidoras de energia elétrica no que tange à manutenção, ampliação e modernização dos pontos de iluminação pública da cidade, acabando por regulamentar a transferência de bens (ativo imobilizado em serviço) da concessionária para a Municipalidade.

4. É certo que o artigo 30, V, da Constituição Federal, estabelece que compete aos municípios "organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local". Nesse contexto, não há dúvidas de que o serviço de iluminação pública se inclui na competência do município. Contudo, ao estabelecer referida transferência de deveres, a ANEEL violou a autonomia municipal assegurada no artigo 18, da Constituição Federal, uma vez que, a princípio, estabeleceu nova obrigação ao município.

5. O fato de o município poder instituir contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública, nos termos do artigo 149-A, da Constituição Federal, não lhe obriga a aceitar a transferência compulsória do Ativo Imobilizado em Serviço, tampouco afasta a observância do princípio da legalidade (art. 5º, II, CF). E o artigo 175, da Constituição Federal, estabelece que a prestação de serviços públicos deve ocorrer, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, "na forma da lei". Assim, não é possível que uma resolução - ato normativo inferior à lei - trate dessa questão.

6. A transferência dos ativos necessários à prestação do serviço de iluminação pública deveria ter sido disciplinada por lei, e, portanto, verifica-se que a ANEEL desbordou de seu poder regulamentar ao editar a Resolução nº 414/2010.

7. Remessa oficial e apelações desprovidas.

ACÓRDÃO

integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001084-73.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: I&M PAPEIS E EMBALAGENS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ MASSAD MARTINS - SP216132-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002615-55.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ENGEORPS ENGENHARIAS/A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ABDON MEIRANETO - SP302579-A, GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ALEX PESSANHA PANCHAUD - RJ177518-S
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002615-55.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGEORPS ENGENHARIAS/A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ABDON MEIRANETO - SP302579-A, GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ALEX PESSANHA PANCHAUD - RJ177518-S
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RE 574.706. COMPENSAÇÃO. INVIALIBILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

- 1. Considerando o entendimento desta E. 3ª Turma, bem como a tendência do C. STJ em aplicar ao ISS a mesma decisão proferida no RE 574.706/PR, reconsidero minha posição anterior e, com a ressalva do meu entendimento, nego provimento à apelação e à remessa oficial.*
- 2. A questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo que, por identidade de fundamentos, aplicável tal entendimento ao ISS, conforme entendimento desta E. 3ª Turma, bem como da Segunda Seção desta Corte.*
- 3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (neste caso o ISS) e, portanto, as contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
- 4. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente.*
- 5. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.*
- 6. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 7. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.*

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja declarada a suspensão do presente feito, considerando o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616/RS, que trata do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706/PR. Reitera, ainda, os mesmos argumentos lançados na apelação, a fim de ver reconhecida a legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002615-55.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGECORPS ENGENHARIAS/A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ABDON MEIRA NETO - SP302579-A, GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ALEX PESSANHA PANCHAUD - RJ177518-S
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante informada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Com efeito, o r. *decisum* consignou expressamente a impossibilidade de sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que o raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente dos consectários lógicos da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.

Por oportuno, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é ope juris e não ope legis, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

3. Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

4. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000409-76.2017.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 28/01/2020, Intimação via sistema DATA: 30/01/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Quanto à suspensão do feito, não há como acatar o pedido nesta fase processual considerando que os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706 não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

2. No mérito, a embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

3. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a decidir pela impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS de da COFINS.

4. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004811-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 17/06/2019, Intimação via sistema DATA: 25/06/2019)

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.
4. O raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente dos consectários lógicos da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002000-17.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO FERREIRA CASTELLANI - SP209877-A, JOSE RENATO CAMILOTTI - SP184393-A, DANILO DA FONSECA CROTTI - SP305667-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002000-17.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: FERNANDO FERREIRA CASTELLANI - SP209877-A, JOSE RENATO CAMILOTTI - SP184393-A, DANILO DA FONSECA CROTTI - SP305667-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL CAMPINAS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Adere Produtos Auto Adesivos Ltda.**, em face da sentença que denegou a ordem tendente a afastar a majoração de alíquotas do PIS e da COFINS, promovida pelo Decreto nº 8.426/2015, bem como reconhecer o direito à compensação dos valores recolhidos indevidamente, respeitada a prescrição quinquenal.

Requer, a apelante, preliminarmente, o sobrestamento do feito e, no mérito, alega, em síntese, que a alteração de alíquotas por Decreto é inconstitucional e ilegal, violando o princípio da legalidade estrita e da Separação dos Poderes.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do e. Procurador Regional da República Osvaldo Capelari Junior, deixou de exarar parecer por entender não haver interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002000-17.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

No caso vertente, volta-se a impetrante contra a revogação da alíquota zero, prevista no art. 1º do Decreto nº 5.442/2005, do PIS e da COFINS sobre receitas financeiras, pelo art. 1º do Decreto nº 8.426/2015, que passou a fixá-las, respetivamente, em 0,65% e 4%, nos seguintes termos:

"Art. 1º Ficam restabelecidas para 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento) e 4% (quatro por cento), respetivamente, as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre receitas financeiras, inclusive decorrentes de operações realizadas para fins de hedge, auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de apuração não-cumulativa das referidas contribuições.

§ 1º Aplica-se o disposto no caput inclusive às pessoas jurídicas que tenham apenas parte de suas receitas submetidas ao regime de apuração não-cumulativa da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS."

Nesse passo, destaque-se que tanto a instituição da alíquota zero quanto o restabelecimento das alíquotas para tais contribuições, efetuado por meio de decretos, decorreram de autorização legislativa prevista no art. 27, §2º, da Lei 10.865/2004, nos seguintes termos:

"Art. 27. O Poder Executivo poderá autorizar o desconto de crédito nos percentuais que estabelecer e para os fins referidos no art. 3o das Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, relativamente às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos, inclusive pagos ou creditados a residentes ou domiciliados no exterior:

§ 1o Poderão ser estabelecidos percentuais diferenciados no caso de pagamentos ou créditos a residentes ou domiciliados em país com tributação favorecida ou com sigilo societário.

§ 2o O Poder Executivo poderá, também, reduzir e restabelecer, até os percentuais de que tratam os incisos I e II do caput do art. 8o desta Lei, as alíquotas da contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS incidentes sobre as receitas financeiras auferidas pelas pessoas jurídicas sujeitas ao regime de não-cumulatividade das referidas contribuições, nas hipóteses que fixar.

§ 3o O disposto no § 2o não se aplica aos valores decorrentes do ajuste a valor presente de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976."

Saliente-se que o PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, nas quais estabelecidas as hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas, descabendo alegar ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF/88) no tocante à previsão de alterar-se a alíquota dentro dos limites legalmente fixados, uma vez que dispostas em decreto por força de autorização legislativa (art. 27, §2º, da Lei nº 10.865/2004), observando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

A par disso, as alíquotas estabelecidas pelo decreto estão dentro dos limites traçados pela referida Lei nº 10.865/2004, pelo que não se pode dizer propriamente em majoração do tributo, mas, sim, em restabelecimento de percentual previsto para o PIS e a COFINS.

Disso se evidencia a extrafiscalidade do PIS e da COFINS definida a partir da edição da Lei nº 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional.

Ademais, mesmo que se pudesse falar em inconstitucionalidade - do que não se trata - na alteração da alíquota por decreto, a alíquota zero que a impetrante pretende ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável, haja vista que tanto o decreto que previu a alíquota zero quanto o que a restabeleceu possuem o mesmo fundamento legal, cuja pretendida declaração teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos fixados nos decretos ora combatidos. Nesse sentido, não se vislumbra, por ora, a sugerida violação à separação de poderes.

Nesse sentido trago à colação os seguintes precedentes:

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS DO PIS E DA COFINS PELO DECRETO Nº 8.426/2015. ALTERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NA LEI Nº 10.865/2004. IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS ORÇUNDOS DE DESPESAS FINANCEIRAS. HIPÓTESES DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO QUE DEVEM SER INTERPRETADAS RESTRITIVAMENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para a aplicação do disposto no art. 557 do CPC não há necessidade de jurisprudência dos Tribunais ser unânime ou de existir súmula dos Tribunais Superiores a respeito. Ademais, o recurso pode ser manifestamente improcedente ou inadmissível mesmo sem estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante. Precedentes do STJ. 2. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, nas quais estabelecidas as hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas, descabendo alegar ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF/88) no tocante à previsão de alterar-se a alíquota dentro dos limites legalmente fixados, uma vez que dispostas em decreto por força de autorização legislativa (art. 27, §2º, da Lei 10.865/2004), observando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos. 3. As alíquotas estabelecidas pelo decreto estão dentro dos limites traçados pela Lei n.º 10.865/2004, pelo que não se pode dizer propriamente que houve majoração do tributo, mas, sim, restabelecimento de percentual previsto para o PIS e a COFINS, dentro dos parâmetros previstos na mencionada lei. 4. Sistemática introduzida pela Lei nº 10.637/2002 alberga apenas determinadas situações em que nasce o direito ao crédito, para respeitar o princípio da não-cumulatividade, sendo certo que o Poder Judiciário não pode atuar como legislador positivo e estender benefício não concedido por lei, além de o art. 111 do Código Tributário Nacional estabelecer interpretação literal e restritiva para hipóteses de exclusão do crédito tributário. 5. Agravo desprovido."

(AI 0020023202154030000, DES. FED. NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 11/12/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS/COFINS. RECEITAS FINANCEIRAS. ARTIGO 557, CPC. DECRETO Nº 8.426/2015. MEDIDA LIMINAR. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, na espécie, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação. 2. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, em que prevista a hipótese de incidência, base de cálculo e alíquotas, não sendo possível alegar ofensa à estrita legalidade (artigo 150, I, CF/88) e delegação de competência tributária (artigo 7º, CTN) na alteração da alíquota dentro dos limites legalmente fixados, pois, definidas em decreto por força de autorização legislativa (artigo 27, §2º, da Lei 10.865/2004), acatando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos. 3. Não há que se falar em majoração da alíquota do tributo através de ato infralegal, pois não houve alteração superior da alíquota definida na Lei 10.637/02 para o PIS (1,65%) e aquela prevista na Lei 10.833/03 para a COFINS (7,6%). Ao contrário, o Decreto 8.426/15, ao dispor quanto à aplicação de alíquotas de 0,65% e 4% para o PIS e para a COFINS, respetivamente, ainda assim promove a tributação reduzida através da modificação da alíquota, porém, dentro dos limites definidos por lei. Note-se que o artigo 150, I, da CF/88 exige lei para a majoração do tributo, nada exigindo para alteração do tributo a patamares inferiores já que houve autorização legislativa para a redução da alíquota pelo Poder Executivo). 4. Evidencia-se a extrafiscalidade do PIS e da COFINS definida a partir da edição da Lei 10.865/2004, que não se revela inconstitucional, mesmo porque não há alteração da alíquota em patamar superior (ao contrário) ao legalmente definido, vale dizer, não há ingerência sobre o núcleo essencial de liberdade do cidadão, intangível sem lei que o estabeleça de forma proporcional. 5. Se houvesse inconstitucionalidade na alteração da alíquota por decreto com obediência aos limites fixados na lei instituidora do tributo e na lei que outorgou tal delegação, seja com fundamento na legalidade ou na separação dos poderes, a alíquota zero que a agravante pretende ver restabelecida, também fixada em decreto, sequer seria aplicável. Isto porque tanto o decreto que previu a alíquota zero como aquele que restabeleceu alíquotas, tiveram o mesmo fundamento legal, cuja eventual declaração de inconstitucionalidade teria por efeito torná-las inexistentes, determinando a aplicação da alíquota prevista na norma instituidora das contribuições, em percentuais muito superiores aos fixados nos decretos ora combatidos. 6. Agravo inominado desprovido." (AI 00239197120154030000, JUÍZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 11/12/2015)

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

É o voto

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS DO PIS E DA COFINS PELO DECRETO Nº 8.426/2015. ALTERAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NA LEI Nº 10.865/2004.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores restem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. O PIS e a COFINS não-cumulativos foram instituídos pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03, nas quais estabelecidas as hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas, descabendo alegar ofensa à estrita legalidade (art. 150, I, CF/88) no tocante à previsão de alterar-se a alíquota dentro dos limites legalmente fixados, uma vez que dispostas em decreto por força de autorização legislativa (art. 27, §2º, da Lei 10.865/2004), observando os limites previstos nas leis instituidoras dos tributos.

3. As alíquotas estabelecidas pelo decreto estão dentro dos limites traçados pela Lei n.º 10.865/2004, pelo que não se pode dizer propriamente que houve majoração do tributo, mas, sim, restabelecimento de percentual previsto para o PIS e a COFINS, dentro dos parâmetros previstos na mencionada lei.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002205-32.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOTT RESTAURANTE LTDA, MOTT 5 RESTAURANTE LTDA, MOTT 6 FORTUNA RESTAURANTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002205-32.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOTT RESTAURANTE LTDA, MOTT 5 RESTAURANTE LTDA, MOTT 6 FORTUNA RESTAURANTE LTDA

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por MOTT RESTAURANTE LTDA. e OUTROS em face de v. acórdão assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. INVIABILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A DO CTN.

1. O pleito de suspensão da União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF.

6. Desnecessária a juntada de comprovantes de recolhimento de todo o período, tendo em vista que em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.

7. A compensação deverá ser realizada administrativamente nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, tendo em vista a data da impetração, conforme REsp 1.137.738/SP.

8. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

9. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).

10. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

11. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

As embargantes, por meio dos declaratórios, alegam existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002205-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MOTT RESTAURANTE LTDA, MOTT 5 RESTAURANTE LTDA, MOTT 6 FORTUNA RESTAURANTE LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CORREA VASQUES - SP270914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. **No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.**

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

O magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma a uma, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002974-27.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PILZ DO BRASIL SISTEMAS ELETRONICOS DE SEGURANCA E AUTOMACAO INDUSTRIAL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002279-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SEC POWER COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEONARD BATISTA - SP260186-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002279-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SEC POWER COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEONARD BATISTA - SP260186-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária, tida por submetida, e recurso de apelação da União em face de sentença de procedência em mandado de segurança impetrado por **Sec Power Comercial, Importadora e Exportadora Ltda.**, para obter provimento jurisdicional que reconheça seu direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, bem como o reconhecimento ao direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação

Na sentença, o Juízo *a quo* concedeu a segurança, garantindo à impetrante o direito de excluir o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS, e autorizou a compensação das quantias indevidamente recolhidas a tal título nos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação (Id 65758988, p. 1-4).

Em suas razões (Id 65758990, p. 1-19), a União sustenta ser incabível a pretensão da impetrante em ver restituídas as quantias recolhidas em data anterior a 5 (cinco) anos da propositura da presente ação, a legitimidade da inclusão da parcela relativa ao ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (presunção de constitucionalidade das normas), a identidade entre o termo faturamento e receita bruta, inexistência da violação ao princípio da capacidade contributiva e não-confisco, aduzindo ainda que o fato do ICMS ser recolhido aos cofres públicos estaduais não desnatura a sua condição de custo componente do preço da mercadoria ou do serviço, eis que os demais custos também não são, em regra, destinados ao contribuinte, mas sim a terceiros.

Com contrarrazões da impetrante (Id 65758996, p. 1-5), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em parecer da Procuradora Regional da República Suzana Fairbanks Oliveira Schnitzlein, manifestou-se pelo regular prosseguimento (Id 65758998).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002279-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SEC POWER COMERCIAL, IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEONARD BATISTA - SP260186-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

A respeito da possibilidade, ou não, da inclusão do valor relativo ao ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS, recente jurisprudência do STF reitera o entendimento acerca da aplicação imediata do artigo 1.040 do Código de Processo Civil e julgamento do feito, independentemente do trânsito em julgado do acórdão paradigma, *verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SUBSTITUTIVA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO VALOR RELATIVO AO ICMS - ENTENDIMENTO FIRMADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROCLAMOU NA APRECIÇÃO DO RE 574.706-RG/PR - POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO PELO RELATOR DE IDÊNTICA CONTROVÉRSIA INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO OU DO TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO "LEADING CASE" - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DE MANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."

"COFINS E PIS - BASE DE CÁLCULO - ICMS - EXCLUSÃO. O Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços - ICMS não compõe a base de incidência do PIS e da COFINS. Precedentes: recurso extraordinário 240.785/MG, relator ministro Marco Aurélio, Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de outubro de 2014 e recurso extraordinário nº 574.706/PR, julgado sob o ângulo da repercussão geral, relatora ministra Cármen Lúcia, Pleno, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 2 de outubro de 2017. REPERCUSSÃO GERAL - ACÓRDÃO - PUBLICAÇÃO - EFEITOS - ARTIGO 1.040 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral."

(AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018) g.n.

Ademais, a ausência de trânsito em julgado ou eventual possibilidade de modulação dos efeitos da decisão não impede que o entendimento seja desde logo dotado, conforme precedentes.

Passo ao exame do mérito.

Em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do referido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atender ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta Terceira Turma.

Ademais, a questão não carece de maiores debates, visto que a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça reconhecera a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, *verbis*:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da COFINS, porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Assim, a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despidido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. *Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).*

2. *Embargos infringentes desprovidos."*

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3: 13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3: 11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. *Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.*

2. *A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgrRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.*

3. *Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.*

4. *Agravos inominados desprovidos."*

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3: 28/05/2015)

Considerando o julgamento do RE nº 240.785-2, que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito do impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

De fato, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em julgados afetados ao Tema Repetitivo nº 118, em se tratando de mandado de segurança cuja pretensão do contribuinte é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar (provimento de cunho declaratório), sem apuração do efetivo montante dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das guias de recolhimento dos tributos, pois esta apreciação está reservada, em tais situações, ao âmbito administrativo, oportunidade em que serão assegurados à autoridade fazendária a fiscalização e o controle do procedimento compensatório.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TESE FIRMADA SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ART. 1.036 E SEQUINTE DO CÓDIGO FUX. DIREITO DO CONTRIBUINTE À DEFINIÇÃO DO ALCANCE DA TESE FIRMADA NO TEMA 118/STJ (RESP 1.111.164/BA, DA RELATORIA DO EMINENTE MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI). INEXIGIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO, NO WRIT OF MANDAMUS, DO EFETIVO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO, PARA O FIM DE OBTER DECLARAÇÃO DO SEU DIREITO À COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA, OBVIAMENTE SEM QUALQUER EMPECILHO À ULTERIOR FISCALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO COMPENSATÓRIA PELO FISCO FEDERAL. A OPERAÇÃO DE COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA REALIZADA NA CONTABILIDADE DA EMPRESA CONTRIBUINTE FICA SUJEITA AOS PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO DA RECEITA COMPETENTE, NO QUE SE REFERE AOS QUANTITATIVOS CONFRONTADOS E À RESPECTIVA CORREÇÃO. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

1. *Esclareça-se que a questão ora submetida a julgamento encontra-se delimitada ao alcance da aplicação da tese firmada no Tema 118/STJ (REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, submetido a sistemática do art. 543-C do CPC/1973), segundo o qual é necessária a efetiva comprovação do recolhimento feito a maior ou indevidamente para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de Mandado de Segurança.*

2. *A afetação deste processo a julgamento pela sistemática repetitiva foi decidida pela Primeira Seção deste STJ, em 24.4.2018, por votação majoritária; de qualquer modo, trata-se de questão vencida, de sorte que o julgamento do feito como repetitivo é assunto precluso.*

3. *Para se espantar qualquer dúvida sobre a viabilidade de se garantir, em sede de Mandado de Segurança, o direito à utilização de créditos por compensação, esta Corte Superior reafirma orientação unânime, inclusive consagrada na sua Súmula 213, de que o Mandado de Segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.*

4. No entanto, ao sedimentar a Tese 118, por ocasião do julgamento do REsp. 1.111.164/BA, da relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASKI, a Primeira Seção desta Corte firmou diretriz de que, tratando-se de Mandado de Segurança que apenas visa à compensação de tributos indevidamente recolhidos, impõe-se delimitar a extensão do pedido constante da inicial, ou seja, a ordem que se pretende alcançar para se determinar quais seriam os documentos indispensáveis à propositura da ação. O próprio voto condutor do referido acórdão, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973, é expresso ao distinguir as duas situações, a saber: (...) a primeira, em que a impetração se limita a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação; a outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação).

5. Logo, postulando o Contribuinte apenas a concessão da ordem para se declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento judicial transitado em julgado da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco.

Ou seja, se a pretensão é apenas a de ver reconhecido o direito de compensar, sem abranger juízo específico dos elementos da compensação ou sem apurar o efetivo quantum dos recolhimentos realizados indevidamente, não cabe exigir do impetrante, credor tributário, a juntada das providências somente será levada a termo no âmbito administrativo, quando será assegurada à autoridade fazendária a fiscalização e controle do procedimento compensatório.

6. Todavia, a prova dos recolhimentos indevidos será pressuposto indispensável à impetração, quando se postular juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com a efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada. Somente nessas hipóteses o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

7. Na hipótese em análise, em que se visa garantir a compensação de valores indevidamente recolhidos a título do PIS e da COFINS, calculados na forma prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, o Tribunal de origem manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, concedendo a segurança apenas para garantir a compensação dos valores indevidamente recolhidos, limitando-os, todavia, àqueles devidamente comprovados nos autos.

8. Ao assim decidir, o Tribunal de origem deixou de observar que o objeto da lide limitou-se ao reconhecimento do direito de compensar, e, nesse ponto, foi devidamente comprovada a liquidez e certeza do direito necessário à impetração do Mandado de Segurança, porquanto seria preciso tão somente demonstrar que a impetrante estava sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, com base de cálculo prevista no art. 3o., § 1o. da Lei 9.718/1998, cuja obrigatoriedade foi afastada pelas instâncias ordinárias.

9. Extrai-se do pedido formulado na exordial que a impetração, no ponto atinente à compensação tributária, tem natureza preventiva e cunho meramente declaratório, e, portanto, a concessão da ordem postulada só depende do reconhecimento do direito de se compensar tributo submetido ao regime de lançamento por homologação. Ou seja, não pretendeu a impetrante a efetiva investigação da liquidez e certeza dos valores indevidamente pagos, apurando-se o valor exato do crédito submetido ao acervo de contas, mas, sim, a declaração de um direito subjetivo à compensação tributária de créditos reconhecidos contributos vencidos e vincendos, e que estará sujeita a verificação de sua regularidade pelo Fisco.

10. Portanto, a questão debatida no Mandado de Segurança é meramente jurídica, sendo desnecessária a exigência de provas do efetivo recolhimento do tributo e do seu montante exato, cuja apreciação, repita-se, fica postergada para a esfera administrativa.

11. Recurso Especial da Contribuinte ao qual se dá parcial provimento, para reconhecer o direito à compensação dos valores de PIS e COFINS indevidamente recolhidos, ainda que não tenham sido comprovados nos autos.

12. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 do Código Fux, fixando-se a seguinte tese, apenas explicitadora do pensamento zavaskiano consignado no julgamento REsp. 1.111.164/BA: (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva investigação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação cabal dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação." (sem grifos no original)"

(REsp 1715256/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado e, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, verbis:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 9.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20% podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão *ex officio*, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg no MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4ª 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescente ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a janeiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa necessária, tida por submetida, e ao recurso de apelação da União, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. MANDADO DE SEGURANÇA. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA, TIDA POR SUBMETIDA E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDAS.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
3. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
4. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.
5. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado.
6. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
9. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior,
10. Remessa necessária, tida por submetida, e apelação da União desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, tida por submetida, e ao recurso de apelação da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001525-35.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA MARITIMA CARGONAVE (SP) - LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO MACHADO ENE - SP94963-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001525-35.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA MARITIMA CARGONAVE (SP) - LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO MACHADO ENE - SP94963-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por AGÊNCIA MARÍTIMA CARGONAVE (SP) – LTDA em face de acórdão assim ementado:

“*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO ADUANEIRO. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES. DESCONSOLIDAÇÃO. DECRETO-LEI 37/66. IN 800/2007. MULTA MANTIDA.*”

1. No caso dos autos, a atracação do navio ocorreu em 11/03/2014, às 22 hs 58 min, e a autora procedeu à desconsolidação da carga em 10/03/2014, às 17 hs, segundo consta do auto de infração acostado (ID 61404122).
2. A intenção da norma é a de possibilitar a autoridade aduaneira ter conhecimento dos bens objeto do comércio exterior, o que facilita o controle do cumprimento das obrigações sanitárias e fiscais.
3. Não cabe a análise da quantificação do dano ao erário no caso concreto, ou a aferição do grau de equívoco ou culpa do infrator. Comprovados os fatos previstos como infração à legislação tributária, impõe-se a aplicação da pena prevista como ato vinculado a ser praticado pela autoridade fiscal.
4. Entendo que deva ser mantido o valor da multa estabelecido (R\$ 5.000,00 para cada obrigação descumprida), pois não se mostra confiscatório e nem fere o princípio da razoabilidade.
5. O instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN) não se aplica no caso de obrigações acessórias autônomas. Assim como o disposto no art. 102, §2º, do DL 37/66, com a redação dada pela Lei n.º 12.350/2010, o qual prevê a aplicação do instituto da denúncia espontânea inclusive para as penalidades de natureza administrativa, pois ainda que as informações sejam prestadas posteriormente, a conduta, de todo modo, não terá respeitado o prazo legal, razão pela qual é inaplicável o instituto da denúncia espontânea na hipótese.
6. Quanto ao disposto no art. 50 da IN 800/2007, entendo que sendo carga transportada antes da atracação ou desatracação em porto no Brasil, não se aplica o referido artigo.
7. Honorários advocatícios majorados em 1%, considerados os termos do art. 85, § 11, do CPC.
8. Apelação improvida”.

Alega, a embargante, a existência de omissão a ser sanada no v. acórdão embargado (Id 124979873).

Sustenta, em síntese, que o julgado foi omissivo no tocante à tese da ilegitimidade da embargante – agente marítimo –, para ser sujeito passivo da multa em discussão.

Explicitou, a embargante, que agente marítimo é mero mandatário do transportador marítimo, com ele não se confundindo; bem como distingue-se do agente de carga, esse auxiliar do importador ou do exportador, não figurando o agente marítimo como qualquer dos sujeitos passivos elencados no art. 107, inciso IV, alínea “c” do Decreto-Lei nº 37/66 da obrigação de recolher a multa pecuniária de R\$ 5.000,00 “por deixar de prestar informação sobre veículo ou carga nele transportada, ou sobre as operações que execute, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal”.

Pugna pelo acolhimento dos embargos declaratórios com efeitos infringentes (Id 126190080).

Intimada, a UNIÃO FEDERAL (Fazenda Nacional) apresentou resposta aos embargos (Id 128706069).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001525-35.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: AGENCIA MARITIMA CARGONAVE (SP) - LTDA - EPP

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO MACHADO ENE - SP94963-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não obstante o inconformismo da recorrente, inexistente a omissão apontada no v. acórdão embargado.

No caso em exame, ao contrário do que alega a embargante, não comporta acolhimento a tese de ilegitimidade passiva da recorrente para a atuação fiscal na qualidade de “agente marítimo” em razão do exposto teor do parágrafo 1º, do artigo 37 do Decreto-Lei nº 37/66, que dispõe que o agente de carga, *assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas.*

Logo, cabível a atuação da empresa ora embargante pela autoridade fiscal em razão de descumprimento da obrigação de prestação de informações tempestivas, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal (art. 107, inc. IV, “c” do DL nº 37/66).

Nesse sentido trago à colação julgado desta E. Corte citado no v. acórdão recorrido, *in verbis*:

DIREITO ADUANEIRO. INFRAÇÃO PREVISTA NO ART. 107, IV, “E”, DO DL N.º 37/66. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES TEMPESTIVAS POR AGENTE MARÍTIMO. APLICAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia à legalidade de imposição de pena de multa à agravante prevista no art. 107, IV, “e”, do Decreto-Lei n.º 37/66.

2. *Não procedem as alegações da agravante no sentido de que, por se tratar de agente marítimo, não teria responsabilidade pela infração em exame. O §1º do art. 37 expressamente atribui a responsabilidade pela prestação de informações ao agente que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, exatamente a situação da agravante (grifos meus).*

3. *A finalidade da norma é responsabilizar não apenas os principais atuantes no comércio exterior (importador e exportador) pela prestação informações imprescindíveis ao exercício do poder de polícia sobre essa atividade, mas também os demais intervenientes na cadeia de logística, tais quais transportadores, agentes e operadores portuários.*

4. *O prazo para a prestação das informações encontra-se previsto no art. 22 da Instrução Normativa – RFB n.º 800/2007.*

5. *Trata-se de multa aplicada por infração à obrigação acessória autônoma prevista na legislação tributária. Pertinente salientar nesse ponto, que a hipótese é distinta daquela que foi objeto do Recurso Especial n.º 1129430/SP, submetido ao rito de recursos repetitivos, em que o STJ analisou a responsabilidade tributária solidária do agente marítimo sobre o imposto de importação.*

6. *A responsabilidade por infrações à legislação tributária é objetiva, nos termos do art. 136 do CTN. Comprovados os fatos previstos como infração à legislação tributária, não é necessário quantificar os danos ao erário ou a intenção do agente, pois os prejuízos à administração aduaneira já foram previamente ponderados pelo legislador ao prever a infração.*

7. *Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento dos participantes da cadeia de comércio exterior a fim de que prestem as informações em tempo hábil, contribuindo para o hábil e eficiente desempenho do poder de polícia estatal. Por esse motivo, o valor da multa estabelecido no patamar fixo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) não se afigura desproporcional, tampouco possui caráter confiscatório, pois atende as finalidades da sanção. Precedentes.*

8. *Embora o Capítulo IV da IN 800/2007 tenha sido revogado pelo IN n.º 1.473/2014, conforme indicado pela agravante, a infração ainda subsiste, pois deriva diretamente da lei (art. 107, IV, “e”, do Decreto-lei n.º 37/66, ainda em vigor), e não do ato infralegal invocado.*

9. *Em relação às infrações da legislação tributária por descumprimento de obrigações acessórias autônomas, não se aplica o instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN). Precedentes do STJ. No caso em exame, a infração consiste em deixar de prestar informações no prazo previsto na legislação. Ainda que as informações sejam prestadas posteriormente ao prazo, a conduta, de todo modo, não terá respeitado o prazo legal, razão pela qual é inaplicável o instituto da denúncia espontânea na hipótese. Precedente da Terceira Turma.*

10. *Inexistência dos vícios no auto de infração arguidos pela agravante, pois nele consta devidamente a descrição suficiente dos fatos para a identificação da infração (atracação no navio em 02/01/2016 e prestação de informações em 05/01/2016, sem a observância do prazo de 48 horas anteriores à chegada da embarcação), os quais foram enquadrados na*

11. *Agravo de Instrumento não provido.*

(AI AGRAVO DE INSTRUMENTO/SP 5004416-37.2019.4.03.0000; Relatora Des. Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES; Terceira Turma; Data do julgamento: 16/05/2019; e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/05/2019).

Verifica-se, no caso em análise, tão somente a intenção da embargante na rediscussão da matéria impugnada, não sendo os embargos de declaração a via adequada para esse desiderato.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ADUANEIRO. INFRAÇÃO PREVISTA NO § 1º DO ART. 37 C/C ART. 107, INC. IV, ALÍNEA “E”, DO DL Nº 37/66. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES. AGENTE MARÍTIMO. APLICAÇÃO DE MULTA. LEGALIDADE. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não obstante o inconformismo da recorrente, inexistente a omissão apontada no v. acórdão embargado.

2. No caso em exame, ao contrário do que alega a embargante, não comporta acolhimento a tese de ilegitimidade passiva da recorrente para a atuação fiscal na qualidade de “agente marítimo” em razão do exposto teor do parágrafo 1º, do artigo 37 do Decreto-Lei nº 37/66, que dispõe que o agente de carga, *assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas.*

3. Logo, cabível a atuação da empresa ora embargante pela autoridade fiscal em razão de descumprimento da obrigação de prestação de informações tempestivas, na forma e no prazo estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal (art.107, inc. IV, “e” do DL nº 37/66).

4. Verifica-se, no caso em análise, tão somente a intenção da embargante na rediscussão da matéria impugnada, não sendo os embargos de declaração a via adequada para esse desiderato.

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002116-64.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TERMIX CLIMATIZACAO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: VICTOR SARFATIS METTA - SP224384-A, PAULO ROSENTHAL - SP188567-A, LUCAS PEREIRA SANTOS PARREIRA - SP342809-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000464-23.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRASGEL COMPONENTES PARA REFRIGERACAO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000464-23.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRASGEL COMPONENTES PARA REFRIGERACAO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 123212031 e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 31/01/2019, a empresa FG COMÉRCIO DE REFRIGERAÇÃO EIRELI ajuizou a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito. Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00.

Contestação da União Federal (ID 123212013), com réplica do polo ativo (ID 123212019).

Sobreveio sentença que acolheu o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a parte autora compensar/restituir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 123212021).

Condenou a União ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Custas pela União.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Opostos declaratórios (ID 123212025), foram parcialmente acolhidos, apenas para integrar a sentença e fazer constar que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal (ID 123212382).

A União ratificou suas razões recursais (ID 123212386).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 123212390).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000464-23.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRASGEL COMPONENTES PARA REFRIGERACAO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: RICARDO ALESSANDRO CASTAGNA - SP174040-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJe 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em **31/01/2019**.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários arbitrada na sentença, uma vez que fixada com razoabilidade, atentando-se às características deste feito.

Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso formulado pela União.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 31/01/2019.
6. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
7. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5015069-76.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PAULO HENRIQUE SERAPIÃO DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5015069-76.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PAULO HENRIQUE SERAPIÃO DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Paulo Henrique Serapião de Souza** em face do Gerente da Superintendência da CEAB - Reconhecimento de Direito da SRI - Instituto Nacional do Seguro Social, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o seu requerimento de revisão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que conclua a instrução processual e decida o requerimento de revisão administrativa objeto do protocolo n. 771664376, no prazo de 60 (sessenta) dias contínuos, computados na forma do artigo 66 da Lei n. 9.784/99, excluindo-se dessa contagem eventuais prazos conferidos ao(à) segurado(a) para o cumprimento de exigências que se fizerem necessárias (ID 126548579).

O MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 126548584).

O INSS apelou, sustentando, em síntese, que:

- a) a Administração não está inerte quanto à análise do pedido do acionante, muito pelo contrário, tem se movimentado para modernizar o atendimento ao público (INSS DIGITAL) e adotou fluxo de trabalho que prima pelo tratamento isonômico dos requerentes ao aplicar a ordem cronológica como premissa para exame dos requerimentos administrativos, o que demonstra inexistir qualquer ilegalidade a ser aqui guerreada;
- b) os prazos legais invocados na exordial (Leis n.º 9.784/99 e n.º 8.213/91) foram estipulados pelo legislador há mais de uma década, em contexto fático distinto do atual, razão pela qual estes podem ser flexibilizados, mormente quando apresentadas justificativas razoáveis ao diferimento do exame dos requerimentos apresentados;
- c) o INSS passa por uma grave crise de aposentadoria em massa de seus servidores, havendo risco até mesmo de fechamento de agências por falta de servidores a partir do início de 2019, o que deve ser considerado nos autos;
- d) o diferimento da pretensão apenas acarretaria o efeito "fura-fila", pois outros segurados à frente do impetrante na ordem de espera por decisão administrativa serão preteridos e terão que esperar pela apreciação mais célere da pretensão da parte autora deste feito, causando tumulto e dificuldades extras na gestão da ordem de processos esperando apreciação administrativa, que é cronológica.

Sem contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5015069-76.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PAULO HENRIQUE SERAPIÃO DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora analisar e concluir o requerimento de revisão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que protocolou requerimento de revisão de benefício previdenciário no dia 26.04.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (31.10.2019), ainda não existia qualquer perspectiva de decisão por parte da autarquia previdenciária.

Não há dúvidas, deste modo, que a parte impetrada extrapolou os limites da razoabilidade, em clara ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificativa plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

Registre-se que a falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à apelação e à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDAS.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. A falta de estrutura administrativa, seja ela material ou pessoal, não pode ser usada como argumento que justifique a demora da prestação de um serviço público, quando ultrapassado prazo consideravelmente razoável.
4. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009505-93.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: GASLIVE IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009505-93.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: GASLIVE IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 122229492 (ratificada e aditada nas razões identificadas sob o ID 122229505) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 20/09/2018, a empresa GASLIVE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO EIRELI impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 200.000,00. Com a inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 122224628).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 122224630).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 122224631).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas pela União.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal requerendo, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 122229492).

Opostos declaratórios pela impetrante (ID 122229490), foram parcialmente acolhidos, apenas para esclarecer que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal (ID 122229493).

A União, por sua vez, opôs embargos de declaração (ID 122229501), que não foram recebidos (ID 122229502).

A União ratificou e aditou suas razões recursais, alegando, em acréscimo, a existência de julgamento *ultra petita* e a necessidade de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (ID 122229505).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 122229509).

O *Parquet* opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 129053189).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009505-93.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: GASLIVE IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE LIRA DE OLIVEIRA - SP218857-A
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM CAMPINAS/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social."

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos.

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, **conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.**

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatiza-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Observa-se, portanto, que a definição de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS trata-se de consectário lógico da aplicação do entendimento contido no RE 574.706/PR, não havendo que se falar em julgamento *ultra petita* pelo juízo a quo.

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 20/09/2018 e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em atenta jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

E esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso formulado pela União diante da presente decisão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.

5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 20/09/2018.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004609-98.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ROJEMAC IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004609-98.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ROJEMAC IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 126283977) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 15/10/2019, a empresa ROJEMAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Jundiaí/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 5.172.943,04. Com a inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 126283951).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 126283964).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 126283969).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Sustenta, ainda, a necessidade de se impor limites ao direito de compensação.

Opostos declaratórios (ID 126283981), foram acolhidos para o fim de afastar a aplicação dos parâmetros postos pela Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018 (ID 126283982).

A União ratificou suas razões recursais (ID 126283990).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126283992).

O *Parquet* protestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 128497392).

É o relatório.

APELADO: ROJEMAC IMPORTACAO E EXPORTACAO LIMITADA
Advogados do(a) APELADO: LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguarar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.073/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, **conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.**

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta, inclusive, o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de apelação, para "readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS", dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PE é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C. DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 15/10/2019 e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em atenta jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

E esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e *simônus* fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 15/10/2019.

6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.

7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsps n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.

9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009834-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A, RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009834-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A, RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas pela impetrante (ID 9034319) e pela União Federal (ID 9034322) em face do *decisum* que julgou o feito parcialmente procedente.

No dia 07/07/2017, as empresas ITORORÓ VEÍCULOS E PEÇAS LTDA. e suas filiais ajuizaram a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexigibilidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito no período posterior a vigência da Lei nº 12.973/14. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Contestação da União Federal (ID 9034310).

Sobreveio sentença que acolheu parcialmente o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a parte autora compensar/restituir os tributos a partir de maio de 2017 (ID 9034315).

Condenou a União ao reembolso das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85 e parágrafos do Código de Processo Civil.

Não resignada, apela a parte autora, requerendo seja reconhecida também indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS e o direito de repetição dos valores indevidamente recolhidos "no período posterior a entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, preferencialmente pela via compensatória, nos termos da Lei nº 9430/96, contados dos últimos 05 (cinco) anos da propositura da presente ação". Postula, ainda, pela concessão da tutela de evidência.

Por seu turno, apela a União, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, dada a legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Suscita, ainda, o descabimento do pleito de compensação, em face da ausência de prova pré-constituída.

Com contrarrazões, de ambas as partes, subiram os autos a esta corte (ID 9034326 e ID 9034328).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009834-57.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A, RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITORORO VEICULOS E PECAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: RICARDO BOTOS DA SILVA NEVES - SP143373-A, NELSON MONTEIRO JUNIOR - SP137864-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS e ao ISS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das devidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime de não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indeferida igualmente a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à compensação/restituição, abrangendo os valores indevidamente recolhidos desde a vigência da Lei nº 12.973/14, nos termos do quanto pleiteado na exordial.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C. DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. "

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Faz-se necessário frisar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvinimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional. **No caso, portanto, não há que se cogitar na possibilidade de compensação imediata dos valores sem observância do disposto no art. 170-A do CTN, motivo pelo qual indefiro o pedido de tutela de evidência.**

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o *quantum debeatur*.

Por oportuno, confira-se entendimento recente externado pelo c. STJ:

“**TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO INDEVIDO. AFERIÇÃO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO.**

I - Na origem, a Line Seal Vedações Ltda ajuizou ação de repetição de indébito tributário, em face da União Federal, e o pedido foi julgado improcedente. Interposto recurso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu por afastar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas, quanto à repetição de indébito, entendeu ser imprescindível a juntada das guias DARF para comprovar o recolhimento tributário indevido. No recurso especial, a contribuinte sustentou que, nas ações de repetição de indébito, exige-se apenas a comprovação da qualidade de contribuinte, cabendo à fase de liquidação de sentença a juntada de todos os comprovantes de pagamento.

II - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que, havendo prova da condição de contribuinte, a ausência de juntada dos comprovantes de recolhimento não prejudica o reconhecimento do direito à repetição do indébito, sendo que essa comprovação deve ser efetuada em sede de liquidação, para fins de apuração do *quantum debeatur*, na hipótese de procedência do pedido.

Precedentes citados: AgInt no AREsp 1283972/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/06/2018; AgRg no AREsp 34.537/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/11/2011; REsp 1111003/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 25/05/2009.

III - Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.” - g.m.

(AREsp 1442360/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

No presente feito, a comprovação da qualidade de contribuinte da autora se encontra nos documentos de ID 9034299, 9034300 e 9034307.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários arbitrada na sentença, uma vez que fixada com razoabilidade, atentando-se às características deste feito.

Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela de evidência, nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à apelação da parte autora, para declarar como indevida a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, assim como reconhecer o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a partir da vigência da Lei nº 12.973/14.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
3. O valor retido em razão do ICMS/ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
5. Reconhecido o direito à compensação/restituição, abrangendo os valores indevidamente recolhidos desde a vigência da Lei nº 12.973/14, nos termos do quanto pleiteado na exordial.
6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

8. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN), motivo pelo qual indefiro o pedido de tutela de evidência.

9. Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o *quantum debeatur*.

10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme emalantada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

11. Apelação da União não provida e apelação da parte autora parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, indefiniu o pedido de tutela de evidência, negou provimento à apelação da União e deu parcial provimento à apelação da parte autora, para declarar como indevida a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, assim como reconhecer o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a partir da vigência da Lei nº 12.973/14, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018774-88.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: NATANAEL BENVINDO MEDEIROS DE ARAUJO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018774-88.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: NATANAEL BENVINDO MEDEIROS DE ARAUJO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

A r. sentença, de ofício, extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que indevida a cobrança de multa eleitoral de inadimplente e que a CDA não goza de certeza, pois não respeita o princípio da legalidade.

Aduz a apelante que as anuidades e a multa eleitoral em cobro estão lastreadas na Lei nº 10.795/03.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0018774-88.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
APELADO: NATANAEL BENVINDO MEDEIROS DE ARAUJO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso do *CRECI/SP*, a Lei nº 6.530/78, na sua redação original, no artigo 16, inciso VII, atribuía ao Conselho Federal fixar multas, anuidades e emolumentos devidos aos conselhos regionais, em total descompasso com a jurisprudência do STF (RE nº 704.292).

Em 05.12.2003, adveio a Lei nº 10.795/2003, que estabeleceu valores e limites máximos para as multas e anuidades e corrigiu o vício da norma anterior.

Comefeito, sabido que os requisitos essenciais da certidão de dívida ativa estão descritos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e no artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80.

Na hipótese, a legislação mencionada na certidão de dívida ativa (Lei nº 6.530/78 art. 16 inc. VII c/c art. 34 e 35 do Decreto nº 8.1871/78), não permite ao contribuinte a identificação do fundamento legal do tributo exigido, já que as anuidades só se tornaram exigíveis a partir da vigência da Lei nº 10.795/2003.

Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80, evadindo de nulidade a CDA.

Destaco, ainda, que é inviável a substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentir, é o precedente desta Corte:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRECI 2ª REGIÃO. APELAÇÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança de anuidades (2007 a 2010).

2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. No caso dos corretores de imóveis, há lei específica - 6.530/1978 - que regula a profissão e estabelece, no art. 16, §1º, os valores máximos das anuidades que poderão ser cobradas das pessoas físicas e jurídicas sujeitas a inscrição/registro nos CRECI. A mesma Lei, no art. 16, §2º, prevê a correção anual desses valores pelo índice oficial de preços ao consumidor.

4. No caso em tela, não obstante exista previsão legal para a cobrança de anuidades, verifica-se que as CDAs trazem fundamentação legal distinta, a saber, o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/1978, c/c arts. 34 e 35, do Decreto nº 81.871/1978, sendo que o primeiro dispositivo citado permite ao COFECI fixar o valor das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais e os últimos estabelecem que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35).

5. As CDAs não fazem qualquer menção ao art. 16, §1º, que fixa o valor máximo das anuidades. Deixou-se, portanto, de atender aos requisitos previstos no art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.

6. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. Turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Stimula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016).

7. É de rigor, portanto, o reconhecimento da nulidade das CDAs.

8. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001811-53.2013.4.03.6132, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 18/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2019)

Por fim, não se sustenta, também, a cobrança da multa eleitoral descrita na CDA, uma vez que no referido ano o executado estava inadimplente. Precedente: (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020671-70.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020).

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL. ANUIDADES. MULTA ELEITORAL. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA CDA INADMISSÍVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA

1.No caso do CRECI/SP, a Lei nº 6.530/78, na sua redação original, no artigo 16, inciso VII, atribuía ao Conselho Federal fixar multas, anuidades e emolumentos devidos aos conselhos regionais, em total descompasso com a jurisprudência do STF (RE nº 704.292).

2.Os requisitos essenciais da certidão de dívida ativa estão descritos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e no artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80.

3.A legislação mencionada na certidão de dívida ativa (Lei nº 6.530/78 art. 16 inc. VII c/c art. 34 e 35 do Decreto nº 8.1871/78), não permite ao contribuinte a identificação do fundamento legal do tributo exigido, já que as anuidades só se tornaram exigíveis a partir da vigência da Lei nº 10.795/2003.

4.Não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80, evadindo de nulidade a CDA.

5.Inviável a substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

6. Não se sustenta a cobrança da multa eleitoral descrita na CDA, uma vez que no referido ano o executado estava inadimplente. Precedente.

7.Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001230-80.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DELTA HIGIENE LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILMAR APARECIDO FERREIRA - SP267154-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001230-80.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DELTA HIGIENE LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILMAR APARECIDO FERREIRA - SP267154-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial tida por ocorrida e de recurso de apelação interposto pela **União** em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS, da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, observada a prescrição quinquenal.

Em suas razões, a apelante requer, preliminarmente, o sobrestamento do feito. No mérito sustenta, em síntese, que:

- a) o ICMS integra o faturamento, base de cálculo do PIS e da COFINS, definida em lei.
- b) o ICMS a ser compensado é o líquido.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Laura Noeme dos Santos, pugnou pelo desprovemento da remessa oficial e do recurso de apelação e público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001230-80.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DELTA HIGIENE LTDA
Advogado do(a) APELADO: GILMAR APARECIDO FERREIRA - SP267154-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

Passo ao exame do mérito.

De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou com a seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJE-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS, da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins, porque estranho ao conceito de faturamento."

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra-se a averbação do RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despedido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESp 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE n.º 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei n.º 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, e, respeitando-se a prescrição quinquenal, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente *mandamus* foi ajuizado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), surge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tomou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolútoría de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009).

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprido ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Quanto à parte atinente ao esclarecimento do valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial tida por ocorrida.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

9. Remessa oficial tida por ocorrida e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, **NEGOU PROVIMENTO** ao recurso de apelação e à remessa oficial tida por ocorrida, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002145-59.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
#{processoTrfHome.processoPartePoloAtivoDetalhadoStr}
APELADO: CCF ALIMENTOS EIRELI
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogado do(a) APELADO: LUIS HENRIQUE DA SILVA - SP105374-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002214-27.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPER G DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002214-27.2018.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPER G DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 129768749) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 06/06/2018, a empresa SUPER G DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 310.726,43. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 129767876).

O órgão do Ministério Público Federal que atua na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 129767879).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/restituir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 129767880).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Opostos declaratórios (ID 129768737), foram rejeitados (ID 129768745). Na oportunidade, o juízo *a quo* corrigiu inexistência material de ofício, para o fim de constar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 74 da Lei nº 9.430/96, 26-A da Lei nº 11.457/07 e demais normas regulamentares.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 129768755).

O *Parquet* protestou pelo prosseguimento do feito (ID 130054709).

É o relatório.

APELADO: SUPER G DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE n.º 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula n.º 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE n.º 574.706/PR; Tema n.º 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n.º 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE n.º 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE n.º 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei n.º 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei n.º 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei n.º 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei n.º 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se desprende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Quanto à possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, formulou apenas pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença a quo julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejam-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **06/06/2018** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em extensa jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedeído o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, apenas para reduzir a sentença aos limites do pedido.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.

4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.

5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.

6. A impetrante não formulou pedido de restituição administrativa na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

7. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 06/06/2018.

8. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.

9. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

10. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.

11. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em extensa jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

12. Apelação não provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, apenas para reduzir a sentença aos limites do pedido, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000115-27.2018.4.03.6125
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
Advogados do(a) APELANTE: ELIAS DE PAIVA - SP130276-A, ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000115-27.2018.4.03.6125
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
Advogados do(a) APELANTE: ELIAS DE PAIVA - SP130276-A, ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela CAASP.

O compulsar dos autos revela que o CRF ajuizou ação de execução fiscal visando a cobrança de multa por infração ao artigo 24 e seu parágrafo único da Lei nº 3.820/60.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, ao fundamento de que a discussão a respeito da prescrição está prescrita e a questão referente a existência, ou não, de dispensação de medicamentos foi abarcada pela coisa julgada, não estando evadida de nulidade a CDA..

Em grau de apelação busca a recorrente a reforma da r. sentença.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000115-27.2018.4.03.6125
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CAIXA DE ASSISTENCIA DOS ADVOGADOS DE SAO PAULO
Advogados do(a) APELANTE: ELIAS DE PAIVA - SP130276-A, ELIANE YARA ZANIBONI - SP262222-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A certidão de dívida ativa possui presunção de liquidez e certeza, que só pode ser desconstituída por prova inequívoca produzida pelo executado, conforme art. 3º, da Lei n. 6.830/1980. A arguição de nulidade por parte do embargante/executado deve vir acompanhada de prova inequívoca, robusta e efetiva de sua ocorrência, não se considerando a mera afirmação de sua ocorrência argumento suficiente para o afastamento de sua presunção de certeza e liquidez, nos termos do dispositivo legal supracitado. Uma vez preenchidos os requisitos legais para a inscrição da dívida, não se pode falar em nulidade da CDA, e consequentemente em extinção da execução fiscal.

Na hipótese, a r. sentença não merece qualquer reparo, vejamos:

A questão da prescrição do crédito tributário, como bem salientou o Juízo a quo, já restou decidida nos autos da execução fiscal, por ocasião da oposição de Exceção de Pré-Executividade tendo a r. decisão transitado em julgado.

Dessa forma, a tese de prescrição da embargante já foi anteriormente analisada, de modo que acertado o posicionamento do juiz singular ao reputar preclusas as matérias pertinentes à alegada prescrição, impedindo, pois, a rediscussão de matéria já decidida, nos termos dos arts. 505, caput, e 507 do CPC/2015.

Neste sentir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO DISCUTIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Descabida a rediscussão, em sede de embargos à execução fiscal, sobre a prescrição crédito tributário, matéria objeto da exceção de pré-executividade.

2. A jurisprudência pátria firmou entendimento de que a rediscussão, em sede de embargos, de questão deduzida anteriormente em exceção de pré-executividade, importa no reconhecimento da preclusão consumativa.

3. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0006003-80.2017.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 05/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/02/2020)

Por outro lado, melhor sorte não possui o apelante no que tange a questão da coisa julgada.

Com efeito, quanto à alegação de coisa julgada, necessário para o seu reconhecimento que tenha havido ação anteriormente ajuizada com mesmas partes, causa de pedir e pedido, com sentença de mérito transitada em julgado.

No caso em que a CAASP impetrou mandado de segurança contra o CRF, registrado sob nº 0019747.71.2005.4.03.6100, distribuído à 8ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo, objetivando afastar ato administrativo, consistente na atuação e imposição de multa por inexistência de responsável técnico na Drograria/apelante, devidamente registrado como responsável técnico perante o Conselho Regional de Farmácia. A sentença denegou a ordem, entendimento mantido nesta Corte, quando do julgamento do recurso de apelação interposto pela CAASP, transitando em julgado em 01/03/2016. A execução fiscal cobra multas, por falta de responsável técnico farmacêutico no dispensário de medicamentos da embargante.

Com efeito, plenamente configurada a coisa julgada material, já que decisão anterior, tratando do mérito, declarou a existente relação jurídica entre a embargante e o CRF, capaz de validar a exigência de contratação de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos, tomando, pois, devida a imposição de multa a tal título.

Ressalte-se que a mudança de entendimento jurisprudencial (RESP 1.110.906) sobre a controvérsia, não altera nem elide a eficácia da coisa julgada, firmada entre as partes, a partir da mesma situação jurídica analisada.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DISCUSSÃO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A questão da prescrição do crédito tributário, como bem salientou o Juízo a quo, já restou decidida nos autos da execução fiscal, por ocasião da oposição de Exceção de Pré-Executividade tendo a r. decisão transitado em julgado.

2. Configurada a coisa julgada material, já que decisão anterior, tratando do mérito, declarou a existente relação jurídica entre a embargante e o CRF, capaz de validar a exigência de contratação de responsável técnico farmacêutico em dispensário de medicamentos, tomando, pois, devida a imposição de multa a tal título.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011590-68.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: TEC SCREEN INDÚSTRIA DE PRODUTOS TÉCNICOS PARA SERIGRAFIA LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011590-68.2017.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 738/2089

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – COFINS – PIS – BASE DE CÁLCULO – ICMS – EXCLUSÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – RETIFICAÇÃO DA CDA – HONORÁRIOS – CONDENAÇÃO – ART. 85, CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, tais como a ausência das condições da ação e dos pressupostos de desenvolvimento válido do processo, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo a exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.

4. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em 15/3/2017, nos autos do nº 574.706, deu provimento ao recurso extraordinário, fixando a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Portanto, cabível a exceção de pré-executividade, sendo de rigor a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS.

5. Quanto à Lei nº 12.973/14, cumpre registrar que a jurisprudência desta Turma encontra-se consolidada no sentido de que a entrada em vigor do artigo 119, da Lei 12.973/2014 não alterou o conceito de base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS.

6. Por se tratar de mera exclusão do ICMS da base de cálculo, desnecessária a substituição da CDA e descabida a extinção da execução fiscal, por esse motivo e sem que haja qualquer ofensa ao disposto nos artigos 202 e 203, CTN e 783 e 803, CPC, bastando a retificação do título executivo, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recursos repetitivos (REsp nº 1.115.501). Destarte, cabe a retificação das CDAs que cobram as aludidas contribuições, ou seja, somente quanto às inscrições 80 6 15 099169-08 e 80 7 15 026414-12.

7. O acolhimento parcial da exceção de pré-executividade extingue parcialmente a execução fiscal, pondo fim ao processo em relação a parcela reconhecidamente indevida, portanto, ensejando a condenação da excepta em honorários advocatícios em relação a essa parcela.

8. Quanto à fixação do quantum, é mister levar em conta recente posicionamento do Pretório Excelso, da lavra do eminente Ministro Gilmar Mendes (Ação Originária 506/AC; DJE 1/9/2017), aplicando às verbas sucumbenciais os critérios do direito adjetivo vigorante à época da propositura do feito judicial.

9. Como a execução fiscal foi protocolada em 31/5/2016 Id 823538), cumpre observar os parâmetros do vigente Código de Processo Civil Brasileiro e, considerando a exclusão de apenas parcelas das inscrições supra mencionadas, fixam-se os honorários em R\$ 12.000,00, nos termos do art. 85, § 3º, I, CPC.

10. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Alega a embargante UNIÃO FEDERAL, em síntese, que "foi omitido ponto sobre o qual deve se pronunciar a C. Turma Julgadora, notadamente no que diz respeito ao julgamento do RE 574.706 pela Suprema Corte, cujo acórdão recentemente publicado foi objeto de embargos declaratórios da União (Fazenda Nacional)." Discorre sobre a necessidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Afirma que necessário o sobrestamento do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, nos autos do paradigma.

A embargada TEC SCREEN INDÚSTRIA DE PRODUTOS TÉCNICOS PARA SERIGRAFIA LTDA pugnou pela rejeição dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011590-68.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: TEC SCREEN INDUSTRIA DE PRODUTOS TECNICOS PARA SERIGRAFIA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, cumpre ressaltar a desnecessidade de se aguardar a resolução dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR, descabendo o sobrestamento do feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autoriza o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RISTF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – RE 574.706 – PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – SOBRESTAMENTO – DESCABIMENTO – APLICAÇÃO IMEDIATA – EMBARGOS REJEITADOS.

1.Desnecessário se aguardar a resolução dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR, descabendo o sobrestamento do feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autoriza o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

2.Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001764-57.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001764-57.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações interpostas pela União Federal (ID 3615926, ratificada e aditada nos termos do ID 3616234) e pela impetrante (ID 3616237) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito parcialmente precedente.

No dia 29/03/2018, a empresa LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Guarulhos/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS e ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 4.272.721,66. Com a inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 3615916).

O órgão do Ministério Público Federal que atua na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 3615918).

Sobreveio sentença que concedeu parcialmente a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS e indeferindo o pedido de compensação, em razão da ausência de comprovação do indébito tributário (ID 3615919).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e extinção do feito sem resolução mérito, dada a inexistência de prova pré-constituída. No mérito, requer a reforma da sentença, diante da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Opostos embargos de declaração pela impetrante (ID 3615928), foram acolhidos para declarar igualmente indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 3615929).

A União ratificou e aditou suas razões recursais para o fim de incluir a argumentação relativa à possibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS (ID 3616234).

Por seu turno, a impetrante também apelou, aduzindo em suas razões, preliminarmente, a nulidade da sentença e, quanto à questão de fundo, postula pelo reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS e ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Requer, subsidiariamente, a extinção do feito sem resolução do mérito.

Com contrarrazões, de ambas as partes, subiram os autos a esta corte (ID 3616239 e ID 3616243).

O *Parquet* protestou pelo prosseguimento do feito (ID 6177065).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001764-57.2018.4.03.6119

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, LOCAR GUINDASTES E TRANSPORTES INTERMODAIS LTDA.

Advogado do(a) APELADO: LUIS FERNANDO GIACON LESSAALVERS - SP234573-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, rechaço as preliminares de nulidade da sentença e de inexistência de prova pré-constituída, uma vez que tais questões envolvem mérito da demanda, que será explicitado adiante.

Ainda em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida a lide dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia relativa à inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS e ao ISS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescentar que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entende que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO. NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (como escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior; em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgados sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: E1 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida igualmente a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que, mesmo as alterações promovidas sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STJ, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) *tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e*
(b) *tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Assim sendo, com razão a empresa apelante, motivo pelo qual reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 29/03/2018.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. *Entretantes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).*

10. *In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.*

11. *À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.*

(...)

17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."*

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Nesse sentido, faz-se necessário frisar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvinimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido."

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido subsidiário da impetrante formulado na apelação diante da presente decisão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União e à remessa oficial e dou provimento à apelação da impetrante para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos termos acima descritos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
3. O valor retido em razão do ICMS/ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
5. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 29/03/2018.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação da União e remessa oficial não providas e apelação da impetrante provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da União e à remessa oficial e deu provimento à apelação da impetrante para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-17.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CASAGRANDE SERVICOS E LIMPEZA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINE DE OLIVEIRA PRADO MORENO - SP307896-A, CAMILA FRANCINE DOS SANTOS RODRIGUES - SP406318-A, FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-17.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CASAGRANDE SERVICOS E LIMPEZA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINE DE OLIVEIRA PRADO MORENO - SP307896-A, CAMILA FRANCINE DOS SANTOS RODRIGUES - SP406318-A, FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 121868768 e remessa oficial em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 29/04/2019, a empresa CASAGRANDE SERVIÇOS E LIMPEZA LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 21.808,45. Com a inicial, foram acostados documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 121868760).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 121868763).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 121868764).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma do acórdão, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 121868773).

O *Parquet* opina pelo regular prosseguimento do feito (ID 125967230).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-17.2019.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CASAGRANDE SERVICOS E LIMPEZA LTDA

Advogados do(a) APELADO: CAROLINE DE OLIVEIRA PRADO MORENO - SP307896-A, CAMILA FRANCINE DOS SANTOS RODRIGUES - SP406318-A, FABIO RODRIGUES GARCIA - SP160182-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, observo que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

Quanto ao mérito, questiona-se a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ISS.

Pois bem, necessário se faz, antes de adentrar na controvérsia supramencionada, examinar a discussão acerca dos aspectos legais e constitucionais do acréscimo do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exceções em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: REsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS."

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomou por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR: Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei nº 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 29/04/2019 e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Destarte, com razão a sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com a mesma controvérsia, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
3. O valor retido em razão do ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 29/04/2019.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.

7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.

9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

10. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008699-40.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SAF COMERCIO DE PAPEIS E APARAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO FIOREZZI DE LUIZI - SP220548, RENATO DE LUIZI JUNIOR - SP52901-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008699-40.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SAF COMERCIO DE PAPEIS E APARAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em execução fiscal, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta.

Nas razões recursais, alegou a agravante SAF COMÉRCIO DE PAPÉIS E APARAS LTDA que apresentou Exceção de Pré-Executividade, aduzindo, em apertada síntese, a nulidade da CDA executada, haja vista a iliquidez e incerteza do título executividade *sub judice*, nos termos do artigo 202 e 203 do CTN cumulado com o artigo 2º, § 5º, II, da Lei nº 6.830/80, bem como quanto a sua impossibilidade de apurar o seu *dius a quo*, em decorrência da manutenção da exigência fiscal violar o disposto no artigo 112, CTN, em razão da interpretação mais favorável ao Fisco, por meio do voto de qualidade (proferido na esfera administrativa), questões que independem de dilação probatória.

Requeru a antecipação da tutela recursal, para reforma da r. decisão agravada, a fim de que seja determinada a análise da Exceção de Pré-Executividade da Agravante e, ao final, o provimento do recurso.

Indeferiu-se a tutela requerida.

A agravada UNIÃO FEDERAL apresentou contraminuta, alegando a necessidade de dilação probatória e, assim, o descabimento da exceção de pré-executividade.

A agravante opôs embargos de declaração, alegando omissão em relação à existência dos requisitos autorizadores da tutela recursal pleiteada.

A embargada apresentou resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008699-40.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: SAF COMERCIO DE PAPEIS E APARAS LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, julgo prejudicados os embargos de declaração, tendo em vista o julgamento do agravo de instrumento a seguir.

A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.

Importante ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.

A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.

Cumpre ressaltar a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

Compulsando os autos, verifica-se que a tese da excipiente reside no fato de que o crédito tributário foi mantido por decisão administrativa que, ao julgar recurso fazendário, afastou, através do voto de qualidade, o reconhecimento da decadência. Assim, deveria – segundo prega a agravante – ser acolhida a decisão mais favorável ao contribuinte, que reconheceu a decadência.

De fato, a tese defendida pela excipiente não pode ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, porquanto demanda dilação probatória e amplo contraditório, não sendo aferível de ofício pelo Juízo *a quo*.

Como afirmado, bem como sumulado, a matéria deduzível através de exceção de pré-executividade é aquele cognoscível de ofício.

Ante o exposto, **julgo prejudicados** os embargos de declaração e **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – DILAÇÃO PROBATÓRIA – DESCABIMENTO – SÚMULA 393/STJ – AGRAVO IMPROVIDO.

1. A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, tem como escopo a defesa atinente à matéria de ordem pública, desde que comprovadas de plano, mediante prova pré-constituída.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte aquiesce ao restringir a exceção de pré-executividade às matérias reconhecíveis de ofício e aos casos aferíveis de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória.
3. A nulidade formal e material da certidão de dívida ativa é matéria que o juiz pode conhecer de plano, sem necessidade de garantia da execução ou interposição dos embargos, sendo à exceção de pré-executividade via apropriada para tanto.
4. Nesse sentido a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.
5. A tese defendida pela excipiente não pode ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, porquanto demanda dilação probatória e amplo contraditório, não sendo aferível de ofício pelo Juízo *a quo*.
6. Como afirmado, bem como sumulado, a matéria deduzível através de exceção de pré-executividade é aquele cognoscível de ofício.
7. Embargos de declaração prejudicados e agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicados os embargos de declaração e negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013818-63.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRITISH INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO NASSIF MOLINA - SP234297-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013818-63.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BRITISH INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO NASSIF MOLINA - SP234297-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 126301448) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 14/10/2019, a empresa BRITISH INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Campinas/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 20.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 126301437).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 126301439).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 126301440).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Não resignada, apela a União Federal alegando, preliminarmente, a existência de julgamento *ultra petita* e a necessidade de suspensão do feito e, no mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Postula, ainda, a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126301452).

O *Parquet* opinou pelo regular prosseguimento do feito (ID 128699812).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013818-63.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRITISH INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO NASSIF MOLINA - SP234297-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Ainda, em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescentar que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715236/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, quando nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Observa-se, portanto, que a definição de qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS trata-se de consectário lógico da aplicação do entendimento contido no RE 574.706/PR, não havendo que se falar em julgamento *ultra petita* pelo juízo a quo.

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUNÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **14/10/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e

(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante alheia a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso formulado pela União diante da presente decisão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simônus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 14/10/2019.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em aludida jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
11. Apelação e remessa oficial tida por interposta não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002684-25.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSPORTADORA TRANSLECCHI LTDA
Advogado do(a) APELADO: BRUNO TADEU RADTKE GONCALVES - SP329484-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002684-25.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSPORTADORA TRANSLECCHI LTDA
Advogado do(a) APELADO: BRUNO TADEU RADTKE GONCALVES - SP329484-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 100501320 e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 15/03/2017, a empresa TRANSPORTADORA TRANSLECCHI LTDA. ajuizou a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexistência da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, majorando-se o valor da causa para R\$ 3.213.975,37 (ID 100501285).

Contestação da União Federal (ID 100501305), com réplica do polo ativo (ID 100501311)

Sobreveio sentença que acolheu o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a parte autora restituir/compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 100501316).

Condenou a União ao reembolso das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, a serem fixados sobre o valor da condenação.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma da sentença, com fulcro nos artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta corte.

Peticiona a parte autora requerendo a compensação imediata dos valores tidos por incontroversos na presente ação judicial, a despeito do disposto no art. 170-A do CTN, mormente em razão do atual cenário econômico (ID 129880519).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002684-25.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANSLECCHI LTDA

Advogado do(a) APELADO: BRUNO TADEU RADTKE GONCALVES - SP329484-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS e ao ISS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescentar que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715236/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos. "

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, quando nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida igualmente a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em **15/03/2017**.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entretantes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Nesse sentido, tenho que a remessa oficial merece parcial provimento, uma vez que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido."

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Independentemente da gravidade da situação instalada ou da opinião deste magistrado sobre a necessidade de medidas regulatórias para amenizar os danos provocados pela pandemia, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de se malferir o ditame constitucional da separação dos poderes, criar políticas públicas e resolver a situação das empresas caso a caso conforme a necessidade, crise ou força maior, por mais grave que seja a situação do contribuinte; sendo legal e constitucional o comando normativo, deve ser obedecido.

Nesse sentido é a lição do saudoso Hely Lopes Meirelles:

"Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege" ("Direito Administrativo Brasileiro", Editora Revista dos Tribunais, 1991, São Paulo, SP, p. 601).

No caso, portanto, não há que se cogitar na possibilidade de compensação imediata dos valores tidos por incontroversos na presente ação judicial, sem observância do disposto no art. 170-A do CTN.

Diante da referida análise meritória, resta prejudicado o pleito de ID 129880519 formulado pela parte autora.

Quanto à comprovação do indébito, destaco que a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o *quantum debeatur*.

Por oportuno, confira-se entendimento recente externado pelo c. STJ:

"TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO INDEVIDO. AFERIÇÃO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO.

I - Na origem, a Line Seal Vedações Ltda ajuizou ação de repetição de indébito tributário, em face da União Federal, e o pedido foi julgado improcedente. Interposto recurso, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu por afastar o ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, mas, quanto à repetição de indébito, entendeu ser imprescindível a juntada das guias DARF para comprovar o recolhimento tributário indevido. No recurso especial, a contribuinte sustentou que, nas ações de repetição de indébito, exige-se apenas a comprovação da qualidade de contribuinte, cabendo à fase de liquidação de sentença a juntada de todos os comprovantes de pagamento.

II - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, sob o regime dos recursos repetitivos, pacificou o entendimento de que, havendo prova da condição de contribuinte, a ausência de juntada dos comprovantes de recolhimento não prejudica o reconhecimento do direito à repetição do indébito, sendo que essa comprovação deve ser efetuada em sede de liquidação, para fins de apuração do quantum debeat, na hipótese de procedência do pedido.

Precedentes citados: AgInt no AREsp 1283972/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/06/2018; AgRg no AREsp 34.537/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 08/11/2011; REsp 1111003/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 25/05/2009.

III - Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial." - g.m.

(AREsp 1442360/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019)

No presente feito, a comprovação da qualidade de contribuinte da autora se encontra nos documentos de ID 100501031/100501274 e ID 100501278/100501300.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários arbitrada na sentença, uma vez que fixada com razoabilidade, atentando-se às características deste feito.

Ante o exposto, julgo prejudicado o pleito da parte autora (ID 129880519), nego provimento à apelação da União e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO. PARÂMETROS.

1. Prejudicado o pleito de ID 129880519 formulado pela parte autora, em razão do julgamento de mérito da presente demanda.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
4. O valor retido em razão do ICMS/ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 15/03/2017.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN).
10. Quanto à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.111.003/PR, de relatoria do Ministro Humberto Martins, sob a sistemática do artigo 543-C do CPC/73, firmou o entendimento de que, em demanda voltada à repetição de indébito tributário, basta a comprovação da qualidade de contribuinte do autor, não sendo necessária a juntada de todos os demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, por ser possível a sua postergação para a fase de liquidação, momento em que deverá ser apurado o *quantum debeat*.
11. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em aludida jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
12. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, julgou prejudicado o pleito da parte autora (ID 129880519), nego provimento à apelação da União e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos

termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001786-12.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A, EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A, LAURA CARAVELLO BAGGIO DE CASTRO - RJ173295-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001786-12.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A, EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A, LAURA CARAVELLO BAGGIO DE CASTRO - RJ173295-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 2898831) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 08/03/2017, a empresa DIA BRASIL SOCIEDADE LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelos Ilustríssimos Senhores Delegados da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo/SP (DERAT) e da Delegacia da Receita Federal de Fiscalização em São Paulo/SP (DEFIS), objetivando, em suma, a exclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à recuperação/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 195.000,00. Coma inicial, foram acostados documentos.

Prestadas as informações pelas autoridades impetradas (ID 2898796 e ID 2898798).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância opinou pelo prosseguimento do feito (ID 2898803).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 2898806).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Opostos declaratórios (ID 2898813 e ID 2898822), foram acolhidos para declarar indevida a inclusão do ICMS e ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer à impetrante o direito de recuperar/compensar os valores indevidamente recolhidos a título de ICMS desde 01/01/2015 – início da vigência da Lei nº 12.973/14 - e de ISS desde março de 2012 – últimos cinco anos da data do ajuizamento desta ação (ID 2898816 e 2898825).

Não resignada, apela a União Federal, sustentando, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito, até a conclusão do julgamento do RE 574.706/PR. No mérito, sustenta a legitimidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 2898836).

O *Parquet* se manifestou pelo regular prosseguimento da demanda (ID 3252023).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001786-12.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DIA BRASIL SOCIEDADE LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: ANDREY BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP258428-A, FLAVIO BASILE - SP344217-A, EDUARDO MARTINELLI CARVALHO - SP183660-A, MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A, LAURA CARAVELLO BAGGIO DE CASTRO - RJ173295-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de suspensão do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação do art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJE-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

Quanto ao mérito, a controvérsia relativa à inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS das parcelas referentes ao ICMS e ao ISS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF 3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia esbanja qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houver de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE N° 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema n° 118; leading case: RE n° 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.
2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE n° 574.706/PR; Tema n° 69 da Repercussão Geral).
3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.
4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n° 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE n° 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei n° 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida igualmente a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, faz jus a impetrante à restituição/compensação, abrangendo eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos de ICMS desde 01/01/2015 – início da vigência da Lei nº 12.973/14 - e de ISS desde março de 2012 – últimos cinco anos da data do ajuizamento desta ação.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. "

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Prosseguindo na análise dos referidos critérios, tenho que a remessa oficial merece parcial provimento, uma vez que a compensação, caso seja a opção da impetrante, não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, in verbis:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

1 - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido. ”

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Reconheço, ainda, a possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, nos termos do quanto decidido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF (“o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”). Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. “O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que ‘o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado’. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996” (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial. ” - g.m.

(REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e *simôus* fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.

3. O valor retido em razão do ICMS/ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.

4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.

5. Reconhecido o direito à restituição/compensação, abrangendo eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos de ICMS desde 01/01/2015 – início da vigência da Lei nº 12.973/14 - e de ISS desde março de 2012 – últimos cinco anos da data do ajuizamento desta ação.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.

8. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

9. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000889-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRANSPORTADORA TRANS VARZEALTA - ME
Advogado do(a) APELADO: NELSON LACERDA DA SILVA - SP266740-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000889-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANS VARZEALTA - ME
Advogado do(a) APELADO: NELSON LACERDA DA SILVA - SP266740-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO.

- 1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.*
- 2. A sentença extrapolou os limites do pedido formulado na inicial e, a teor do disposto nos arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil, ocorrendo violação ao princípio da adstrição do decism aos limites do pedido, não se impõe o decreto de nulidade, mas deve ser restringida para adequar-se ao requerimento feito na petição inicial.*
- 3. O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral.*
- 4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente desta E. Terceira Turma.*
- 5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação da União.*
- 6. A impetrante foi intimada a trazer aos autos os comprovantes de recolhimento dos tributos que pretende a restituição, pois o C. STJ, no julgamento do Resp 1.111.164/BA, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, reconheceu a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.*
- 7. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.*
- 8. Nestes autos, pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, fato comprovado com os documentos juntados com a inicial.*
- 9. A compensação deverá ser realizada administrativamente nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, tendo em vista a data da impetração, conforme REsp 1.137.738/SP.*
- 10. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.*
- 11. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.*
- 12. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 13. Sentença reduzida de ofício aos limites do pedido; apelação e remessa oficial desprovidas.*

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecida e declarada a ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, bem como a inexistência de pedido específico atinente a qual critério de cálculo do ICMS a excluir. Postula, ainda, que a definição do referido critério seja postergada para a fase de liquidação ou cumprimento de sentença e que, superados esses pontos, defina-se que o ICMS a ser excluído é o efetivamente pago, recolhido.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000889-94.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANS VARZEA LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: NELSON LACERDADA SILVA - SP266740-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juizes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ: AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002070-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: SINTO BRASIL PRODUTOS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE CRUZ AZEVEDO - SP315367-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002070-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: SINTO BRASIL PRODUTOS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE CRUZ AZEVEDO - SP315367-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOBRESTAMENTO. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS e ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RE 574.706. INVIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.
2. A questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo que, por identidade de fundamentos, aplicável tal entendimento ao ISS, conforme entendimento desta E. 3ª Turma, bem como da Segunda Seção desta Corte.
3. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS e do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente.
4. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.
5. Pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, fato comprovado com os documentos juntados.
6. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.
7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.
8. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja declarada a suspensão do presente feito, considerando o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616/RS, que trata do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706/PR. Reitera, para fins de prequestionamento, os mesmos argumentos lançados na apelação, a fim de ver reconhecida a legitimidade da inclusão do ICMS e do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002070-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: SINTO BRASIL PRODUTOS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ HENRIQUE CRUZ AZEVEDO - SP315367-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Com efeito, o r. *decisum* consignou expressamente a impossibilidade de sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistiu determinação do STF nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que a embargante não buscou descaracterizar o raciocínio constante do v. acórdão, no sentido de que os fundamentos dispostos no RE 574.706/PR são plenamente extensíveis ao ISS, em razão da existência de identidade jurídica entre os tributos (ISS e ICMS).

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º, CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS E DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é *ope juris* e não *ope legis*, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

3. Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

4. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002561-27.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 07/10/2019, Intimação via sistema DATA: 09/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Quanto à suspensão do feito, não há como acatar o pedido nesta fase processual considerando que os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706 não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

2. No mérito, a embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

3. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a decidir pela impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS de da COFINS.

4. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004811-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 17/06/2019, Intimação via sistema DATA: 25/06/2019)

No mais, aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.
4. A embargante não buscou descaracterizar o raciocínio constante do v. acórdão, no sentido de que os fundamentos dispostos no RE 574.706/PR são plenamente extensíveis ao ISS, em razão da existência de identidade jurídica entre os tributos (ISS e ICMS).
5. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
6. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
7. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001118-98.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROSILDA DOS SANTOS SILVA
Advogado do(a) APELADO: JACQUELINE APARECIDA DE PAULA CORREA BARBOSA - SP343327-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027397-30.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SKINTEC COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MONICA SERGIO - SP151597-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intim-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração opostos pela União Federal, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000160-23.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LIMEIRA-COM DE ART ORTOPEDICOS E REPRESENTACOES LTDA
Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000160-23.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LIMEIRA-COM DE ART ORTOPEDICOS E REPRESENTACOES LTDA
Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO PREJUDICADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO.

- 1. Prejudicado o pedido de efeito suspensivo ante o julgamento do presente recurso.*
- 2. Apelação não conhecida na que tange à necessidade de trânsito em julgado para a realização de compensação, bem como a necessidade de vedação da compensação com contribuições previdenciárias, uma vez que a União não foi sucumbente neste ponto.*
- 3. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.*
- 4. A sentença extrapolou os limites do pedido formulado na inicial e, a teor do disposto nos arts. 141 e 492 do Código de Processo Civil, ocorrendo violação ao princípio da adstrição do decism aos limites do pedido, não se impõe o decreto de nulidade, mas deve ser restringida para adequar-se ao requerimento feito na petição inicial.*
- 5. Deve ser afastada a alegação de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, pois existe, quando menos, o justo receio da exigência, pela autoridade fiscal, de inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS, cuja legalidade e constitucionalidade devem ser objeto de exame nos limites devolvidos a esta Corte.*
- 6. O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral.*
- 7. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente desta E. Terceira Turma.*
- 8. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação da União.*
- 9. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.*
- 10. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.*
- 11. Nestes autos, pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que está sujeita ao recolhimento do PIS e da COFINS, fato comprovado com os documentos juntados.*
- 12. Não se há de falar em necessidade de comprovação do pagamento do ICMS pela empresa, uma vez que se pretende a compensação de montante pago a maior a título de PIS e COFINS.*
- 13. A análise e exigência da documentação pertinente necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS e a sua correta exclusão, cabe ao Fisco, no momento em que o contribuinte pleitear a sua compensação administrativa.*
- 14. A compensação deverá ser realizada administrativamente nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, tendo em vista a data da impetração, conforme REsp 1.137.738/SP.*
- 15. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 16. Sentença reduzida de ofício aos limites do pedido; apelação parcialmente conhecida e, nessa parte desprovida, assim como a remessa oficial.*

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecida e declarada a ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, bem como a inexistência de pedido específico atinente a qual critério de cálculo do ICMS a excluir. Postula, ainda, que a definição do referido critério seja postergada para a fase de liquidação ou cumprimento de sentença e que, superados esses pontos, defina-se que o ICMS a ser excluído é o efetivamente pago, recolhido.

Intimada, a embargada não se manifestou.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000160-23.2017.4.03.6143

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LIMEIRA-COM DE ARTORTOPEDICOS E REPRESENTACOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROGERIO CASSIUS BISCALDI - SP153343-A, ANGELO BUENO PASCHOINI - SP246618-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistem qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistem omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011026-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: LISETE BARBOSA ROSA
Advogado do(a) AGRAVANTE: AGDA LUCY BARBOSA ROSA - SP375016
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada para apresentar resposta aos Embargos de Declaração, nos termos do art. 1.023, §2, CPC.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013079-35.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDVALDO BOTELHO MUNIZ - SP81886-N
APELADO: TAM LINHAS AEREAS S/A.
Advogado do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013079-35.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDVALDO BOTELHO MUNIZ - SP81886-N
APELADO: TAM LINHAS AEREAS S/A.
Advogado do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por União Federal (Fazenda Nacional) em face de acórdão assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. PASSAGEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA EM LEI. MULTA. APLICAÇÃO DA PORTARIA Nº 236/92 AFASTADA.

1. *A empresa aérea foi condenada ao pagamento de 32 multas pelo Departamento de Polícia Federal por transportar passageiros estrangeiros sem a devida documentação, nos termos do artigo 125, V, da Lei nº 6815/80.*
2. *Pela análise da legislação de regência, forçoso reconhecer que a Portaria nº 236/92, ao estabelecer um novo valor, de 77,78904 UFIRs, para as penalidades previstas no artigo 125 da Lei 6815/80, extrapolou seus limites de atuação, violando o princípio da legalidade.*
3. *Precedentes do E. STJ.*
4. *Apelação e remessa oficial improvidas.”*

Alegou a embargante a existência de omissão eis que o julgador desconsiderou a Portaria 236/1992, do Ministério da Justiça, editada nos termos da legislação tributária (artigos 96 e 100 do CTN), aduzindo que não há qualquer eiva de legalidade ou inconstitucionalidade nas normas referidas.

Sustentou, ainda, que o artigo 10 da Lei nº 8218/91 elevou em 70% os valores relativos a penalidades, constantes da legislação em vigor, convertidos em cruzeiros, nos termos do artigo 21 da Lei nº 8178/91 e o disposto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 8383/91, que instituiu a Unidade Fiscal de Referência – UFIR, estabelecendo que os valores expressos em cruzeiros na legislação tributária ficaram convertidos em quantidade de UFIR, utilizando-se como divisor o valor de Cr\$ 215.6656, se relativos a multa e penalidades de qualquer natureza.

Pugna pelo acolhimento dos embargos declaratórios como feitos infringentes bem como para fins de prequestionamento. (ID 97130930)

Intimada, a empresa embargada apresentou resposta aos embargos (ID 129649655)

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0013079-35.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDVALDO BOTELHO MUNIZ - SP81886-N
APELADO: TAM LINHAS AEREAS S/A.
Advogado do(a) APELADO: PAULO RICARDO STIPSKY - SP174127-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não obstante o inconformismo da recorrente, inexistente a omissão apontada no acórdão embargado.

Conforme restou consignado no voto, o “Maior Valor de Referência”, adotado como critério legal para o cálculo da multa imposta, foi extinto a partir de 01/02/1991, com o advento da Lei nº 8.177/91. Posteriormente, a Lei nº 8178/91 determinou a conversão dos valores constantes na legislação em vigor expressos ou referenciados ao MRV ao valor de Cr\$ 2.266,17 e no mesmo ano este valor foi elevado em 70%, por força do artigo 10 da Lei nº 8218/91, sendo o novo valor de Cr\$ 3.852,789. Por fim, o inciso I do artigo 3º da Lei nº 8383/91 determinou a conversão dos valores expressos em cruzeiros em quantidade de UFIR por meio do cálculo 3.852,489 / 215,6656, resultando em 17,86325.

No caso em exame, para a aplicação da penalidade, a Polícia Federal baseou-se na Portaria nº 236/92, do Ministério da Justiça, que fixou o valor base da multa prevista no artigo 125 da Lei nº 6815/80, em 77,78904 UFIR, mas como já explicado, com o advento da Lei 8.177/91, o valor base correto passou a ser de 17,86325 UFIR, não podendo uma norma de hierarquia inferior, como é a Portaria 236/92, modificar as disposições contidas em lei.

Neste sentido, trago à colação julgado desta E. Corte citado no v. acórdão recorrido, in verbis:

“ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - TRANSPORTE DE PASSAGEIRO SEM A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA - MULTA - MVR - ATUALIZAÇÃO - CONVERSÃO EM UFIR'S - APLICAÇÃO DAS LEIS N. 8.177/91, 8.178/91, 8.218/91 E 8.383/91 ? INAPLICABILIDADE DA PORTARIA 236/92.

1. O transporte de passageiros sem a documentação exigida para ingresso no Brasil acarreta multa de dez MVR - Maior Valor de Referência, quintuplicado em caso de reincidência, nos termos dos arts. 125 e 126 da Lei n. 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro.

2. O cálculo do valor base da penalidade aplicada deve obedecer ao disposto nas Leis n. 8.177/91, 8.178/91, 8.218/91 e 8.383/91, que converteram o MVR em UFIR'S.

3. É pacífica e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que norma de hierarquia inferior (portaria) não tem o condão de modificar disposições contidas em lei (in casu, cálculo de atualização de MVR em UFIR'S) sem que haja expressa autorização legal. Inaplicabilidade da Portaria 236/92.

Assim, ao contrário do que alega a embargante, a matéria foi enfrentada no acórdão embargado não havendo omissão a ser sanada, ausentes os vícios listados no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO SEM A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA - MULTA - MVR - ATUALIZAÇÃO - CONVERSÃO EM UFIR'S - REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não obstante o inconformismo da recorrente, inexistente a omissão apontada no v. acórdão embargado.

2. No caso em exame, para a aplicação da penalidade, a Polícia Federal baseou-se na Portaria nº 236/92, do Ministério da Justiça, que fixou o valor base da multa prevista no artigo 125 da Lei nº 6815/80, em 77,78904 UFIR, mas como já explicado, como advento da Lei 8.177/91, o valor base correto passou a ser de 17,86325 UFIR, não podendo uma norma de hierarquia inferior, como é a Portaria 236/92, modificar as disposições contidas em lei.

3. No caso, ausentes os vícios listados no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009219-97.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SILAS MELO MORAES - MG98553
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009219-97.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SILAS MELO MORAES - MG98553
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão id 83382127, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CUMPRIMENTO DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL - INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR - NECESSIDADE - REDUÇÃO DA MULTA FIXADA NA SENTENÇA.

1. O artigo 11 da Lei nº 7.347/85, bem como o artigo 537 do CPC, facultam ao magistrado, no âmbito da ação visando o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a fixação de astreintes, "para o cumprimento do preceito".

2. A fixação de multa pelo eventual descumprimento de preceito judicial visa compelir o destinatário da decisão a sua satisfação de modo a não frustrá-la ou comprometer sua eficácia. Tem, portanto, finalidade preventiva. Daí porque, deve ser fixada quando do momento da prolação da decisão judicial, ou quando muito, se determinada em momento posterior à decisão, ainda, em tempo hábil a evitar seu descumprimento ou a reiteração da conduta que se pretende evitar. Por sua vez, na fixação do valor da multa diária exige-se cautela, afastando-se o risco do enriquecimento sem causa da parte favorecida. Precedentes.

3. A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Precedentes. Ressalta-se que esse não é o único caso em que a lei e a jurisprudência exigem a intimação pessoal da parte, "ex vi" do artigo 485, §1º, do CPC, que exige a intimação pessoal da parte antes da extinção do processo por desídia.

4. É incontroverso o fato de não ter havido intimação da agravante para o cumprimento da sentença. A majoração da multa tal como fixada pelo Juízo de origem não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A observação de tais princípios se mostra necessária tendo em vista o risco de se implementar o enriquecimento sem causa de uma das partes. Todavia, fixa-se o valor da multa diária em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como medida eficaz para cumprimento da obrigação contida no comando judicial de primeiro grau.

A embargante sustenta existir contradição entre a fundamentação e a conclusão do acórdão e omissão “quanto aos fundamentos para embasar a majoração da multa originalmente fixada pela sentença” e “quanto à pena imposta pela decisão agravada de perda da concessão em caso de três descumprimentos da obrigação”.

Afirma que “embora reconhecendo não ter havido descumprimento da sentença a ensejar pagamento de multa, a Turma Julgadora acabou por aumentar o valor estipulado originalmente na sentença para R\$50.000,00” e que “nesse contexto, o v. acórdão mostra-se contraditório porque a elevação da multa fixada originalmente na sentença somente se justificaria se restasse observado o descumprimento da obrigação de fazer nela implementada”. E conclui que “se o v. acórdão reconhece não ter havido descumprimento, a elevação do valor da multa, originalmente fixado em sentença, não se justifica seja pelo caráter de prevenção, seja pelo caráter de repressão”.

Em relação à primeira omissão apontada, a embargante destaca que “v. acórdão, apesar de ter reduzido a multa fixada pela decisão agravada (R\$1.000.000,00), não manteve o valor originalmente fixado em sentença (R\$2.500,00), tendo elevado a multa para R\$50.000,00”, sem, contudo, fundamentar “as razões que justificassem a majoração”. Defende que “o v. acórdão, ao reconhecer que a embargante não descumpriu a sentença, deveria trazer os elementos de ordem objetiva que justificassem a majoração da multa” e que “o valor da multa e da penalidade imposta devem conter vinculação com o valor pecuniário da obrigação de fazer ou não fazer”.

Por fim, a agravante alega omissão “quanto à pena imposta na decisão agravada de cancelamento da concessão em caso de três notícias de descumprimento da obrigação”. Aduz ter sustentado “não caber ao Juiz determinar a perda de concessão pública, como forma de coerção para o cumprimento de uma obrigação de fazer, porque a extinção do contrato administrativo obedece aos ditames do art. 35 da Lei 8987/95, no qual são estabelecidas as hipóteses específicas para rescisão, todas inclusive prevendo a indenização do concessionário”, bem como “a violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88), pois a decisão meritória para rescindir um contrato administrativo é de competência exclusiva do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário interferir em questões internas, próprias da administração pública”.

Intimado, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009219-97.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: EMPRESA GONTIJO DE TRANSPORTES LIMITADA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SILAS MELO MORAES - MG98553
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são recurso ordinário de devolução vinculada que têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional obscura, contraditória, omissa ou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, evitada de erro material.

Previsto no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração têm a seguinte redação:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Vê-se que os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material.

A prestação jurisdicional é omissa na hipótese de faltar manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa. Ela é obscura quando confusa ou incompreensível. Contraditória entre as próprias proposições e as conclusões do julgado e não entre a tese defendida e o julgado. E incorre em erro material quando apresenta equívocos materiais evidentes em relação ao que consta nos autos.

Os embargos de declaração não se prestam, portanto, a nova valoração jurídica do conteúdo probatório e dos fatos envolvidos no processo. Também não servem para rediscutir a causa ou para corrigir inconformismo das partes baseado em alegação de injustiça.

No mérito, a pretensão ora deduzida comporta parcial acolhimento, porém, sem efeito modificativo.

De fato, o acórdão embargado é omissis em relação ao pedido para afastar a pena imposta na decisão agravada de cancelamento da concessão em caso de três notícias de descumprimento da obrigação.

Importante consignar que, no ponto, a decisão agravada aplicou a referida medida com fulcro no artigo 139, IV, do CPC, que confere ao magistrado amplos poderes para determinar a realização das medidas necessárias à efetivação da decisão judicial, em evidente consagração do princípio da efetividade do processo.

As medidas atípicas coercitivas são aplicáveis de forma subsidiária às medidas tipificadas no CPC.

Nesta linha, observa-se que a decisão agravada determinou a aplicação da medida de cancelamento da concessão de forma subsidiária, apenas após a terceira notícia de descumprimento da decisão.

As medidas atípicas coercitivas são aplicáveis de forma subsidiária às medidas tipificadas no CPC. No caso não se aplicam, conforme apontado pelo Ministério Público Federal, as disposições prescritas no art. 35 da Lei 8.987/95, pois a medida determinada pela decisão agravada não se refere a alguma irregularidade administrativa e não substitui a Administração Pública, pois veicula “cominação punitiva, para impedir efetivamente a continuidade da atividade econômica da empresa, caso esta se reafirme como incapaz de respeitar o Poder Judiciário e a autoridade de suas decisões”.

Observados os termos do acórdão embargado no ponto em que determinou a prévia intimação da embargante para cumprimento da medida fixada, não se vislumbra razões suficientes para afastar a decisão agravada na parte em que impôs a pena de cancelamento da concessão em caso de três notícias de descumprimento da obrigação imposta.

No mais, a despeito das razões invocadas pela parte embargante, não se verifica no acórdão embargado qualquer contradição - entre seus fundamentos e sua conclusão - ou omissão - quanto às razões que justificassem a majoração da multa de R\$2.500,00 para R\$50.000,00 - passíveis de serem sanadas pela via estreita dos embargos declaratórios.

Conforme acima apontado, a contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. AGRAVO INTERNO. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES. I - Trata-se, na origem, de ação anulatória de ato administrativo com pedido de indenização por dano moral objetivando anular questões de prova de concurso público da Polícia Militar do Estado de Goiás para cargo de Soldado com o fito de atribuir nova nota e assim reclassificar o agravante no certame. Na sentença, julgou-se extinto o processo sem resolução do mérito por ausência do interesse de agir. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Nesta Corte, não se conheceu do agravo em recurso especial. II - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante vícios no acórdão embargado. Não há vício no acórdão. A matéria foi devidamente tratada com clareza e sem contradições. III - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão. IV - Se o recurso é inapto ao conhecimento, a falta de exame da matéria de fundo impossibilita a própria existência de omissão quanto a esta matéria. Nesse sentido: EDcl nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.337.262/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 21/3/2018, DJe 5/4/2018; EDcl no AgRg no AREsp n. 174.304/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018; EDcl no AgInt no REsp n. 1.487.963/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 7/11/2017. V - A contradição que vicia o julgado de nulidade é a interna, em que se constata uma inadequação lógica entre a fundamentação posta e a conclusão adotada, o que, a toda evidência, não retrata a hipótese dos autos. Nesse sentido: EDcl no AgInt no RMS n. 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; EDcl no REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/5/2017, DJe 2/6/2017. VI - Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1480319/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 24/04/2020) (grifos)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ART. 1.022 DO NCPC. CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Emendado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a contradição ou obscuridade remediáveis por embargos de declaração são aquelas internas ao julgado embargado, devido à desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão. Já a omissão consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito ventilado nas razões recursais. 3. Reconhecida contradição na decisão que julgou o primeiro agravo interno, os embargos de declaração devem ser acolhidos para corrigi-la, mantendo, no mais, os termos do acórdão embargado. 4. Os aclaratórios não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado que não conheceu do agravo interno. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1450410/RJ, Rel. Min. Mauro Ribeiro, Terceira Turma, DJe 01/04/2020) (grifos)

Nos pontos, o acórdão embargado assim decidiu:

O artigo 11 da Lei nº 7.347/85, bem como o artigo 537 do CPC, facultam ao magistrado, no âmbito da ação visando o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a fixação de astreintes, "para o cumprimento do preceito".

A fixação de multa pelo eventual descumprimento de preceito judicial visa compelir o destinatário da decisão a sua satisfação de modo a não frustrá-la ou comprometer sua eficácia. Tem, portanto, finalidade preventiva. Daí porque, deve ser fixada quando do momento da prolação da decisão judicial, ou quando muito, se determinada em momento posterior à decisão, ainda, em tempo hábil a evitar seu descumprimento ou a reiteração da conduta que se pretende evitar.

Por sua vez, na fixação do valor da multa diária exige-se cautela, afastando-se o risco do enriquecimento sem causa da parte favorecida.

(...)

Por sua vez, a majoração da multa tal como fixada pelo Juízo de origem não atendeu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A observação de tais princípios se mostra necessária tendo em vista o risco de se implementar o enriquecimento sem causa de uma das partes. Todavia, fixa-se o valor da multa diária em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como medida eficaz para cumprimento da obrigação contida no comando judicial de primeiro grau.

Não há que se falar, assim, em contradição ou omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão foi expresso em apontar os fundamentos à multa diária fixada, evidenciando a intenção da embargante de rediscutir a questão, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração opostos, conforme fundamentos supra.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO EM RELAÇÃO A PENA IMPOSTA NA DECISÃO AGRAVADA DE CANCELAMENTO DA CONCESSÃO EM CASO DE TRÊS NOTÍCIAS DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – CONTRADIÇÃO E OMISSÃO QUANTO À MULTA FIXADA – INEXISTÊNCIA – REDISSCUSSÃO DA QUESTÃO – DESCABIMENTO – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. Omissão quanto à pena imposta na decisão agravada de cancelamento da concessão em caso de três notícias de descumprimento da obrigação.
2. A decisão agravada aplicou a referida medida com fulcro no artigo 139, IV, do CPC, que confere ao magistrado amplos poderes para determinar a realização das medidas necessárias à efetivação da decisão judicial.
3. As medidas atípicas coercitivas são aplicáveis de forma subsidiária às medidas tipificadas no CPC.
4. As disposições prescritas no art. 35 da Lei 8.987/95 não se aplicam ao caso, pois a medida determinada pela decisão agravada não se refere a alguma irregularidade administrativa e não substitui a Administração Pública.
5. Inexiste qualquer contradição ou omissão em relação aos fundamentos à multa diária fixada.
6. A contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.
7. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009979-46.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: WAGNER CANHEDO AZEVEDO FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA FERREIRA DOS SANTOS - SP232503-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009979-46.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: WAGNER CANHEDO AZEVEDO FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA FERREIRA DOS SANTOS - SP232503-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos em face do acórdão id 90490687, cuja ementa restou assim lavrada:

AGRAVO INTERNO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA INDEFERIDO - TAXATIVIDADE DO ARTIGO 1.015 DO CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO.

- 1. O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.015, apresenta rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.*
- 2. Na atual sistemática processual a decisão impugnada pela agravante - indeferimento de produção de provas, não está sujeita à interposição do agravo de instrumento em virtude da taxatividade do rol do referido dispositivo legal.*
- 3. O C. STJ no Recurso Especial Repetitivo nº 1.696.396/MT (Tema 988) assentou o entendimento da taxatividade mitigada: a admissão do recurso de agravo de instrumento fica condicionada às questões de natureza urgente e de inutilidade da apreciação final, requisitos ausentes no presente recurso.*

A embargante sustenta existir contradição e omissão no acórdão embargado e que tem “a presente peça o escopo de prequestionar matéria de lei federal e constitucional, a qual restou **CONTRADITÓRIA/OMISSA**, conforme dispõe as Súmulas 211 do STJ e 282 c/c 356, ambas do Supremo Tribunal Federal”.

Defende incorrer o acórdão embargado “em **CONTRADIÇÃO** na medida em que, ao analisar o mérito das razões recursais, atribui como causa de decidir, as disposições expressas da legislação ordinária tributária, sem perquirir nos demais normas da legislação vigente que regem a matéria e abarcam o pedido do Embargante” e que “a decisão ora embargada causa insegurança jurídica, posto que as demais Turmas deste Tribunal acolhem a tese apresentada pelo Embargante”.

Sustenta que “a prolação do acórdão em seu modo fere o direito a ampla defesa e o contraditório (art. 373, § 1º, CPC), pois em sede de exceção de pré-executividade não poderia defender-se e, no momento em que a Lei nº 6830/80 permite a defesa, o nobre Relator nega o direito com afronta ao art. 3º do CPC”.

Por fim, sustenta que “a **jurisprudência trazida por Vossa Excelência não tem assentamento neste recurso** devido à modulação dos efeitos aplicados pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, Vossa Excelência indica que há possibilidade de acolher o agravo de instrumento diante do julgado que permite a “**taxatividade mitigada**” ao pedido contido neste recurso. Mas, a permissiva subsiste não pela taxatividade mitigada, mas, sim, pelas disposições do parágrafo único do art. 1.015 do CPC que, a despeito de estar listada na decisão, Vossa Excelência foi **OMISSO** em apreciar a permissiva da norma processual”.

Intimada, a União Federal manifestou-se pelo desprovimento dos embargos de declaração.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009979-46.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: WAGNER CANHEDO AZEVEDO FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIELA FERREIRA DOS SANTOS - SP232503-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos de declaração são recurso ordinário de devolução vinculada que têm por objetivo o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional obscura, contraditória, omissa ou, a partir do Código de Processo Civil de 2015, evitada de erro material.

Previsto no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração têm a seguinte redação:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

1 - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Vê-se que os embargos de declaração são cabíveis tão-somente para suprir omissão, esclarecer a decisão obscura ou eliminar contradição presente na fundamentação ou corrigir o erro material.

A prestação jurisdicional é omissa na hipótese de faltar manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito levantado pelas partes ou se decidiu, mas a sua exposição não é completa. Ela é obscura quando confusa ou incompreensível. Contraditória entre as próprias proposições e as conclusões do julgado e não entre a tese defendida e o julgado. E incorre em erro material quando apresenta equívocos materiais evidentes em relação ao que consta nos autos.

Os embargos de declaração não se prestam, portanto, a nova valoração jurídica do conteúdo probatório e dos fatos envolvidos no processo. Também não servem para rediscutir a causa ou para corrigir inconformismo das partes baseado em alegação de injustiça.

No mérito, a pretensão ora deduzida não comporta acolhimento.

A despeito das razões invocadas pela parte embargante, não se verifica no acórdão embargado qualquer contradição ou omissão passíveis de serem sanadas pela via estreita dos embargos declaratórios.

Conforme acima apontado, a contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. AGRAVO INTERNO. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO. INEXISTENTES. I - Trata-se, na origem, de ação anulatória de ato administrativo com pedido de indenização por dano moral objetivando anular questões de prova de concurso público da Polícia Militar do Estado de Goiás para cargo de Soldado com o fito de atribuir nova nota e assim reclassificar o agravante no certame. Na sentença, julgou-se extinto o processo sem resolução do mérito por ausência do interesse de agir. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Nesta Corte, não se conheceu do agravo em recurso especial. II - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante vícios no acórdão embargado. Não há vício no acórdão. A matéria foi devidamente tratada com clareza e sem contradições. III - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão. IV - Se o recurso é inapto ao conhecimento, a falta de exame da matéria de fundo impossibilita a própria existência de omissão quanto a esta matéria. Nesse sentido: EDcl nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp n. 1.337.262/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 21/3/2018, DJe 5/4/2018; EDcl no AgRg no AREsp n. 174.304/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 10/4/2018, DJe 23/4/2018; EDcl no AgInt no REsp n. 1.487.963/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 7/11/2017. V - A contradição que vicia o julgado de nulidade é a interna, em que se constata uma inadequação lógica entre a fundamentação posta e a conclusão adotada, o que, a toda evidência, não retrata a hipótese dos autos. Nesse sentido: EDcl no AgInt no RMS n. 51.806/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 16/5/2017, DJe 22/5/2017; EDcl no REsp n. 1.532.943/MT, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 8/5/2017, DJe 2/6/2017. VI - Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1480319/GO, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 24/04/2020) (grifos)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A EGIDE DO NCPC. ART. 1.022 DO NCPC. CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a contradição ou obscuridade remediáveis por embargos de declaração são aquelas internas ao julgado embargado, devido à desarmonia entre a fundamentação e as conclusões da própria decisão. Já a omissão consiste na falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito ventilado nas razões recursais. 3. Reconhecida contradição na decisão que julgou o primeiro agravo interno, os embargos de declaração devem ser acolhidos para corrigi-la, mantendo, no mais, os termos do acórdão embargado. 4. Os aclaratórios não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado que não conheceu do agravo interno. 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (STJ, EDcl no AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 1450410/RJ, Rel. Min. Mauro Ribeiro, Terceira Turma, DJe 01/04/2020) (grifos)

O acórdão embargado assim decidiu acerca da taxatividade do artigo 1.015 do Código de Processo Civil:

"Temos, pois, que na atual sistemática processual a decisão impugnada pela agravante - indeferimento de produção de provas -, não está sujeita à interposição do agravo de instrumento em virtude da taxatividade do rol do referido dispositivo legal.

Nesse sentido, destaca precedentes deste Tribunal:

(...)

Destaco, outrossim, que o presente entendimento amolda-se ao decidido Tema de Recursos Repetitivos n.º 988 do C. Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o indeferimento do pedido de produção de provas não gera "urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

Não há que se falar, assim, em contradição ou omissão no provimento jurisdicional atacado, na medida em que o acórdão foi expresso em apontar que o indeferimento de produção de provas não está sujeita à interposição do agravo de instrumento, evidenciando a intenção da parte embargante de rediscutir o mérito de suas razões recursais veiculadas no recurso não conhecido, não sendo os embargos de declaração meio processual adequado para tanto.

Por fim, o parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC, dispõe que "também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário", ao passo que a r. decisão agravada foi tirada de embargos à execução fiscal.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração opostos.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CONTRADIÇÃO E OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – REDISSCUSSÃO DA QUESTÃO – DESCABIMENTO – EMBARGOS REJEITADOS

1. Inexiste qualquer contradição ou omissão em relação aos fundamentos do acórdão embargado, que foi expresso em apontar que o indeferimento de produção de provas não está sujeita à interposição do agravo de instrumento, diante da taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC.

2. O parágrafo único, do artigo 1.015, do CPC, dispõe que "também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário", ao passo que a r. decisão agravada foi tirada de embargos à execução fiscal.
3. A contradição autorizadora da oposição dos embargos declaratórios é aquela existente entre as proposições e as conclusões do próprio julgado e não entre a tese defendida e o julgado.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044879-63.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044879-63.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pelo MUNICÍPIO DE PERUIBE, alegando que a base de cálculo para fixação da cobrança da taxa de licença para localização e funcionamento da agência de correios situada no município de Peruipe leva em conta a localização daquele estabelecimento, situada em região nobre e central da cidade, bem como do acesso ao público. A partir do momento em que se verifica o afluxo público, impõe-se a atuação fiscalizadora do Município, com vistas a assegurar as boas condições de higiene, de segurança da edificação, da ordem e do sossego público, do respeito aos direitos de vizinhança, e a disciplina do zoneamento urbano, fatores que em conjunto garantem a qualidade de vida dos cidadãos, de modo que devida a cobrança da referida taxa.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - TAXA DE LICENÇA PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT - MUNICÍPIO DE PERUIBE - LEI MUNICIPAL N. 692/77 - BASE DE CÁLCULO UTILIZADA - ILEGÍTIMA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. No que se refere aos critérios de legalidade, competência e exigibilidade da taxa de licença para localização e funcionamento, pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido da legitimidade e constitucionalidade da exigência. 2. A ECT questiona a ilegalidade da base de cálculo na cobrança da taxa de licença para localização e funcionamento nos moldes da Lei nº 692/77 do Município de Peruipe que considera, para efeito de cálculo, o número de empregados do contribuinte e a natureza da atividade do estabelecimento, o que é vedado, sendo de rigor a reforma da sentença neste tópico. 3. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido da impossibilidade da utilização do número de empregados ou o ramo da atividade como critério válido para a fixação da base de cálculo de taxas municipais, tendo em vista a natureza de contraprestação dessa espécie tributária. 4. Mantidos os honorários a cargo das partes em relação aos seus respectivos procuradores, em decorrência da sucumbência recíproca, a teor do disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época em que proferida a sentença

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044879-63.2014.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELANTE: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELANTE: MAURY IZIDORO - SP135372-A
APELADO: MUNICÍPIO DE PERUIBE, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
Advogado do(a) APELADO: ANGELA CRISTINA MARINHO PUORRO - SP66706
Advogado do(a) APELADO: MAURY IZIDORO - SP135372-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

No ponto, a questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor *in verbis*: “Como observado pela sentença, verifica-se que o Código Tributário Nacional de Peruíbe (Lei 692/77) prevê como critérios para formação do valor da taxa o número de empregados atividade do estabelecimento; sendo, portanto inexistível nos moldes em que cobrada. ... Impende assinalar ter o Supremo Tribunal Federal decidido no sentido da impossibilidade da utilização do número de empregados ou o ramo da atividade como critério válido para a fixação da base de cálculo de taxas municipais, tendo em vista a natureza de contraprestação dessa espécie tributária.”.

Por fim, é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. A questão impugnada foi devidamente analisada no voto condutor *in verbis*: “Como observado pela sentença, verifica-se que o Código Tributário Nacional de Peruíbe (Lei 692/77) prevê como critérios para formação do valor da taxa o número de empregados atividade do estabelecimento; sendo, portanto inexistível nos moldes em que cobrada. ... Impende assinalar ter o Supremo Tribunal Federal decidido no sentido da impossibilidade da utilização do número de empregados ou o ramo da atividade como critério válido para a fixação da base de cálculo de taxas municipais, tendo em vista a natureza de contraprestação dessa espécie tributária.”.
3. Ausentes os vícios do artigo 1.022 do CPC.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000570-50.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: PINHA COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ABDON MEIRA NETO - SP302579-A, FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ALEX PESSANHA

PANCHAUD - RJ177518-S, BRUNA SARTORELLI - SP379621-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000570-50.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: PINHA COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ABDON MEIRA NETO - SP302579-A, FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ALEX PESSANHA

PANCHAUD - RJ177518-S, BRUNA SARTORELLI - SP379621-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de v. acórdão assimementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RE 574.706. INVIABILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Prejudicado o pedido de efeito suspensivo ante o julgamento do recurso.

2. Considerando o entendimento desta E. 3ª Turma, bem como a tendência do C. STJ em aplicar ao ISS a mesma decisão proferida no RE 574.706/PR, retifico meu voto anterior e, com a ressalva do meu entendimento, dou provimento à apelação.

3. A questão não carece de maiores debates, haja vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, sendo que, por identidade de fundamentos, aplicável tal entendimento ao ISS, conforme entendimento desta E. 3ª Turma, bem como da Segunda Seção desta Corte.

4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14 não têm o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (neste caso o ISS) e, portanto, as contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário.

6. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinquenal.

7. A compensação deverá ser realizada administrativamente nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

8. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

9. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

10. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

11. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

12. Apelação provida.

A União Federal, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja declarada a suspensão do presente feito, considerando o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616/RS, que trata do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706/PR. Reitera, ainda, os mesmos argumentos lançados na apelação, a fim de ver reconhecida a legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000570-50.2017.4.03.6121

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: PINHA COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL CARVALHO ZAMPIERI - SP350756-A, ABDON MEIRA NETO - SP302579-A, FERNANDO AUGUSTO NOGUEIRA - SP369704-A, ALEX PESSANHA

PANCHAUD - RJ177518-S, BRUNA SARTORELLI - SP379621-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante informada como resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistente qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Com efeito, o r. *decisum* consignou expressamente a impossibilidade de sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

Ressalte-se, ainda, que o raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente dos consectários lógicos da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.

Por oportuno, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROSEGUIMENTO NA TRAMITAÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.035, § 5º. CPC. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISSQN NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. Cabe ao relator do processo submetido à repercussão geral determinar a suspensão dos feitos em trâmite nas instâncias inferiores, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil. Ainda, não fora determinada a suspensão nacional dos processos que tratam da inclusão do ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo certo que o efeito suspensivo delimitado no atual Código de Processo Civil é ope juris e não ope legis, razão pela qual, enquanto o relator do recurso extraordinário repetitivo não determinar tal efeito, este não subsiste.

2. O acórdão não se baseou unicamente na decisão do RE nº 574.706/PR, por outro lado, o entendimento firmado se dá pela evolução jurisprudencial acerca do tema pelos Tribunais pátrios e pelo quanto já decidido reiteradamente nessa E. Terceira Turma, sendo certo que a ausência de trânsito em julgado daquele paradigma não interfere na decisão proferida nesses autos.

3. Quanto à alegada omissão em relação a não manifestação expressa acerca do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, melhor sorte não acompanha a embargante, pois resta hialino que fora reconhecido que o ICMS não detém a natureza jurídica de receita da sociedade empresária, razão pela qual é impossível a incidência do PIS e da COFINS sobre tal parcela.

4. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000409-76.2017.4.03.6109, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 28/01/2020, Intimação via sistema DATA: 30/01/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Quanto à suspensão do feito, não há como acatar o pedido nesta fase processual considerando que os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706 não são dotados de efeito suspensivo. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. Destaca-se que no âmbito do próprio STF vem sendo dada eficácia ao desfecho do RE nº 574.706/PR independentemente do trânsito em julgado dessa decisão.

2. No mérito, a embargante, busca, nitidamente, com a oposição dos embargos de declaração, a alteração do mérito da decisão.

3. No caso concreto, constam no acórdão embargado, explicitamente, as razões que conduziram o julgador a decidir pela impossibilidade de inclusão do ISS na base de cálculo do PIS de da COFINS.

4. É a decisão, portanto, clara, tendo-se nela apreciado e decidido todas as matérias em relação às quais estava o julgador obrigado a pronunciar-se segundo seu convencimento.

5. Embargos de Declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5004811-96.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 17/06/2019, Intimação via sistema DATA: 25/06/2019)

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscuir o mérito.

3. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

4. O raciocínio constante do v. acórdão derivou não somente dos consectários lógicos da aplicação do entendimento que emana do RE 574.706/PR, mas de fundamentação jurídica robusta e da jurisprudência sedimentada deste órgão colegiado.

5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003510-51.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE IMPORTE DIST DE IMPLANTES
Advogado do(a) APELADO: HELLAISIS GOTTSCHESKY - SP369815-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003510-51.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE IMPORTE DIST DE IMPLANTES
Advogado do(a) APELADO: HELLAISIS GOTTSCHESKY - SP369815-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE IMPLANTES em face de v. acórdão que, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Apelação parcialmente conhecida por ausência de interesse recursal, no que tange à necessidade de trânsito em julgado da decisão para a realização de compensação, uma vez que a União não foi sucumbente neste ponto
2. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.
3. O e. STF julgou o RE nº 574.706/PR, que trata do tema relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral.
4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente desta E. Terceira Turma.
5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação da União.
6. Em 11/03/2019 foi publicado acórdão delimitando o alcance da tese firmada no Tema repetitivo nº. 118/STJ.
7. Nestes autos, pleiteia a impetrante somente a declaração do direito à compensação, sendo suficiente, portanto, a demonstração da condição de credora tributária, ou seja, de que seus associados estão sujeitos ao recolhimento do PIS e da COFINS.
8. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei 10.637/02, conforme REsp 1.137.738/SP.
9. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.
10. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.
11. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003510-51.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASSOCIACAO BRASILEIRA DE IMPORTE DIST DE IMPLANTES
Advogado do(a) APELADO: HELLAISIS GOTTSCHESKY - SP369815-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistem quaisquer vícios a serem sanados, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).
2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.
3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

O magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nemo ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma vez, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002209-69.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PORSCHE BRASIL IMPORTADORA DE VEICULOS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE - SP174081-A, BRUNA REGULY SEHN - SP381483-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002209-69.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PORSCHE BRASIL IMPORTADORA DE VEICULOS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE - SP174081-A, BRUNA REGULY SEHN - SP381483-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos de declaração opostos por PORSCHE BRASIL IMPORTADORA DE VEÍCULOS LTDA. em face de v. acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

- 1. Não se conhece da apelação no que tange aos aspectos da compensação (necessidade de trânsito em julgado, observância da legislação de regência e correção pela SELIC), uma vez que a União não foi sucumbente neste ponto.*
- 2. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.*
- 3. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.*
- 4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.*
- 5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovimento da apelação.*
- 6. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário, observados os critérios estabelecidos em sentença, os quais estão de acordo com a jurisprudência desta Corte, bem como do C. STJ.*
- 7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.*
- 8. Apelação parcialmente conhecida e, nessa parte desprovida, assim como a remessa oficial.*

A embargante, por meio dos declaratórios, alega a existência de omissão no v. acórdão, requerendo seja esclarecido e declarado qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimada, a embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002209-69.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PORSCHE BRASIL IMPORTADORA DE VEICULOS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO DE ALBUQUERQUE PARENTE - SP174081-A, BRUNA REGULY SEHN - SP381483-A, SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. **No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.**

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. **A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.** Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

O magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nemo ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, uma vez, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001300-18.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL DE ALIMENTOS FAMA CA EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LUIZ PAVESIO JUNIOR - SP136478-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001300-18.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL DE ALIMENTOS FAMA CA EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LUIZ PAVESIO JUNIOR - SP136478-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL para o fim de serem-lhes atribuídos efeitos infringentes, excluindo-se do r. acórdão embargado a referência a qualquer critério de cálculo concenente ao ICMS dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS, definição que deve ser relegada para a fase de liquidação ou cumprimento da sentença.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICABILIDADE DO RE 574.706/PR. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. O sobrestamento pleiteado pela União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

2. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

3. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

4. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação.

5. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 574.706/PR.

6. Não é cabível a rediscussão dos termos do acórdão paradigma, devendo os órgãos colegiados decidir as questões pendentes com base na tese firmada pelos Tribunais Superiores, nos termos do artigo 927, III e 1.039, ambos do Código de Processo Civil.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a compensação dos valores recolhidos indevidamente, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário.

8. A compensação deverá observar o regime jurídico vigente à época da propositura da ação, conforme REsp 1.137.738/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos.

9. Sendo assim, a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o mandado de segurança foi impetrado em 20/06/2017 (ID 48650366).

10. Os demais parâmetros impostos em sentença estão de acordo com o entendimento desta Corte, bem como do C. STJ.

11. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

12. Apelação desprovida e remessa oficial parcialmente provida.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001300-18.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL DE ALIMENTOS FAMA CA EIRELI
Advogado do(a) APELADO: LUIZ PAVESIO JUNIOR - SP136478-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldo na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máximo diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das devidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão "para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade."

6. Embargos de declaração rejeitados." - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.

2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.

3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.

5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002190-30.2017.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MAITAN LTDA

Advogados do(a) INTERESSADO: ROMULO ROMANO SALLES - BA25182-S, NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002190-30.2017.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

INTERESSADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MAITAN LTDA

Advogados do(a) INTERESSADO: ROMULO ROMANO SALLES - BA25182-S, NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se embargos de declaração opostos pela UNIÃO FEDERAL buscando efeito infringente ao julgado para que, com relação à parte que consignou que o ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal, o r. *decisum* mereça ser anulado.

O v. acórdão impugnado deu-se nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO SUBMETIDO DE OFÍCIO. SOBRESTAMENTO. INVIABILIDADE. PIS. COFINS. INCLUSÃO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

1. Reexame necessário submetido de ofício por força da disposição contida no art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/09.

2. O pleito de suspensão da União Federal não possui amparo no microsistema processual de precedentes obrigatórios, pois, nos termos do artigo 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator, no e. Supremo Tribunal Federal, a determinação para que os processos nas instâncias inferiores sejam sobrestados e não há notícia de que tal suspensão fora determinada.

3. A jurisprudência do STF reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou receita bruta.

4. As alterações posteriores perpetradas pela Lei nº 12.973/14, não tem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, conforme entendimento sedimentado do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. Precedente.

5. Consagrado o entendimento de que a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, a qual é obrigada a repassá-los ao Estado-membro, de rigor o desprovemento da apelação.

6. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado da nota fiscal e não o efetivamente pago, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes desta Corte.

7. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito do autor a restituição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação, uma vez que está comprovada a sua condição de credor tributário com a juntada de guias DARF.

8. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

9. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

10. Tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional (REsp nº 1.164.452/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).

11. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

12. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência.

13. Apelação e remessa oficial tida por interposta desprovidas.

É o relatório.

INTERESSADO: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MAITAN LTDA
Advogados do(a) INTERESSADO: ROMULO ROMANO SALLES - BA25182-S, NELSON WILIANSON FRATONI RODRIGUES - SP128341-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissos, contraditórios ou obscuros, bem como para sanar eventual erro material no acórdão, o que não ocorre na espécie.

Na hipótese dos autos, a embargante inconformada com o resultado do julgado busca, com a oposição destes embargos declaratórios, ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese.

Todavia, impossível converter os embargos declaratórios em recurso com efeitos infringentes sem a demonstração das hipóteses descritas na lei processual.

Analisando o v. acórdão embargado inexistiu qualquer vício a ser sanado, o tema levantado foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali esposadas, com o devido respaldo jurisprudencial colacionado.

Ressalte-se que a questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada, encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS.

1. O STF pacificou a controvérsia objeto de discussão nestes autos, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

2. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral (e/ou na sistemática dos recursos repetitivos), impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

3. A jurisprudência do STJ, tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

4. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

5. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

6. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

7. Acréscimo do percentual de 1% (um por cento) ao importe fixado a título de verba honorária, em atenção ao artigo 85, § 11, do CPC/2015.

8. Apelação da União não provida.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009734-68.2018.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 03/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS DO ARTIGO 1.022 CPC/2015. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE Nº 574.706/PR. VINCULAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil vigente, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado. O caráter infringente dos embargos somente é admitido a título excepcional, quando a eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

2. A e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no julgamento do RE nº 574.706/PR, consignou que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. Como o presente julgamento se vincula ao que foi decidido sobre o tema pelo C. STF, deve-se assentar que, relativamente à questão do valor a ser efetivamente excluído a título de ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese que foi acolhida pelo STF é a supra exposta.

3. O v. aresto embargado tratou de forma suficientemente clara a matéria suscitada nos presentes embargos de declaração.

4. O escopo de questionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5. O artigo 1.025 do novo Código de Processo Civil bem esclarece que os elementos suscitados pelo embargante serão considerados incluídos no acórdão “para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

6. Embargos de declaração rejeitados.” - g.m.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000015-05.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistiu omissão a ser sanada no v. acórdão embargado, nem alegada *reformatio in pejus*.

A questão, portanto, foi decidida em sentido diverso ao pretendido pela embargante, porém é cediço que o magistrado não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu, de modo que os declaratórios devem ser rejeitados.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresente obscuridade, contradição ou omissão.
2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito.
3. A questão relativa a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS foi devidamente analisada encontrando o entendimento adotado respaldado na jurisprudência do E. STF no RE nº 574.706, segundo o qual, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.
4. Aplicado o entendimento constante do paradigma julgado sob a sistemática da repercussão geral e seus consectários lógicos, inexistente omissão a ser sanada no v. acórdão embargado.
5. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023309-47.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: PAULO SERGIO TAVARES FERNANDES
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023309-47.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: PAULO SERGIO TAVARES FERNANDES
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que rejeitou exceção de pré-executividade, na qual se alegou prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal.

Nas razões recursais, narrou o agravante PAULO SÉRGIO TAVARES FERNANDES que após várias tentativas de citação, a executada principal (Platon Indústria e Comércio Ltda.) compareceu aos autos no dia 16/02/2004 (fls. 41/42 da Execução Fiscal). E que, posteriormente, sobreveio informação de suposta dissolução irregular da sociedade empresária, ensejando o redirecionamento do executivo.

Alegou a ocorrência da prescrição intercorrente, eis que se passaram mais de 5 (cinco) anos entre a citação da empresa executada e a citação dos sócios administradores.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a reforma da decisão recorrida, coma condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios.

A agravada apresentou resposta (ID 3201981).

Indeferiu-se a atribuição de efeito suspensivo ao agravo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5023309-47.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: PAULO SERGIO TAVARES FERNANDES
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Discute-se a contagem da prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal.

A matéria em análise foi afetada pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo de controvérsia no **Recurso Especial nº 1.201.993/SP (Tema nº 444)**, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual ficou definido que "... (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional."

Observa-se que o e. STJ adotou a tese da *actio nata*, considerando o início do lustru prescricional a partir da citação do devedor principal ou do ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário, o que for posterior, sendo sempre necessária a demonstração da inércia da Fazenda Pública.

No caso dos autos, temos que: (i) não localizada a empresa executada para a citação, pelo Oficial de Justiça, em 24/4/2002 (Id 1451839 – fl. 19); a exequente forneceu novo endereço (Id 1451839 – fl. 33); a empresa executada compareceu aos autos em 16/2/2004, indicando novo endereço (Id 1451839 – fl. 41); o **Oficial de Justiça não localizou a empresa no endereço fornecido pela exequente, tampouco no endereço fornecido pela executada, em 26/9/2005** (Id 1451843 – fl. 83); a exequente requereu a inclusão de sócios, entre eles o ora agravante, em 21/8/2006 (Id 1451843 – fl. 94); o que foi deferido em 27/11/2007 (Id 1451843 – fl. 104), sendo o **recorrente citado em 3/3/2009** (Id 1451843 – fl. 112).

Conclui-se, portanto, que não transcorrido o lustru prescricional entre a não localização da empresa (26/9/2005), que caracteriza a dissolução irregular da pessoa jurídica, e a citação do agravante (3/3/2009).

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO – RECURSO REPETITIVO – TEMA 444 – DISSOLUÇÃO IRREGULAR – CITAÇÃO DO COEXECUTADO – RECURSO IMPROVIDO. DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O REDIRECIONAMENTO. TEMA 444 DO STJ. NEGADO PROVIMENTO.

1. Discute-se a contagem da prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal.

2. A matéria em análise foi afetada pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo de controvérsia no **Recurso Especial nº 1.201.993/SP (Tema nº 444)**, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual ficou definido que "... (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional."

3. Observa-se que o e. STJ adotou a tese da *actio nata*, considerando o início do lustru prescricional a partir da citação do devedor principal ou do ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário, o que for posterior, sendo sempre necessária a demonstração da inércia da Fazenda Pública.

4. No caso, não transcorrido o lustru prescricional entre a não localização da empresa (26/9/2005), que caracteriza a dissolução irregular da pessoa jurídica, e a citação do agravante (3/3/2009).

5. Negado provimento ao agravo de instrumento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001399-02.2019.4.03.6108
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA DE PLASTICOS BARIRI LTDA
Advogado do(a) APELADO: IRINEU MINZON FILHO - SP91627-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001399-02.2019.4.03.6108
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA DE PLASTICOS BARIRI LTDA
Advogado do(a) APELADO: IRINEU MINZON FILHO - SP91627-A

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 123092629) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 12/06/2019, a empresa INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS BARIRI LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Bauru/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Com a inicial, acostou documentos. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 123092613).

O órgão do Ministério Público Federal protestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 123092616).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando “a inconstitucionalidade das normas dos artigos 2º e 3º da Lei 9718/98, artigo 1º da Lei 10.637/2002 e artigo 1º da Lei 10.833/2003, na parte em que impossibilitam a exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, considerando que o tributo estadual em questão não se constitui faturamento ou receita, destoando do disposto no artigo 195, inciso I, alínea b, da Constituição Federal, e, por consequência, pronunciar a inexigibilidade das referidas contribuições (PIS e COFINS), no que pertine ao objeto deste Writ (não incidência sobre o ICMS), além de determinar que a Autoridade Impetrada não se abstenha de expedir eventual de Certidão de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, ficando vedada, também, a inscrição dos tributos declarados inconstitucionais nos cadastros de inadimplentes (CADIN e outros)”. Reconheceu, ainda, o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 123092616).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas pela União, que é isenta.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 123092784).

O *Parquet* deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 128046070).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001399-02.2019.4.03.6108
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA DE PLASTICOS BARIRI LTDA
Advogado do(a) APELADO: IRINEU MINZON FILHO - SP91627-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento.” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que “não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS”. Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.
2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).
3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.
4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.
6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.
7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.
8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.
9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).
10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a “posição de credor tributário”, nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).
11. Apelação da Impetrante provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.
2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores na caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.
4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.
5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.
6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.
7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.
8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos.”

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.” Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas aquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **12/06/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser obedecido o **regimento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

- (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
- (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 12/06/2019.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001819-50.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: POLAR FIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) APELADO: VAGNER MENDES MENEZES - SP140684-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001819-50.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 89952942) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 05/04/2019, a empresa POLAR FIX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA, impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Santo André/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 8.357.301,08. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 89952752).

O órgão do Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 89952754).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 89952761).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Opostos declaratórios (ID 89952774), foram acolhidos para determinar que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal (ID 89952776).

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 89952960).

O *Parquet* protestou pelo regular prosseguimento do feito (ID 107284848).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001819-50.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: POLAR FIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) APELADO: VAGNER MENDES MENEZES - SP140684-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 855.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores na caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta, inclusive, o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de apelação, para "readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS", dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PE é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **05/04/2019** e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em tal jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedeido o regime contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN e/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 05/04/2019.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
8. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005240-63.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FASIL PROMOCOES E EVENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: ALDREIA MARTINS - SP172273-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005240-63.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal de ID 94847129 em face do *decisum* que julgou o feito precedente.

No dia 06/03/2018, as empresas FASIL PROMOÇÕES E EVENTOS LTDA. e filiais impetraram o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Delegacia Especial da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 569.242,58. Com a inicial, foram acostados documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 94847121).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância se manifestou pelo regular prosseguimento da demanda (ID 94847123).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/restituir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 94847124).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 94847983).

O *Parquet* opina pelo prosseguimento do feito (ID 125528847).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005240-63.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FASIL PROMOCOES E EVENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: ALDREIA MARTINS - SP172273-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei n.º 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

Quanto ao mérito, questiona-se a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ISS.

Pois bem, necessário se faz, antes de adentrar na controvérsia supramencionada, examinar a discussão acerca dos aspectos legais e constitucionais do acréscimo do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescentar que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715236/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido. "

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, quando se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, quando nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País.

2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade comercial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, faz jus a impetrante à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em **06/03/2018**.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Ainda quanto à análise dos referidos critérios, tenho que a remessa oficial tida por interposta merece parcial provimento, uma vez que a compensação, caso seja a opção da impetrante, não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvinimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido."

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Reconheço, ainda, a possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, nos termos do quanto decidido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF ("o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança"). Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. "O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que 'o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado'. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos arts. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996" (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial." - g.m.

(REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a inclusão do ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, tendo a impetrante postulado o direito de repetir os valores pagos indevidamente a esse título, “mediante compensação ou restituição” (ID 9487104).

A sentença recorrida concedeu a segurança, reconhecendo o direito da impetrante à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O termo “restituir” empregado no dispositivo não foi qualificado, isto é, não restou expresso se tal restituição se dará administrativamente ou na via judicial, mediante expedição por precatório.

A restituição administrativa, em espécie, mostra-se reservada às situações em que o pagamento indevido ou a maior do que o devido se encontra amparado em decisão emanada da própria administração tributária.

No caso em exame, o indébito tributário não resulta de pedido formulado em âmbito administrativo, hipótese em que seria possível a restituição na via administrativa.

Tratando-se de indébito reconhecido por decisão judicial, o direito de crédito respectivo só pode ser satisfeito mediante compensação, a ser operada na via administrativa, ou restituição, a ser efetivada em âmbito judicial, mediante expedição de precatório.

Não é admitido que o contribuinte solicite a restituição no âmbito administrativo, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional regula os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, que deverá ser efetuada exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

O entendimento da Receita Federal sobre a questão encontra-se prescrito na Solução de Consulta COSIT nº 239, de 19 de agosto de 2019, que apresenta a seguinte ementa:

INDÉBITO TRIBUTÁRIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. Decisões judiciais que reconheçam indébito tributário não podem ser objeto de pedido administrativo de restituição, sob pena de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal. SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 382, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2014. O disposto nos arts. 68 e 69 da Instrução Normativa nº 1.717, de 2017, não se aplica quando o crédito não seja passível de restituição. Dispositivos Legais: CF/1988, art. 100; RFB nº 1.717, de 2017, arts. 68, 69, 98, 100, 101 e 103.

No mesmo sentido, acompanhei o entendimento esposado pelo Des. Fed. Nelson dos Santos no julgamento do processo nº 5002527-52.2017.4.03.6100:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PRECATÓRIO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou a aplicação exclusiva da Taxa SELIC, pois inexistente sucumbência neste ponto.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior.

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicação atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isto porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

4. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

5. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

6. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador; alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

7. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário, o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

8. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexigibilidade de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

9. O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar: de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do imposto a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS/ISS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeatir a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

10. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

11. Quanto à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS/COFINS somente a partir de 15/03/2017, somente poderia prevalecer se assim definida pela Suprema Corte a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu, razão pela qual prematura a adoção de tal critério, sem embargo da aplicação oportuna da deliberação que vier a ser adotada pela superior instância. A inexigibilidade fiscal deve ser admitida dentro do período quinquenal anterior à propositura da presente demanda, dentro da qual viável a compensação do indébito fiscal.

12. A Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça não se incompatibiliza com a via processual eleita - mandado de segurança, sendo viável, portanto, que o contribuinte obtenha a devolução do indébito por meio de compensação ou por meio de precatório.

13. Não há inviabilidade de percepção do crédito ora reconhecido por meio de precatório. Assim, desde que, por lei, até mesmo as sentenças meramente declaratórias ganharam força executiva. Tal se deu por meio da Lei n. 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil então vigente no tocante ao rol dos títulos executivos judiciais. Na redação original, o Código de Processo Civil de 1973 limitava a força executiva às sentenças condenatórias. Considerando-se que não há condenação na sentença de mandado de segurança, era compreensível que não se admitisse a expedição de precatório nesse tipo de ação. A partir do instante em que a legislação processual comum passou a admitir o cumprimento de sentença com base em sentença declaratória, não mais subsistiu aquela interpretação restritiva.

14. A inovação, mantida no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 515, inciso I), serviu também para afastar a incompreensível necessidade de ajuizamento de nova demanda, apenas para a produção de título executivo; e também ao poder público trouxe significativo benefício, pois evita a condenação ao pagamento de verbas de sucumbência, não admitidas em sede de mandado de segurança, mas imperativas nas demandas de rito comum.

15. Apelação fazendária conhecida em parte e, nesta extensão, desprovida; apelação do contribuinte parcialmente provida; remessa oficial parcialmente provida, em menor extensão, apenas para afastar a possibilidade de a impetrante obter a restituição em espécie pela via administrativa, assegurando-lhe, contudo, a opção de que trata a Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça: a percepção de seu crédito por precatório ou por compensação.

(ApReeNec 5002527-52.2017.4.03.6100, Relator Des. Fed. CARLOS MUTA, Relator p/ acórdão Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, j. 06/05/2020)

Assim, para que não parem dúvidas acerca dos limites em que autorizada a repetição do indébito, cabe registrar que a restituição dos valores indevidos só se dará, nesta via judicial, após o trânsito em julgado, mediante a expedição de precatório.

Ante o exposto, peço vênha para divergir e dar parcial provimento à remessa oficial, em maior extensão, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa, independentemente do precatório. No mais, acompanho o e. Relator.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com a mesma controvérsia, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
4. O valor retido em razão do ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 06/03/2018.
7. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
8. Apelação não provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, nos termos do voto do

Relator, vencido o Desembargador Federal Antônio Cedenho que dava parcial provimento à remessa oficial em maior extensão, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005210-13.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVA LIMP COMERCIO DE EMBALAGENS E DESCARTAVEIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MANESCO GRIGOLON - SP365452-A, GENTIL BORGES NETO - SP52050-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, VICENTE

SACHS MILANO - SP354719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005210-13.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVA LIMP COMERCIO DE EMBALAGENS E DESCARTAVEIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MANESCO GRIGOLON - SP365452-A, GENTIL BORGES NETO - SP52050-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, VICENTE

SACHS MILANO - SP354719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 126536057) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 22/10/2019, a empresa NOVA LIMP COMÉRCIO DE EMBALAGENS E DESCARTÁVEIS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Santo André/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 126536046).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 126536050).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/restituir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 126536051).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas pela União.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Postula, ainda, pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 126536061).

O *Parquet* protestou pelo prosseguimento do feito (ID 128395326).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005210-13.2019.4.03.6126

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NOVA LIMP COMERCIO DE EMBALAGENS E DESCARTAVEIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: GUILHERME MANESCO GRIGOLON - SP365452-A, GENTIL BORGES NETO - SP52050-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, VICENTE

SACHS MILANO - SP354719-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgamento proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguarar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, faz jus a impetrante à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 22/10/2019.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte própria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*”

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório. Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedeído o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Reconheço, ainda, a possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, nos termos do quanto decidido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.**”

1. *O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF (“o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”). Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido.*

2. *Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.*

3. *Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996. 4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.*

5. *“O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que ‘o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado’. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996” (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).*

6. *Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial.” - g.m.*

(REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso formulado pela União diante da presente decisão.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial, apenas para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

OXECELÉNTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS e COFINS, tendo a impetrante postulado o direito “à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 05 (cinco)” (ID 126536015).

A sentença recorrida concedeu a segurança, reconhecendo o direito ao creditação dos valores indevidamente recolhidos até o prazo de cinco anos contados da propositura da ação, por meio de repetição ou compensação dos referidos créditos com tributos recolhidos pela Secretaria da Receita Federal, nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96, observando-se a vedação constante do artigo 26, parágrafo único da Lei nº 11.457/2007.

O termo “restituir” empregado no dispositivo não foi qualificado, isto é, não restou expresso se tal restituição se dará administrativamente ou na via judicial, mediante expedição por precatório.

A restituição administrativa, em espécie, mostra-se reservada às situações em que o pagamento indevido ou a maior do que o devido se encontra anparado em decisão emanada da própria administração tributária.

No caso em exame, o indébito tributário não resulta de pedido formulado em âmbito administrativo, hipótese em que seria possível a restituição na via administrativa.

Tratando-se de indébito reconhecido por decisão judicial, o direito de crédito respectivo só pode ser satisfeito mediante compensação, a ser operada na via administrativa, ou restituição, a ser efetivada em âmbito judicial, mediante expedição de precatório.

Não é admitido que o contribuinte solicite a restituição administrativa, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional regula os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, que deverá ser efetuada exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

O entendimento da Receita Federal sobre a questão encontra-se prescrito na Solução de Consulta COSIT nº 239, de 19 de agosto de 2019, que apresenta a seguinte ementa:

INDÉBITO TRIBUTÁRIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Decisões judiciais que reconheçam indébito tributário não podem ser objeto de pedido administrativo de restituição, sob pena de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal. SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSITN nº 382, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2014.

O disposto nos arts. 68 e 69 da Instrução Normativa nº 1.717, de 2017, não se aplica quando o crédito não seja passível de restituição.

Dispositivos Legais: CF/1988, art. 100; RFB nº 1.717, de 2017, arts. 68, 69, 98, 100, 101 e 103.

No mesmo sentido, acompanhei o entendimento esposado pelo Des. Fed. Nelson dos Santos no julgamento do processo nº 5002527-52.2017.4.03.6100:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PRECATÓRIO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou a aplicação exclusiva da Taxa SELIC, pois inexistente sucumbência neste ponto.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobstando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior:

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizado do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isto porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas a circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas das definidas no relevante precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

4. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

5. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (EI 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2002. A tese do contribuinte é de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

6. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixada incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

7. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

8. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexistência de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

9. O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do imposto a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS/ISS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

10. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

11. Quanto à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS/COFINS somente a partir de 15/03/2017, somente poderia prevalecer se assim definida pela Suprema Corte a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu, razão pela qual prematura a adoção de tal critério, sem embargo da aplicação oportuna da deliberação que vier a ser adotada pela superior instância. A inexistência fiscal deve ser admitida dentro do período quinquenal anterior à propositura da presente demanda, dentro da qual viável a compensação do indébito fiscal.

12. A Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça não se incompatibiliza com a via processual eleita - mandado de segurança, sendo viável, portanto, que o contribuinte obtenha a devolução do indébito por meio de compensação ou por meio de precatório.

13. Não há inviabilidade de percepção do crédito ora reconhecido por meio de precatório. Assim, desde que, **por Lei**, até mesmo as sentenças meramente declaratórias ganharam força executiva. Tal se deu por meio da Lei n. 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil então vigente no tocante ao rol dos títulos executivos judiciais. Na redação original, o Código de Processo Civil de 1973 limitava a força executiva às **sentenças condenatórias**. Considerando-se que não há condenação na sentença de mandado de segurança, era compreensível que não se admitisse a expedição de precatório nesse tipo de ação. A partir do instante em que a legislação processual comum passou a admitir o cumprimento de sentença com base em sentença declaratória, não mais subsistiu aquela interpretação restritiva.

14. A inovação, mantida no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 515, inciso I), serviu também para afastar a incompreensível necessidade de ajuizamento de nova demanda, apenas para a produção de título executivo; e também ao poder público trouxe significativo benefício, pois evita a condenação ao pagamento de verbas de sucumbência, não admitidas em sede de mandado de segurança, mas imperativas nas demandas de rito comum.

15. Apelação fazendária conhecida em parte e, nesta extensão, desprovida; apelação do contribuinte parcialmente provida; remessa oficial parcialmente provida, em menor extensão, apenas para afastar da sentença a possibilidade de a impetrante obter a restituição em espécie pela via administrativa, assegurando-lhe, contudo, a opção de que trata a Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça: a percepção de seu crédito **por precatório ou por compensação**.

(ApReeNec 5002527-52.2017.4.03.6100, Relator Des. Fed. CARLOS MUTA, Relator p/acórdão Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, j. 06/05/2020)

Assim, para que não pairam dúvidas acerca dos limites em que autorizada a repetição do indébito, cabe registrar que a restituição dos valores indevidos só se dará, nesta via judicial, após o trânsito em julgado, mediante a expedição de precatório.

Ante o exposto, peço vênia para divergir e **dar parcial provimento à remessa oficial, em maior extensão**, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa, independentemente do precatório. No mais, acompanho o e. Relator.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e simônus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 22/10/2019.
6. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
7. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
8. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
9. Apelação não provida e remessa oficial parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Antônio Cederho que dava parcial provimento à remessa oficial em maior extensão, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa, independentemente do precatório, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015588-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: ATANOR DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: AISLANE SARMENTO FERREIRA DE VUONO - SP195937-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de medida liminar, formulado nos autos de mandado de segurança, com o fim de que o Delegado da Receita Federal seja obrigado a concluir o processo administrativo fiscal no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, em inobservância ao prazo do art. 24 da Lei nº 11.457/2007.

Decido.

Em consulta ao sistema processual, verifico que o processo principal já foi julgado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do agravo de instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013).

Isso porque a superveniência de sentença de mérito, se de procedência, absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, e, se de improcedência, implica revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória (AGARESP 201100763290, DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/03/2013).

Precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE ANTECIPOU OS EFEITOS DA TUTELA. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PERDA DE OBJETO CONFIGURADA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que examinou a antecipação de tutela, quando se verifica a superveniente prolação da sentença de mérito. 2. Nesse sentido: AgRg no AREsp 202.736/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 07/03/2013; PET nos EDcl no AgRg no Ag 1219466/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/11/2012; REsp 1.062.171/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 02/03/2009; REsp 1.065.478/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 06/10/2008. 3. Agravo regimental não provido. (AGRESP 201301599253, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:02/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFERIMENTO DO LEVANTAMENTO DE QUANTIA BLOQUEADA. PRESTAÇÃO MEDIANTE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que fica prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação da sentença de mérito. 2. Não tendo a agravante trazido qualquer razão jurídica capaz de alterar o entendimento sobre a causa, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental não provido. (AGRAÇA 201001225780, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:27/09/2013).

Diante da superveniente carência de interesse recursal, não conheço do agravo de instrumento, porque prejudicado, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000813-30.2017.4.03.6109
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FENIX FABRIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: IVAN NASCIMBEM JUNIOR - SP232216-A, SUZANA COMELATO GUZMAN - SP155367-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002478-11.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRS COMERCIO E INDUSTRIA DE MATERIA ESPORTIVO S.A.
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA STERZO - SP233560-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a embargada, nos termos do art. 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, para que, querendo, manifeste-se acerca dos embargos de declaração opostos.

Após, conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006685-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DE LONGHI BRASIL - COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO SCHIESSER BERNARDINI - SP195437, ANDREA DE MORAES CHIEREGATTO - SP160036-A, DANIELA PENHA BRAITE - SP345237-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006685-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DE LONGHI BRASIL - COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO SCHIESSER BERNARDINI - SP195437, ANDREA DE MORAES CHIEREGATTO - SP160036-A, DANIELA PENHA BRAITE - SP345237-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 124242594) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 16/05/2017, a empresa DE LONGHI BRASIL – COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 20.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

A exordial foi emendada, majorando-se o valor da causa para R\$ 2.338.046,45 (ID 124242274).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 124242586).

O órgão do Ministério Público Federal que atua na primeira instância deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 124242587).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante compensar/restituir os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 124242588).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Suscita, ainda, a necessidade de se impor limites ao direito de compensação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 124242598).

O *Parquet* protestou pelo prosseguimento do feito (ID 129769776).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006685-53.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA EM SÃO PAULO-DERAT, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DE LONGHI BRASIL - COMERCIO E IMPORTACAO LTDA

Advogados do(a) APELADO: PEDRO SCHIESSER BERNARDINI - SP195437, ANDREA DE MORAES CHIEREGATTO - SP160036-A, DANIELA PENHA BRAITE - SP345237-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento.” O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que “não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS”. Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

“O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS” (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas “a”, “b” e “c” da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a “posição de credor tributário”, nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

“TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguarar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada na 'fatura' e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Quanto à possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, formulou apenas pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença a quo julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.”

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 16/05/2017.

Prosseguindo na análise dos referidos critérios, tenho que a remessa oficial tida por interposta merece parcial provimento, uma vez que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvemento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e

(b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. A impetrante não formulou pedido de restituição administrativa na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.
7. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 16/05/2017.
8. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
9. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
10. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp's n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
11. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em atenta jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
12. Apelação e remessa oficial tida por interposta parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial tida por interposta, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000366-63.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SND DISTRIBUICAO DE PRODUTOS DE INFORMATICA S/A
Advogado do(a) APELADO: YASMIN SANTIAGO FERLA DA COSTA SILVA - SP369254-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000366-63.2019.4.03.6144
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SND DISTRIBUICAO DE PRODUTOS DE INFORMATICA S/A
Advogado do(a) APELADO: YASMIN SANTIAGO FERLA DA COSTA SILVA - SP369254-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal de ID 128609794 em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 12/02/2019, a empresa SND DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA S/A ajuizou a presente ação contra a União Federal, visando provimento jurisdicional que reconhecesse a inexigibilidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à repetição do indébito. Deu-se à causa o valor de R\$ 100.000,00.

Contestação da União Federal (ID 128609784), com réplica do polo ativo (ID 128609788)

Sobreveio sentença que acolheu o pedido e extinguiu o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, declarando indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a parte autora restituir/compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 128609791).

Condenou a União ao reembolso das custas e ao pagamento dos honorários advocatícios incidentes sobre o valor da condenação, cujo percentual será definido por ocasião da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, *caput*, c/c §§2º, 3º e 4º, II, do Código de Processo Civil.

Não resignada, apela a União Federal pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito e, no mérito, a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 128609798).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, observo que não há como sobrestar o presente feito, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

Quanto ao mérito, questiona-se a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ISS.

Pois bem, necessário se faz, antes de adentrar na controvérsia supramencionada, examinar a discussão acerca dos aspectos legais e constitucionais do acréscimo do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.
3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.
3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.
Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.
4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.
5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia esbanja qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houver de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Tomo por norte a fundamentação e os precedentes citados para aplicá-lo também à hipótese de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e COFINS, na medida em que tal exação não constitui faturamento ou receita do contribuinte, mas tributo devido por ele ao Município.

Nesse sentido, trago os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (RE N° 574.706). ISS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO - PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema n° 118; leading case: RE n° 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciais do País.
2. Noutro ponto, o STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE n° 574.706/PR; Tema n° 69 da Repercussão Geral).
3. Adota-se o entendimento majoritário perfilhado pela Terceira Turma para reconhecer o direito à exclusão do ISSQN da base de cálculo do PIS e da COFINS.
4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n° 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
5. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE n° 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei n° 9.250/1995.

6. Em razão da presente ação ter sido proposta após a entrada em vigor da Lei 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A, da Lei n. 11.457/07.

7. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

8. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apreço, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

9. Apelação da União e remessa oficial não providas."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5007226-03.2019.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. TESE FIRMADA PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). APLICAÇÃO NA HIPÓTESE, CONFORME PRECEDENTE DESTA C. CORTE. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Tendo em vista o julgamento do recurso de agravo de instrumento, com análise da matéria abordada no âmbito recursal, resta prejudicado o agravo interno.

2. O C. Supremo Tribunal Federal, em 15.03.2017, no julgamento do RE nº 574.706, com repercussão geral, definiu que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

3. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS e da COFINS estende-se, também, ao ISS. Nesse sentido, precedente da 2ª Seção: EI 00018874220144036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/05/2017.

4. Com efeito, mesmo que o RE 574.706 não verse sobre o ISS, a decisão foi adotada aplicando-se o conceito de similaridade.

5. O argumento para afastar o ISS da base de cálculo das referidas contribuições sociais gira em torno do alcance do termo faturamento. Postula-se o reconhecimento de que o tributo incidente sobre a prestação de serviços, apesar de passar pela contabilidade do contribuinte, corresponderia a um ingresso de caixa que lhe não pertence, já que destinado aos cofres públicos e, portanto, inconstitucional sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS.

6. Reconhecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que não há receita, mas ônus fiscal relativo aos valores recolhidos a título de ICMS, razoável aplicar-se o entendimento, por analogia, aos recolhimentos de ISS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, restando demonstrada a plausibilidade do direito invocado pela agravada.

7. Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.330.737/SP (Representativo de Controvérsia), decidiu no sentido de que o ISS integra o conceito de receita bruta, de modo que não pode ser dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, o caso é de se adorar o posicionamento do C. STF, segundo o qual o conceito de faturamento, base de cálculo do PIS e COFINS, deve ser entendido como riqueza auferida pelo contribuinte, originária da atividade negocial (venda de mercadoria ou prestação de serviço).

8. O valor pago a título de ICMS, assim como o ISS, não tem natureza de faturamento, não representa riqueza para o sujeito passivo, mas apenas para o ente arrecadador. A diferença é que o ISS é repassado ao Fisco municipal, e não ao estadual.

9. Agravo interno prejudicado. Agravo de instrumento provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022840-30.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Assim, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, fundamentado em decisão proferida pela Suprema Corte, **indevida a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS.**

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do C. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento aplicável ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, reconheço o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a demanda foi ajuizada em **12/02/2019**.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento da ação em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Os créditos da parte autora devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

E esclareço que a taxa SELIC está prevista na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Mantenho a condenação em honorários conforme estabelecida na sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELO EM AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado. O mesmo se diga em relação ao RE 592.616/RS, uma vez que o reconhecimento de repercussão geral no bojo deste processo não justifica a suspensão das demandas que tratam do tema nesta fase processual, porquanto inexistente determinação do STF nesse sentido.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e ônus fiscal, e tal entendimento deve ser aplicado ao ISS.
4. O valor retido em razão do ISS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e a da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS (entendimento que se estende ao ISS) e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tais parcelas.
6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que a presente demanda foi ajuizada em 12/02/2019.
7. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em aludida jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
8. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009924-35.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A, FERNANDO HENRIQUE LEITE VIEIRA - SP218430-A, DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: PATRICIA HELENA ROMEO HENRIQUEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009924-35.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A, FERNANDO HENRIQUE LEITE VIEIRA - SP218430-A, DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: PATRICIA HELENA ROMEO HENRIQUEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Enfermagem - COREN.

O compulsar dos autos revela que o Conselho ajuizou ação de execução fiscal visando à cobrança de anuidade relativas aos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou extinta a execução fiscal, cancelando a anuidade de 2011, por infringir o princípio da legalidade e quanto às demais anuidades em cobro por violarem o estipulado no artigo 8º da Lei nº 12.514/11.

Insurge o Apelante contra a decisão, que julgou extinta a presente execução fiscal, por considerar que aplicado equivocadamente a restrição contida no art. 8º da Lei Federal nº 12.514/11.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009924-35.2016.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A, FERNANDO HENRIQUE LEITE VIEIRA - SP218430-A, DENIS CAMARGO PASSEROTTI - SP178362-A

APELADO: PATRICIA HELENA ROMEO HENRIQUEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Com a edição da Lei nº 12.514/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades.

Referida norma regente não limita a execução ao mínimo de quatro anuidades, mas ao valor correspondente a quatro unidades cobradas ao tempo do ajuizamento da ação.

Na hipótese vertida, a ação foi ajuizada em MAR/2016 e naquela época o valor da anuidade era de R\$ 220,40, nos termos da Resolução nº 416/11 c/c Resolução nº 494/15 do COFEN. Aplicando-se o artigo 8º da Lei nº 12.514/11, tem-se um valor mínimo para ajuizamento da ação de R\$ 881,60.

Assim, considerando-se as anuidades de 2012, 2013 e 2014, verifica-se que o valor atribuído à causa, corresponderia à quantia de R\$ 854,60, (1.115,31 – 260,78) inferior, portanto, ao limite estipulado pela Lei nº 12.514/11.

Ressalte-se que a norma regente não limita a execução ao mínimo de quatro anuidades, mais ao valor correspondente a quatro unidades cobradas ao tempo do ajuizamento da ação.

A r. sentença não merece qualquer reparo, portanto.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL. ANUIDADES. ARTIGO 8º DA LEI Nº 12.514/11. VALOR EXEQUENDO INFERIOR AO LIMITE LEGAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Com a edição da Lei nº 12.514/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades.

2. Refêrida norma regente não limita a execução ao mínimo de quatro anuidades, mas ao valor correspondente a quatro unidades cobradas ao tempo do ajuizamento da ação.

3. A ação foi ajuizada em MAR/2016 e naquela época o valor da anuidade era de R\$ 220,40, nos termos da Resolução nº 416/11 c/c Resolução nº 494/15 do COFEN. Aplicando-se o artigo 8º da Lei nº 12.514/11, tem-se um valor mínimo para ajuizamento da ação de R\$ 881,60. Considerando-se o valor das anuidades em cobro, verifica-se que o valor atribuído à causa, corresponde a quantia inferior ao limite estipulado pela Lei nº 12.514/11.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024528-64.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024528-64.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por NESTLE BRASIL LTDA.

O compulsar dos autos revela que o INMETRO ajuizou ação de execução fiscal visando à cobrança de multa administrativa sob a alegação de divergências entre o peso constante na embalagem de alguns produtos da marca Nestlé e o peso real desses produtos.

Houve a oposição dos presentes embargos à execução fiscal.

A r. sentença julgou extintos os embargos, ao fundamento de que a execução fiscal subjacente ao feito não se encontra garantida.

Em grau de apelação, sustenta a recorrente que apresentou seguro garantia, devendo a sentença ser anulada.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0024528-64.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Na hipótese vertida, os embargos à execução fiscal foram extintos, sem resolução de mérito, em razão da ausência de garantia do juízo, vez que o seguro garantia apresentado pela embargante não havia sido analisado pelo exequente, impondo-se a extinção a teor do art. 16, § 1º, da LEF.

A Lei de Execuções Fiscais trata da matéria - garantia do juízo - em seu artigo 16, sendo pacífico na jurisprudência, trata-se de um dos requisitos de admissibilidade dos embargos à execução. Nesse sentido, já se manifestou o c. Superior Tribunal de Justiça em sede de representativo de controvérsia RESP 1.272.827/PE.

Esta E. Turma Julgadora já enfrentou a questão ora em discussão entendendo como desarrazoada a sumária extinção dos embargos à execução sob a alegação injustificada de que a *garantia* ainda não havia sido oferecida.

Concluiu a Turma Julgadora que, em casos que tais, deve-se ter como paradigma o princípio da economia processual cabendo ao Juízo a *quo* sobrestar os autos dos *embargos de execução* até o aperfeiçoamento e regularização do ato construtivo ou de *garantia* no processo, antes da extinção sumária do feito.

Neste sentir:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO SUMÁRIA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SEGURO GARANTIA. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO ANTES DA MANIFESTAÇÃO DO EXEQUENTE SOBRE A GARANTIA APRESENTADA. INVIABILIDADE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. SENTENÇA EXTINTIVA DOS EMBARGOS DESCONSTITUÍDA. APELAÇÃO PROVIDA.

1. *Caso em que a sentença julgou extintos os embargos à execução sem resolução do mérito, com fulcro no § 1º do art. 16 da Lei 6.830/80 e do artigo 485, I e IV do novo CPC, sob o argumento de que a execução fiscal n.º 5000180-91.2017.403.6182 não se encontra garantida.*

2. *O art. 16, II, da Lei nº 6.830/80, oportuniza a apresentação dos Embargos a partir da juntada da garantia nos autos.*

3. *Dessa feita, tratando-se de embargos à execução fiscal, é exigência legal de admissibilidade, prevista no artigo 16, § 1º, da Lei 6.830/80, a prévia garantia da execução e a juntada, de plano, pelo executado, dos documentos essenciais e dos comprovatórios das suas alegações iniciais.*

4. *Ou seja, por imposição legal, o embargante deve garantir a execução, por meio de penhora, depósito, fiança bancária ou seguro garantia e acostar à petição inicial dos embargos à execução fiscal: procuração, contrato social, cópia da Certidão de Dívida Ativa e prova da garantia da execução e respectivo termo de intimação.*

5. *Assim, desarrazoada a medida de extinção sumária dos presentes embargos, sem o julgamento do mérito, sob a alegação injustificada de que a garantia ainda não havia sido oferecida.*

6. *Nessa toada, em homenagem ao Princípio da Economia Processual, que determina que seja o processo o mais célere e o menos dispendioso possível, caberia ao Juízo determinar, então, sobrestar os autos dos embargos de execução até o aperfeiçoamento e regularização do ato construtivo ou de garantia no processo, antes da extinção sumária do feito.*

7. *Sentença desconstituída. Apelação provida.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5010206-51.2017.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/11/2019, Intimação via sistema DATA: 25/11/2019)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA. GARANTIA NÃO FORMALIZADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. SUPERVENIENTE CONCORDÂNCIA DO EXEQUENTE QUANTO À GARANTIA APRESENTADA. APROVEITAMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. *Trata-se de hipótese em que foram extintos os embargos à execução fiscal, sem resolução de mérito, em razão da ausência de garantia do juízo, vez que o seguro garantia apresentado pela embargante não havia sido analisado pelo exequente, impondo-se a extinção a teor do art. 16, § 1º, da LEF.*

2. *Quanto à necessidade de garantia do juízo como condição para o oferecimento de embargos à execução fiscal, embora tenha o Código de Processo Civil alterado as regras quanto à admissibilidade dos embargos do devedor no processo de execução e dispensada a garantia do juízo como requisito prévio à oposição de embargos (art. 914 do CPC/15, correspondente do artigo 736 do CPC/73), a referida norma processual não se aplica ao caso em exame, visto tratar-se de procedimento especial regulado por legislação própria, qual seja, a Lei 6.830/80 - Lei de Execuções Fiscais.*

3. *O Codex processual se aplica às execuções fiscais de forma subsidiária, caso não haja lei específica que regulamente determinado assunto, o que não é o caso dos autos.*

4. *A Lei de Execuções Fiscais trata exaustivamente da matéria - garantia do juízo - em seu artigo 16. Em vista da existência de artigo próprio que regula a matéria em lei específica, afastada está a incidência do artigo 914 do CPC. Conclui-se, portanto, que um dos requisitos de admissibilidade dos embargos à execução é encontrar-se seguro o juízo por meio da penhora. Nesse sentido, já se manifestou o c. Superior Tribunal de Justiça em sede de representativo de controvérsia RESP 1.272.827/PE.*

5. *O art. 16, caput e II, da Lei 6.830/80, discorre que o oferecimento de Embargos à Execução Fiscal será feito em até 30 dias da juntada da prova do seguro garantia, conforme redação dada pela Lei 13.043/14.*

6. *Não obstante, o C. Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que, ainda que se trate de depósito em dinheiro, juntada de carta de fiança ou seguro garantia, deve ser formalizado o ato com a lavratura do termo de penhora para, a partir deste momento, iniciar o prazo para oposição de embargos à execução fiscal. Precedentes do STJ e desta Corte.*

7. *Caso concreto em que, na data da propositura dos presentes embargos à execução (27.11.2017), de fato, a exequente não havia sido intimada para se manifestar quanto à regularidade da garantia apresentada pela executada.*

8. *Esta C. Turma possui recente precedente no sentido de ser descabida a sumária extinção dos embargos à execução fiscal na hipótese em que o seguro garantia apresentado no feito executivo encontrar-se pendente de análise pela parte exequente ou pelo Juízo. Com efeito, em caso análogo, foi firmado o entendimento no sentido de que "caberia ao Juízo determinar, então, a manifestação do exequente acerca da aceitação ou não da garantia oferecida ou até mesmo sobrestar os autos dos embargos de execução até o aperfeiçoamento e regularização do ato construtivo ou de garantia no processo, antes da extinção sumária do feito". (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5012200-17.2017.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 06/04/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/04/2018).*

9. *No caso destes autos, sobreleva destacar, inclusive, a superveniente concordância do INMETRO nos autos da execução fiscal de origem quanto ao seguro garantia apresentado pela executada. Em sendo assim, por inexistir atualmente controvérsia quanto à execução fiscal encontrar-se garantida, entendendo possível o aproveitamento dos presentes embargos à execução fiscal, em observância ao princípio da economia e celeridade processual. Precedente deste Tribunal.*

10. *Uma vez reconhecida a necessidade de desconstituição da sentença que julgou prematuramente extintos os presentes embargos à execução fiscal, afigura-se necessário o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, a fim de que seja promovido o regular processamento dos embargos à execução fiscal, de modo a ser aperfeiçoado o contraditório com a intimação da exequente para impugná-los, nos termos do art. 17 da Lei n.º 6.830/80.*

11. *Apelação parcialmente provida. Sentença desconstituída. Retorno dos autos para 1ª instância para regular processamento dos embargos à execução fiscal.*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5012658-34.2017.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/07/2019)

Ante o exposto, dou provimento à apelação, para desconstituir a sentença, determinando o retorno dos autos à 1ª instância para o regular prosseguimento do feito.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS EXECUÇÃO FISCAL. OFERECIMENTO DE SEGURO GARANTIA. GARANTIA NÃO FORMALIZADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Os embargos à execução fiscal foram extintos, sem resolução de mérito, em razão da ausência de garantia do juízo, vez que o seguro garantia apresentado pela embargante não havia sido analisado pelo exequente, impondo-se a extinção a teor do art. 16, §1º, da LEF.

2. A Lei de Execuções Fiscais trata da matéria - garantia do juízo - em seu artigo 16, sendo pacífico na jurisprudência, trata-se de um dos requisitos de admissibilidade dos embargos à execução. Nesse sentido, já se manifestou o c. Superior Tribunal de Justiça em sede de representativo de controvérsia RESP 1.272.827/PE.

3. Esta E. Turma Julgadora já enfrentou a questão ora em discussão entendendo como desarrazoada a sumária extinção dos embargos à execução sob a alegação injustificada de que a *garantia* ainda não havia sido oferecida.

4. Em casos que tais, deve-se ter como paradigma o princípio da economia processual cabendo ao Juízo *a quo* sobrestar os autos dos *embargos de execução* até o aperfeiçoamento e regularização do ato constitutivo ou de *garantia* no processo, antes da extinção sumária do feito.

5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, para desconstituir a sentença, determinando o retorno dos autos à 1ª instância para o regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003004-08.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003004-08.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela NESTLÉ BRASIL LTDA.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

Em grau de apelação, busca-se a reforma da r. sentença ao argumento de que ocorrido cerceamento de defesa diante do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado; a inocorrência de violação da regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos clientes da Apelante, bem como diante da ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa para que fosse aplicada penalidade de multa em valor arbitrário e excessivo, reconhecendo a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e afastando a penalidade de multa imposta. Caso assim não se entenda, seja determinada a redução do valor aplicado a título de multa.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003004-08.2018.4.03.6111
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FÁRIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, como no caso.

Ressalte-se, ainda, que a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo *INMETRO* seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

Quanto ao mérito, a Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

No caso vertido, conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

Ressalte-se, ainda, que é legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

Ademais, não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram os prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

Prosseguindo, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

No caso dos autos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo.

Por fim, trago à colação julgados desta C. Turma Julgadora, que já enfrentou a questão posta em casos análogos envolvendo inclusive as mesmas partes ora litigantes, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.

2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo *INMETRO* seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.

3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.

4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.

5. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.

6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. É de se notar que os critérios para graduação da pena de multa estão suficientemente previstos nos parágrafos 1º a 3º do próprio artigo 9º da Lei 9.933/99, de modo que eventual regulamento não poderia de qualquer modo desbordar o disposto no artigo 9º, o qual por si só basta para a quantificação da penalidade.

9. Veja-se que a multa foi aplicada no valor de R\$15.000,00, enquadrando-se, pois, nos padrões elencados pelo do art. 9º, caput, da Lei 9.933/99.

10. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001064-23.2019.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. Caso em que a empresa-embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovarem os produtos. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério médio e no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metroológica acerca da matéria. A violação aos direitos consumeristas atrela a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001210-98.2018.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 02/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1.O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos.

2.A avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

3.A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

4.Conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

5.É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

6.Não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram aos prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

7.A sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

8.Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.

9.A multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000695-08.2015.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: CAMILA ZAMBRANO DE SOUZA - SP246638-A
APELADO: THAIS FREITAS ANDRADE
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000695-08.2015.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: THAIS FREITAS ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: CAMILA ZAMBRANO DE SOUZA - SP246638-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Contabilidade.

O compulsar dos autos revela que o Conselho ajuizou ação de execução fiscal visando à cobrança de anuidades referentes aos anos de 2012, 2013 e 2014.

A r. sentença julgou extinta a execução fiscal ao fundamento de não atingido o limite fixado no artigo 8º da Lei nº 12.514/11.

Aduz o Apelante que a presente execução fiscal contempla o valor mínimo legal exigido pela Lei nº 12.514/11, devendo a execução prosseguir.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000695-08.2015.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: THAIS FREITAS ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: CAMILA ZAMBRANO DE SOUZA - SP246638-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Com a edição da Lei nº 12.514/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades.

Referida norma regente não limita a execução ao mínimo de quatro anuidades, mas ao valor correspondente a quatro unidades cobradas ao tempo do ajuizamento da ação.

Na hipótese vertida, a ação foi ajuizada em MAR/2015, e naquela época o valor da anuidade era de R\$ 472,00, nos termos do disposto na Resolução Conselho Federal de Contabilidade nº 1.467/2014, assim, aplicando-se o artigo 8º da Lei nº 12.514/11, tem-se um valor mínimo para ajuizamento da ação de R\$ 1.888,00.

Considerando-se a cobrança das anuidades executadas, verifica-se que o valor atribuído à causa, corresponderia à quantia de R\$ 1.959,81, superior, portanto, ao limite estipulado pela Lei nº 12.514/11.

A r. sentença, portanto, merece qualquer reparo.

Ante o exposto, dou provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO. ANUIDADES. ARTIGO 8º DA LEI Nº 12.514/11. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO LIMITE LEGAL. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Com a edição da Lei nº 12.514/2011, que trata das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, o legislador fixou um limite objetivo e específico para os conselhos profissionais ajuizarem as respectivas execuções das anuidades.

2. A norma não limita a execução ao mínimo de quatro anuidades, mas ao valor correspondente a quatro unidades cobradas ao tempo do ajuizamento da ação.

3. A ação foi ajuizada em MAR/2015, e naquela época o valor da anuidade era de R\$ 472,00, nos termos do disposto na Resolução Conselho Federal de Contabilidade nº 1.467/2014, assim, aplicando-se o artigo 8º da Lei nº 12.514/11, tem-se um valor mínimo para ajuizamento da ação de R\$ 1.888,00.

4. Considerando-se a cobrança das anuidades executadas, verifica-se que o valor atribuído à causa, corresponderia à quantia de R\$ 1.959,81, superior, portanto, ao limite estipulado pela Lei nº 12.514/11.

5. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002188-75.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002188-75.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela NESTLÉ BRASIL LTDA.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

Em grau de apelação, busca-se a reforma da r. sentença ao argumento de que ocorreu cerceamento de defesa diante do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado; a inocência de violação da regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos clientes da Apelante, bem como diante da ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa para que fosse aplicada penalidade de multa em valor arbitrário e excessivo, reconhecendo a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e afastando a penalidade de multa imposta.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002188-75.2018.4.03.6127

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, como no caso.

Ressalte-se, ainda, que a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

Quanto ao mérito, a Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

No caso vertido, conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a atuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

Ressalte-se, ainda, que é legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

Ademais, não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram os prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

Prosseguindo, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

No caso dos autos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo.

Por fim, trago à colação julgados desta C. Turma Julgadora, que já enfrentou a questão posta em casos análogos envolvendo inclusive as mesmas partes ora litigantes, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.

2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.

3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.

4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.

5. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.

6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. É de se notar que os critérios para graduação da pena de multa estão suficientemente previstos nos parágrafos 1º a 3º do próprio artigo 9º da Lei 9.933/99, de modo que eventual regulamento não poderia de qualquer modo desbordar o disposto no artigo 9º, o qual por si só basta para a quantificação da penalidade.

9. Veja-se que a multa foi aplicada no valor de R\$15.000,00, enquadrando-se, pois, nos padrões elencados pelo art. 9º, caput, da Lei 9.933/99.

10. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001064-23.2019.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. Caso em que a empresa-embargante sofreu a atuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a atuação não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério médio e no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metroológica acerca da matéria. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que põe sua marca. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001210-98.2018.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 02/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1.O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos.

2.A avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

3.A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

4.Conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

5.É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

6.Não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram ao prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

7.A sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

8.Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.

9.A multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001861-82.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PARTE RE: FATIMA REGINA DE BARROS RICARDO
Advogado do(a) PARTE RE: TALITA SCHARANK VINHA SEVILHA GONCALAZ - SP322582-A
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001861-82.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PARTE RE: FATIMA REGINA DE BARROS RICARDO
Advogado do(a) PARTE RE: TALITA SCHARANK VINHA SEVILHA GONCALAZ - SP322582-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **FATIMA REGINA DE BARROS RICARDO** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DE AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIDADE LEME – SÃO PAULO**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para o imediato julgamento de seu pedido administrativo de aposentadoria por idade e, ao final, a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduziu a impetrante que protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por idade, em 09/10/2017, sob protocolo de nº 41/184.001.083-2, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal. Sustentou, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos artigos 5º, LXXVII, da CF e 49 da Lei 9.784/99. Por fim, requereu a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 107769990).

Determinou o magistrado a intimação da impetrante para a juntada da documentação essencial à propositura da ação, sob pena de denegação da segurança, bem assim para a regularização da representação processual (Id 107769993 e Id 107769997), emendada a inicial (Id 107769995, Id 107769996 e Id 107769999).

Liminar deferida para determinar que a autoridade impetrada, no prazo de 10 (dez) dias, analisasse o pedido de concessão/revisão do benefício NB (41) 184.001.083-2, protocolizado em 09/10/2017 (Id 107770000).

Relatou a Autarquia Previdenciária as dificuldades que enfrenta para a análise dos pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais por conta da carência de servidores. No mais, noticiou que a análise do processo administrativo da impetrante está pendente de cumprimento de exigência para despacho conclusivo (Id 107770009).

Ciente o Ministério Público Federal (Id 107770011).

O juízo de origem concedeu a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para confirmar a liminar e determinar, no prazo de 10 (dez) dias, a análise do pedido de concessão/revisão do benefício NB (41) 184.001.083-2, protocolizado em 09/10/2017, pela autoridade impetrada. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, com base no artigo 25 da Lei 12.016/2009. Custas a serem reembolsadas pelo impetrado (artigo 4º, parágrafo único, Lei n. 9.289/96). Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição (art. 14, §1º, da Lei 12.016/09) (Id 107770012).

Informou a autoridade coatora que a análise do requerimento administrativo foi concluída e deferido, em 25/09/2018, o benefício de aposentadoria por idade NB 41/184.001.083-2 (Id 107770018).

O MPF deixou de se manifestar quanto ao mérito da demanda, porquanto matéria não listada na Recomendação 34/2016 do CNMP (Id 109002417).

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001861-82.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PARTE RE: FATIMA REGINA DE BARROS RICARDO
Advogado do(a) PARTE RE: TALITA SCHARANK VINHA SEVILHA GONCALEZ - SP322582-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de aposentadoria por idade, formulado pela impetrante.

No caso, constata-se que a impetrante protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por idade, em 09/10/2017, sob protocolo de nº 41/184.001.083-2, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida liminarmente a segurança para determinar que a autoridade impetrada analisasse o requerimento administrativo referente ao benefício NB (41) 184.001.083-2, no prazo de 10 (dez) dias, informou a Autarquia a conclusão da análise administrativa e a concessão do benefício (Id 107770018).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008907-35.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
APELADO: WALDIR Figueiredo da Costa
Advogado do(a) APELADO: DANILO FORTUNATO - SP222727-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008907-35.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
APELADO: WALDIR Figueiredo da Costa
Advogado do(a) APELADO: DANILO FORTUNATO - SP222727-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Odontologia.

O compulsar dos autos revela que o CRO interpôs ação de execução fiscal visando à cobrança de anuidades/multas referentes aos anos de 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013.

Houve a interposição de embargos à execução fiscal.

A r. sentença julgou extinta a execução fiscal ao fundamento de que indevida a cobrança de anuidade de Conselho Profissional sem respaldo legal para tanto (2009, 2010 e 2011); e, quanto a cobrança das anuidades restantes, a impossibilidade em face do limite fixado no artigo 8º da Lei nº 12.514/11 (2012 e 2013) e, "com fundamento no art. 85, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC, CONDENO o embargado em honorários advocatícios que fixo no valor mínimo previsto no inciso I, do § 3º, do art. 85, CPC, 10% (dez por cento) sobre o valor da causa atualizado, considerando a mínima complexidade da matéria envolvida, o trabalho realizado pelo i. Patrono do embargado, e o tempo exigido para o serviço."

Em grau de apelação, busca a recorrente afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, ou, se assim não entender esta Corte, para reduzir os honorários advocatícios fixados na r. sentença.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008907-35.2015.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO

APELADO: WALDIMIR FIGUEIREDO DA COSTA
Advogado do(a) APELADO: DANILO FORTUNATO - SP222727-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A r. sentença não merece qualquer reparo.

A condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios está devidamente prevista no Código de Processo Civil e os parâmetros ali dispostos foram devidamente observados no caso concreto.

Ademais, a parte executada teve que contratar advogado para se defender judicialmente de ação que ao cabo se mostrou indevida.

Com efeito, é o princípio da causalidade que rege a condenação ao pagamento de honorários, e no caso, o CRO restou vencido em sua pretensão executiva, de modo que correta sua condenação ao pagamento de honorários.

Por fim, com relação ao *quantum* fixado, nenhum reparo a se fazer, pois o Juízo balizou a condenação dentro dos parâmetros que regulam o tema.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES DE CONSELHO PROFISSIONAL. EXTINÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1- Por força do princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado. Assim, deverá o Conselho ser condenado nos honorários advocatícios, pois extinta a execução em razão do acolhimento da exceção de pré-executividade, em regra devem ser reembolsadas as despesas havidas pelo executado.

2- Honorários advocatícios mantidos no percentual fixado na sentença (10% sobre o valor da causa), pois fixados nos termos do art. 85, §§2º e 3º, I, do CPC.

3- Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0067970-85.2014.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 28/02/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. EXTINTA. CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios está devidamente prevista no Código de Processo Civil e os parâmetros ali dispostos foram devidamente observados no caso concreto.
2. A parte executada teve que contratar advogado para se defender judicialmente de ação que ao cabo se mostrou indevida.
3. É o princípio da causalidade que rege a condenação ao pagamento de honorários, e no caso, o CRO restou vencido em sua pretensão executiva, de modo que correta sua condenação ao pagamento de honorários.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007173-79.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JUAREZ FAUSTINO DE SOUZA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007173-79.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JUAREZ FAUSTINO DE SOUZA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **JUAREZ FAUSTINO DE SOUZA** em face do **GERENTE DA AGÊNCIA DO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL DE ITAQUERA/SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para que a autoridade coatora proceda ao julgamento de seu pedido administrativo, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, para a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Narrou o impetrante que requereu, em 22/03/2019, junto ao INSS, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição – espécie B/42, sob nº 816036150, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal, bem assim o do artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, que dispõe que o primeiro pagamento do benefício será efetuado em até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão. Sustentou, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos princípios da economia, celeridade processual e eficiência (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88; artigos 48, 49 e 50 da Lei 9.784/99 e artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91). Reforçou o caráter alimentar da demanda. Por fim, requereu a fixação de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 130227137).

A análise da liminar foi postergada para momento posterior à apresentação das informações pela Autarquia. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 130227146).

Deixou a autoridade impetrada de prestar informações.

Parecer do MPF pela concessão da segurança (Id 130227153).

O juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a segurança para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo, em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ. Custas *ex lege*. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 14, § 1º da Lei 12.016/09 (Id 130227154).

Certificado o trânsito em julgado, sem que houvesse manifestação das partes (Id 130227159).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 130548415).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 130800551).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007173-79.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: JUAREZ FAUSTINO DE SOUZA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, formulado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante requereu, em 22/03/2019, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição – espécie B/42, sob nº 816036150, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a segurança no âmbito da sentença para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo, em 45 dias (Id 130227154), quedou-se silente a Autarquia (Id 130227159).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a “*razoável duração do processo*” foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Constata-se, *in casu*, que, protocolado requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição pelo impetrante, em 22/03/2019, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, mormente considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.
2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).
4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.
5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.
6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.
7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.
8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.
9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.
10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENAÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.
2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.
3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.
4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Protocolado requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição pelo impetrante, em 22/03/2019, não obteve ainda decisão por parte da autoridade impetrada, estando a Autarquia em flagrante desobediência ao disposto na lei, atuando de forma grave contra o administrado, mormente considerando o caráter alimentar do pedido. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica em descumprimento de norma legal, além de ofensa ao princípio da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001728-44.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: NOEMIA ARGEMIRA DA SILVA UMBELINO - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001728-44.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: NOEMIA ARGEMIRA DA SILVA UMBELINO - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo IBAMA.

A r. sentença julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, III, do Código de Processo Civil, reconhecendo que apesar de intimado, em duas oportunidades, o exequente deixou de atender as determinações proferidas nos autos e de adotar as providências que somente a ele incumbia.

Busca o apelante a reforma da r. sentença.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001728-44.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: NOEMIA ARGEMIRA DA SILVA UMBELINO - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como cediço, a extinção do feito sem análise do mérito, por abandono da causa pelo exequente, somente é cabível quando decorrido o prazo do inciso III do art. 485, do CPC, a parte for intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 dias e não der andamento ao feito no prazo legal. Dessa forma, só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo.

Assim, o d. magistrado, para extinguir o feito sem julgamento do mérito, por abandono, deve verificar se foi consumido o prazo de 30 dias, sem que a parte promovesse as diligências que lhe são cabíveis, e, então, intimá-la para, em cinco dias, suprir a falta, com a advertência da culminação de extinção em decorrência do descumprimento da determinação judicial.

Na presente hipótese, cumprido todos os requisitos para tanto (id.129971996).

Ressalte-se, ainda, que o C. Superior Tribunal de Justiça, realizando aplicação subsidiária do então vigente art. 267, III, do Código de Processo Civil de 1973 (atual 485, III, que manteve a sistemática anterior), no julgamento do REsp 1.120.097/SP, entendeu possível, nos casos de inércia da exequente, depois de intimada regularmente para promover o andamento do feito, a extinção da execução fiscal não embargada.

No mesmo sentir:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PJE. NÃO VERIFICADA. INÉRCIA DA PARTE EXEQUENTE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 218, §3º, CPC. ART. 5º, da Lei 11.419/2006. AS INTIMAÇÕES REALIZADAS, POR MEIO ELETRÔNICO, INCLUSIVE DA FAZENDA PÚBLICA, SERÃO CONSIDERADAS PESSOAIS PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS (ART. 5º, §6º, LEI 11.419/06). APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação contra sentença que indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, por conta da inércia do exequente nos autos da ação execução fiscal promovida pelo CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA - 5 REGIAO.

2. Muito embora o exequente alegue não ter sido intimado do despacho para o recolhimento da taxa de postagem - que ensejou a extinção do feito sem o julgamento do mérito -, depreende-se, pela certidão de f. 134 (ID 3274792), que o prazo para o cumprimento da determinação restou em muito ultrapassado.

3. In casu, a intimação sobre o recolhimento da taxa de postagem fora realizada em 22/02/2017, tendo a parte exequente tomado ciência em 24/02/2017.

4. Logo, percebe-se que mesmo tendo tomado ciência da determinação para o recolhimento da taxa de postagem, o exequente ficou inerte, deixando transcorrer in albis o prazo legal, porquanto somente cumpriu a determinação do despacho em 16/03/2017.

5. Nessa senda, o § 3º do artigo 218, do Código de Processo Civil, dispõe que inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

6. Paralelamente, o artigo 5º, da Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, prevê que as intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

7. Prevê ainda que a consulta eletrônica deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

8. De mais a mais, a alegação do exequente de que seria necessária sua intimação pessoal, não subsiste, porquanto a Lei que disciplina o processo judicial eletrônico dispõe que as intimações realizadas, por meio eletrônico, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais (Art. 5º, §6º, Lei 11.419/06).

9. Como se vê, de qualquer ângulo que se examine a questão, observa-se que houve o decurso do prazo legal, sem manifestação do exequente, ainda que o prazo fosse contado em dobro.

10. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000050-54.2017.4.03.6133, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/08/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/08/2018)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. ABANDONO. EXTINÇÃO. INTIMAÇÃO PESSOAL. INÉRCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A extinção do feito sem análise do mérito, por abandono da causa pelo exequente, somente é cabível quando decorrido o prazo do inciso III do art. 485, do CPC, a parte for intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 dias e não der andamento ao feito no prazo legal. Dessa forma, só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo.

2. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002323-56.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: REINALDO PIRES DOS ANJOS

Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002323-56.2018.4.03.6105

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: REINALDO PIRES DOS ANJOS

Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Reinaldo Pires dos Anjos em face de sentença que rejeitou integralmente seus pedidos e resolveu o mérito, no bojo desta ação ordinária.

A presente ação foi ajuizada por ex-empregado da Petrobrás, contra a União Federal e a Petróleo Brasileiro S.A., objetivando o pagamento das diferenças relativas ao valor que atualmente percebe em virtude do recebimento de benefício na condição de anistiado político e constante de acordos coletivos de trabalho firmados em 2007, notadamente, referente à parcela denominada Remuneração Mínima por Nível e Regime (RMNR), com efeitos retroativos a 17/10/2006, consoante doc. de fls. 14.

Formula os seguintes pedidos:

- a) a declaração do direito de recebimento do valor do complemento de RMNR, sem as deduções promovidas pela PETROBRAS;
- b) o pagamento das diferenças da reparação econômica decorrente do complemento de RMNR desde a sua instituição, no ano de 2007, em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;
- c) a declaração do direito às promoções por antiguidade, devidas e não concedidas;
- d) a condenação das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas ao mesmo, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão das promoções por antiguidade e reposição de níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado" (no último nível salarial do regulamento), em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar;
- e) a declaração do direito à reposição de 4 (quatro) níveis prevista no Termo de Aceitação do PCAC ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", determinando-se à PETROBRAS que passe a informar o Ministério do Planejamento corretamente o valor dos salários e demais parcelas vinculadas ao mesmo;
- f) a condenação das rés ao pagamento das diferenças de reparação econômica decorrente do valor do salário e demais parcelas vinculadas ao mesmo, tais como complemento de RMNR, adicional noturno, adicional por tempo de serviço, adicional de periculosidade, VPDL/1971, adicional regional, hora de repouso e alimentação, adicional de sobreaviso, gratificação de chefias e outros, decorrentes da concessão da reposição de 4 (quatro) níveis do Termo de Aceitação do PCAC 2007 e/ou intermível indenizatório em caso de estar "topado", em parcelas vencidas e vincendas, até que passe a ser paga corretamente, em valores a apurar.

Indeferido o pleito de justiça gratuita, o autor emendou a inicial, comprovando o recolhimento das custas (ID 3536559).

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido (ID 3536560).

Devidamente processado o feito, sobreveio sentença, que rejeitou, integralmente, a pretensão autoral, resolveu o mérito, nos termos do art. 487, I do CPC/15, e condenou o demandante em honorários advocatícios no percentual de 10% do valor da causa.

Opostos embargos de declaração (ID 3536576), o juízo singular negou-lhes o provimento, mantendo a r. sentença, na íntegra (ID 3536579).

Em suas razões recursais (ID 3536581), o recorrente alega, em síntese, que a relação jurídica travada entre as partes não tem nuances trabalhistas, ao contrário, decorre de relação jurídica determinada por legislação especial que impõe à Justiça Federal a apreciação do litígio.

Argumenta que compete à justiça federal a apreciação do pedido de concessão do benefício, nos moldes formulados na inicial, com fundamento na inconstitucionalidade da subtração de adicionais previstos em normas constitucionais através de acordo coletivo de trabalho.

Contrarrazões juntadas pela União Federal e pela Petrobrás (ID 3536584 e ID 3536583).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002323-56.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: REINALDO PIRES DOS ANJOS
Advogado do(a) APELANTE: JOAO ANTONIO FACCIOLI - SP92611-A
APELADO: UNIAO FEDERAL, PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS
Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIZ TEIXEIRA PERDIZ PINHEIRO - SP183805-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a controvérsia sobre a revisão de benefício excepcional de anistiado político de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 10.559/02, com efeitos retroativos a 17/10/2006, reconhecendo-se o pagamento de vantagens pecuniárias, tal como percebido pelo pessoal da ativa da Petrobrás.

Inicialmente, consigne-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pelo autor, notadamente, o adicional de trabalho noturno, alimentação *in natura* e hora de repouso e alimentação.

Nesse sentido, confirmam-se (grifei):

"AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE DA AUTORA. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONCEDIDO PELA PETROBRAS AOS FUNCIONÁRIOS ATIVOS E INATIVOS, PENSIONISTAS E DEPENDENTES. DIREITO ASSEGURADO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DA SEÇÃO QUANTO À COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTROVÉRSIA DISTINTA DAQUELA EXAMINADA NO JULGAMENTO DO CC N. 157.664/SP. PROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

1. Conflito negativo estabelecido entre a Justiça comum estadual e a trabalhista acerca da competência para julgamento de ação de obrigação de fazer c/c pedido de indenização por danos morais movida por beneficiária do programa de assistência à saúde oferecido pela Petrobras, em razão de haver sido recusada cobertura para procedimento cirúrgico, indicado pelo médico assistente, ao qual a empresa ré estaria contratualmente obrigada.

2. Na esteira de sedimentada jurisprudência desta Corte, tendo em vista que o referido programa de assistência à saúde consiste em benefício concedido pela Petrobras, em acordo coletivo de trabalho, a seus funcionários ativos e inativos, pensionistas e dependentes, a competência para julgar as lides a ele relacionadas é da Justiça do Trabalho.

3. Hipótese dos presentes autos que é totalmente distinta daquela esquadrihada por esta Seção no julgamento do CC n. 157.664/SP.

4. Agravo interno provido para reafirmar a competência da Justiça do Trabalho.”

(AgInt no CC 160.361/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 14/12/2018, destaque meu)

“PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA DO TRABALHO. PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE OFERECIDO EM SISTEMA DE AUTOGESTÃO E REGULADO POR ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA LABORAL.

1. É da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ação que discute a inclusão de menor sob guarda como beneficiário de plano de assistência à saúde oferecido por companhia estatal em sistema de autogestão e regulado por acordo coletivo de trabalho.

2. A interpretação de cláusulas de convenção ou acordo coletivo de trabalho sempre foi de competência da Justiça Laboral, mesmo antes da EC n.º 45/04, encontrando disciplina no art. 1.º da Lei n.º 8.984/95. Precedentes.

3. Não há sentido em subtrair da Justiça Laboral a apreciação de questões que se mostrem intimamente ligadas à relação de trabalho, sob pena de se contrariar a própria lógica do sistema de distribuição de competência adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.”

(STJ, RMS 30859/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 22.11.2010)

AgRg no AREsp 803.877/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016

Ademais, a competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária -, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ.

Vejamos:

Súmula 170/STJ: Compete ao Juízo onde primeiro foi intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo do ajuizamento de nova causa, com o pedido remanescente, em juízo próprio.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRETENSÕES DISTINTAS DIRIGIDAS CONTRA O EMPREGADOR E CONTRA A ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE PEDIDOS. COMPETÊNCIAS MATERIAIS DIVERSAS. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM. APLICAÇÃO DA SÚMULA 170/STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Deduzidas de forma indevida duas pretensões distintas numa única ação, sem levar em conta as competências materiais diversas para análise dos pleitos formulados (Justiça do Trabalho e Justiça Comum), aplica-se, com as adaptações pertinentes, o teor da Súmula 170 desta Corte, segundo a qual “compete ao juízo onde primeiro for intentada a ação envolvendo acumulação de pedidos, trabalhista e estatutário, decidi-la nos limites da sua jurisdição, sem prejuízo de nova causa, com pedido remanescente, no juízo próprio”.

2. Agravo interno provido.”

(STJ, AgInt no CC 158989/BA, Rel. Min. Raul Araújo, 2ª Seção, DJe 16.10.2018)

Afasto, portanto, a preliminar de competência.

Passo à apreciação do mérito.

Com efeito, não se desconhece que a reparação econômica a que faz jus o anistiado político possui caráter indenizatório, traduzida em prestação mensal, permanente e continuada, à luz do art. 8º do ADCT e dos arts. 5º a 9º, ambos da Lei 10.559/2002. Tal reparação civil foi reconhecida ao apelante, em virtude da condição de anistiado político, e paga na espécie, com todas as vantagens inerentes.

Cumpra mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiadados requer apenas a observância dos prazos de permanência em atividade exigidos pelas leis e regulamentos vigentes, conforme se observa na ementa do aludido precedente a seguir transcrita:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANISTIA. MILITAR. PROMOÇÃO. Constituição de 1988, ADCT, artigo 8º.

I. - O que a norma do art. 8º do ADCT exige, para a concessão de promoções, na aposentadoria ou na reserva, é a observância, apenas, dos prazos de permanência em atividade inscritos nas leis e regulamentos vigentes, inclusive, em consequência, do requisito de idade-limite para ingresso em graduações ou postos, que constem de leis e regulamentos vigentes na ocasião em que o servidor, civil ou militar, seria promovido.

II. - RE conhecido e improvido”.

Nessa linha, colho os seguintes precedentes: RE596.827-AgR-ED/RJ, Rel. Min. Eros Grau; RE 528.163-ED/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 540.508-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 174.161-EDv-ED/DF e RE 628.570-ED/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Desse modo, o recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando em atividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa. A propósito, confirmam-se (grifei):

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMPREGADO DA PETROBRÁS AFASTADO POR MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA. CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO RECONHECIDA, COM REPARAÇÃO ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI Nº 10.559/2002. A QUESTÃO ATINENTE À INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE INSTITUIU A RMNR (REMUNERAÇÃO MÍNIMA POR NÍVEL E REGIME) ENCONTRA-SE INSERIDA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ENVOLVENDO MATÉRIAS DE DIFERENTES COMPETÊNCIAS, SENDO UM DELES PREJUDICIAL, DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONCESSÃO DE PROMOÇÕES OBSERVADOS OS PRAZOS DE PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE PREVISTOS NAS LEIS E REGULAMENTOS VIGENTES. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. AGRAVO INTERNO interposto pelo autor DEMETRIO VILAGRA contra decisão monocrática proferida por este Relator em 29/8/2017 que negou seguimento à apelação em razão de sua manifesta improcedência, com fulcro no que dispõe o artigo 557, caput, do CPC/1973.

2. Restou claramente demonstrado na decisão vergastada que a questão relativa ao complemento da RMNR (remuneração mínima por nível e regime) diz respeito à interpretação das cláusulas do acordo coletivo de trabalho que a instituiu, encontrando-se inserida, portanto, na competência da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, colacionou-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 803.877/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016. Destacou-se, inclusive, que a questão atinente à RMNR paga aos empregados da PETROBRÁS encontra-se suspensa, conforme notícia veiculada em 29/3/2017 no site do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o DC - 23507-77.2014.5.00.0000, instaurado em 14/10/2014.

3. Na sequência, a decisão impugnada asseverou que no caso de cumulação de pedidos envolvendo matérias de diferentes competências, sendo um deles prejudicial, de natureza trabalhista, hipótese dos autos, o julgamento da ação compete à Justiça do Trabalho, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no CC 144.129/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/06/2016, DJe 01/07/2016; AgInt no CC 131.872/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 21/06/2017.

4. Quanto à questão das promoções, discorreu-se que as mesmas são deferidas como se o anistiado não tivesse sido afastado pelo ato de exceção; todavia, não se trata de se conceder promoções *ad eternum*, como se o anistiado nunca se aposentasse, mas sim, observados os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, computando-se o tempo em que o anistiado esteve afastado pelo ato de exceção. Nesse particular, destacou a r. sentença que “a documentação coligida aos autos demonstra que a parte autora não tinha possibilidade de progredir na carreira no período descrito na cláusula 10 do referido acordo, uma vez que já teria recebido 23 níveis salariais (...) Na época da implantação do P.C.A.C/2007, o autor passou para o nível 464B e seu provento hoje é de R\$ 22.127,12”.

5. Agravo interno improvido.”

(TRF3, 0003381-53.2016.4.03.6105/SP, Rel. Des. Federal JOHNSOMDI SALVO, SEXTA TURMA, J. 01/02/2018, DJe)

“ANISTIADOS POLÍTICOS. APOSENTADORIA ESPECIAL. REAJUSTES. MP 65/2002 E LEI 10.559/2002. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRA O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA/APELAÇÃO NÃO CONHECIDA, PORQUANTO A ALEGAÇÃO NÃO INTEGRA O PEDIDO INICIAL. REVISÃO. FALTA DE PROVA DE CÁLCULO ILEGAL OU INDEVIDO DA RMI DO BENEFÍCIO. REAJUSTES. EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DA ATIVA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA.

1. A ação, ajuizada em 1999, portando antes da vigência da mencionada legislação, tem o objetivo de "adequar os benefícios dos Apelantes aos funcionários que ingressaram no Banco do Brasil, na mesma época e que não tiveram nenhuma punição ou envolvimento de caráter político, os quais notoriamente receberam promoções e chegaram à um nível elevado em relação aos Autores, ora Apelantes." Assim, não se conhece do recurso, no que se refere ao pedido de reajuste nos termos da "Medida Provisória nº 65/2002, convertida na Lei nº 10.559/2002, que regulamentou o artigo 8º do ADCT".

2. O art. 8º do ADCT, a Lei n. 8.213/91 e o Decreto n. 611/92, trataram da RMI do benefício de segurado anistiado e não dos reajustes desse benefício, dispondo sobre a concessão e, acerca disso, garantindo, apenas, em relação às aposentadorias já concedidas aos anistiados, a revisão quanto às promoções na inatividade, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, e, ainda, os efeitos financeiros destas a partir da Constituição Federal de 1988.

3. Não há qualquer previsão, portanto, de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.

4. Indevido, ainda, também por falta de previsão legal, o reajuste das aposentadorias levando-se em conta promoções ou funções comissionadas, mormente quanto a períodos posteriores à data de concessão do benefício, uma vez que, como destacado, os benefícios devem ser concedidos com base no salário pago aos servidores da ativa, da mesma categoria dos autores, quando do ato de requerimento/concessão, não havendo que se falar em acréscimo de verbas de caráter pessoal, que não integram, de forma genérica, os salários pagos aos servidores da ativa.

5. Apelação conhecida apenas em parte e, na parte conhecida, desprovida."

(TRF3, AC nº 1999.61.83.000760-7, 5ª Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Giselle França, DJ 28.06.2012)

Na espécie, a aposentadoria do apelante encontra-se consolidada, razão pela qual a pretensão recursal relativa à promoção pela progressão funcional, nos moldes do art. 8º do ADCT, não prospera.

Quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isto porque o apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão no período descrito na cláusula 10 do referido acordo.

Ainda, cumpre asseverar que as parcelas relativas às vantagens de natureza indenizatória pleiteadas pelo apelante têm caráter transitório, percebidas a título individual, e portanto, não são incorporadas ao salário de benefício do aposentado anistiado.

Nesse ponto, andou bema r. sentença:

"Reitere-se que a PETROBRÁS, considerando a situação pessoal e particular da parte autora ressaltou nos autos, comprovando o alegado com documentos, que:

'Reiteramos, assim, o tópico acima. Considerando que o próprio autor junta documentos provando que recebeu 23 níveis salariais em sua carreira. Na época da implantação do PCAC/2007, o autor passou para o nível 464 B e seu provento hoje é de R\$ 16.333,84'.

(...)

Malgrado o art. 8º do ADCT tenha o condão de assegurar ao anistiado inativo remuneração equivalente à do funcionário em atividade, com suporte na jurisprudência sedimentada, aquelas parcelas que são incompatíveis com a condição básica de inativo, não tem o condão de beneficiá-lo.

Reitere-se que apenas as vantagens caracterizadas pela generalidade e de natureza remuneratória são passíveis de serem incorporadas aos proventos, todavia, as vantagens de natureza indenizatória e transitória, percebidas a título pessoal, não são incorporadas ao salário de benefício do aposentado ou do pensionista, uma vez que traduzem situações específicas e individuais, não conquistadas pela categoria como um todo e dependem do efetivo exercício do cargo, ou seja, são verbas incompatíveis com a condição de inativo."

Desse modo, quanto ao pleito relacionado à competência desta jurisdição, atinente à promoção, a negativa de provimento é medida que se impõe.

Ante o exposto, não conheço de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, nego provimento, nos termos da fundamentação.

É COMO VOTO.

EMENTA

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANISTIADO. RMNR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ACUMULAÇÃO DE PRETENSÕES, LIMITES DA JURISDIÇÃO. SÚMULA 170/STJ. REPARAÇÃO ECONÔMICA. ART. 8º ADCT, ART. 5º A 9º DA LEI 10.559/02. PROMOÇÕES. PERMANÊNCIA EM ATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

1. Consigne-se que a controvérsia relativa à Remuneração Mínima por Nível e Regime - RMNP é da competência da Justiça do Trabalho, haja vista demandar a interpretação de cláusulas de acordo coletivo de trabalho, aí se incluindo os complementos requeridos pelo autor, notadamente, o adicional de trabalho noturno, alimentação *in natura* e hora de repouso e alimentação.

2. A competência para julgar ação que acumule pretensões de natureza diversas – trabalhista e previdenciária -, é do juízo onde primeiro foi intentada a ação, a teor do Enunciado da Súmula 170 do STJ. Preliminar afastada.

3. Cumpre mencionar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 165.438/DF, assentou entendimento acerca da interpretação do art. 8º do ADCT, consignando que a promoção dos anistiados requer apenas a observância dos prazos de permanência em atividade exigidos pelas leis e regulamentos vigentes.

4. Desse modo, o recorrente somente faz jus às promoções asseguradas pelo art. 8º do ADCT quando em atividade, observados os prazos previstos na lei regulamentadora, sob pena de se conceder o benefício *ad eternum*. Isto porque não há qualquer previsão de reajuste posterior à instituição do benefício ou, ainda, a incorporação de promoção ou função comissionada paga aos servidores da ativa.

5. Ainda, quanto ao pleito de promoção em decorrência do plano de cargos, melhor sorte não assiste ao recorrente. Isto porque o apelante já teria recebido 23 níveis salariais, impossibilitando a progressão no período descrito na cláusula 10 do referido acordo.

6. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, não conheceu de parte do pedido, haja vista tratar-se de competência da Justiça do Trabalho e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000298-45.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N

APELADO: CERAMICA ALDEIA PANORAMA I LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: ADELER FERREIRA DE SOUZA - SP172245

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000298-45.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N

APELADO: CERAMICA ALDEIA PANORAMA I LTDA - EPP

Advogado do(a) APELADO: ADELER FERREIRA DE SOUZA - SP172245

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo INMETRO em face da r. sentença que julgou extinta a execução fiscal reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente.

Pugna a apelante a reforma da r. sentença aduzindo que “o MM. Juiz NAO ouviu PREVIAMENTE o representante da Fazenda Pública, violando, destarte, a norma legal pertinente”.

É o Relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000298-45.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
APELADO: CERAMICA ALDEIA PANORAMA I LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ADELER FERREIRA DE SOUZA - SP172245
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão referente a interpretação do artigo 40 da LEF foi pacificada como julgamento do REsp nº 1.340.553, sob o rito dos recursos repetitivos, pelo C. Superior Tribunal de Justiça que fixou que o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução (Tema 566); que havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (Tema 567); que a efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens (Tema 568); que havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (Tema 569); que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição (Tema 571).

Na hipótese vertida, o próprio exequente requereu o sobrestamento do feito com arrimo no artigo 40 da LEF, em 17/4/2006 e, após o transcurso de mais de cinco anos, foi proferida a r. sentença, em JUL/2019, reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente. Verifica-se, portanto, a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

Ressalte-se que a r. sentença não merece qualquer reparo, pois em consonância com o paradigma que trata do tema, cabendo ressaltar que em sua primeira oportunidade de falar nos autos, o exequente não demonstrou ter sofrido qualquer prejuízo, como, por exemplo, demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, não havendo, ainda, qualquer nulidade de intimação.

Neste sentir:

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - OCORRÊNCIA - PERMANÊNCIA DOS AUTOS EM ARQUIVO POR PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS - INÉRCIA DO EXEQUENTE - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1 - Com efeito, a configuração da prescrição intercorrente ocorre com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação da devedora, devendo também ficar caracterizada a inércia da exequente.

2 - In casu, evidencia-se a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

3 - É pacífica a jurisprudência do C. STJ no sentido de não ser necessária a intimação do credor acerca da suspensão da execução por ele mesmo requerida, bem como do arquivamento da execução.

4 - Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000497-16.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, Intimação via sistema DATA: 11/11/2019)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - OCORRÊNCIA – APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A questão referente a interpretação do artigo 40 da LEF foi pacificada com o julgamento do REsp nº 1.340.553, sob o rito dos recursos repetitivos, pelo C. Superior Tribunal de Justiça
2. Verifica-se a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.
3. A r. sentença não merece qualquer reparo, pois em consonância com o paradigma que trata do tema, cabendo ressaltar que em sua primeira oportunidade de falar nos autos, o exequente não demonstrou ter sofrido qualquer prejuízo, como, por exemplo, demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, não havendo, ainda, qualquer nulidade de intimação.
4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000205-82.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
APELADO: RUBENS GIMENEZ
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000205-82.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRAS DO MEIO AMBIEN E DOS REC NAT RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
APELADO: RUBENS GIMENEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo IBAMA em face da r. sentença que julgou extinta a execução fiscal reconhecendo a ocorrência da prescrição intercorrente.

Pugna a apelante a reforma da r. sentença, pois violado o artigo 40 da LEF, vez que “o MM Juiz NÃO ouviu PREVIAMENTE o representante da Fazenda Pública, violando, destarte, a norma legal pertinente”.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000205-82.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRAS DO MEIO AMBIEN E DOS REC NAT RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
APELADO: RUBENS GIMENEZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão referente a interpretação do artigo 40 da LEF foi pacificada com o julgamento do REsp nº 1.340.553, sob o rito dos recursos repetitivos, pelo C. Superior Tribunal de Justiça que fixou que o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução (Tema 566); que havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (Tema 567); que a efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens (Tema 568); que havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (Tema 569); que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição (Tema 570); a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição (Tema 571).

Na hipótese vertida, por decisão proferida em 28/4/2011, foi determinada a suspensão do processo com fundamento no artigo 40 da Lei n. 6.830/80. A r. sentença reconhecendo a prescrição foi lavrada em 5/7/2019. Verifica-se, portanto, a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

Ressalte-se que a r. sentença não merece qualquer reparo, pois em consonância com o paradigma que trata do tema (Tema 571/STJ), cabendo ressaltar que em sua primeira oportunidade de falar nos autos, o exequente não demonstrou ter sofrido qualquer prejuízo, como, por exemplo, demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, não havendo, ainda, qualquer nulidade de intimação.

Neste sentir:

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - OCORRÊNCIA - PERMANÊNCIA DOS AUTOS EM ARQUIVO POR PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS - INÉRCIA DO EXEQUENTE - APELAÇÃO IMPROVIDA.

1 - Com efeito, a configuração da prescrição intercorrente ocorre com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação da devedora, devendo também ficar caracterizada a inércia da exequente.

2 - In casu, evidencia-se a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

3 - É pacífica a jurisprudência do C. STJ no sentido de não ser necessária a intimação do credor acerca da suspensão da execução por ele mesmo requerida, bem como do arquivamento da execução.

4 - Apelação improvida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000497-16.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, Intimação via sistema DATA: 11/11/2019)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - OCORRÊNCIA – APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A questão referente a interpretação do artigo 40 da LEF foi pacificada com o julgamento do REsp nº 1.340.553, sob o rito dos recursos repetitivos, pelo C. Superior Tribunal de Justiça

2. Verifica-se a ocorrência da prescrição, pois os autos permaneceram sem qualquer movimentação por um período superior a 5 (cinco) anos.

3. A r. sentença não merece qualquer reparo, pois em consonância com o paradigma que trata do tema, cabendo ressaltar que em sua primeira oportunidade de falar nos autos, o exequente não demonstrou ter sofrido qualquer prejuízo, como, por exemplo, demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, não havendo, ainda, qualquer nulidade de intimação.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025631-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANONIMA

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO FARINA FILHO - SP75410-A, FERNANDA A BASOLO LAMARCO - SP312516-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025631-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANONIMA

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO FARINA FILHO - SP75410-A, FERNANDA A BASOLO LAMARCO - SP312516-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, nos embargos à execução fiscal 0030825-92.2014.4.03.6182 (relativo à execução fiscal 0044915-76.2012.4.03.6182), determinou a suspensão do processamento da ação até julgamento dos embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182 (relativo à execução fiscal 0045262-80.2010.4.03.6182).

Alegou que: (1) diante da necessidade e urgência na reforma da decisão, cabível a interposição do agravo de instrumento, em razão da taxatividade mitigada do artigo 1.015, CPC; (2) atua na venda no atacado e varejo de produtos importados e nacionais, sendo que, em relação aos produtos adquiridos do exterior, recolhe o IPI-importação no desembaraço aduaneiro; (3) ao efetuar revenda direta no varejo de tais mercadorias importadas, por não promover qualquer industrialização e sequer ser equiparado a estabelecimento industrial, ao vender mercadorias importadas no varejo (artigo 9º, III, Decreto 87.981/1982), não incide IPI, tomando irreuperável o recolhido no desembaraço aduaneiro tributo; (4) por se tratar de crédito de IPI "irrecuperável", e por não ter-se creditado e compensado os valores com outros tributos, registrou o IPI-importação como "custo" na apuração do lucro real (artigo 231, §3º, Decreto 1.041/1994), com consequente redução da base de cálculo do IRPJ/CSL; (5) a autoridade tributária glosou tais deduções, efetuando o lançamento de ofício de tais tributos no PAF 13808.001701/98-54, mantido após contencioso administrativo, sendo inscritos em dívida ativa sob número 80.2.12.003235-78 (IRPJ) e 80.6.12.007841-40 (CSL) e cobrados na EF 0044915-76.2012.4.03.6182; (6) em tal execução fiscal foram opostos os embargos 0030825-92.2014.4.03.6182 para discutir a cobrança, sendo proferida decisão de suspensão do processamento até julgamento dos embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182 (relativo à execução fiscal 0045262-80.2010.4.03.6182), por conta da existência de relação de prejudicialidade; (7) inexistência de identidade entre tais demandas, pois a EF 0045262-80.2010.4.03.6182 (e os embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182) trata da cobrança de IPI que o Fisco entendeu terem incidido nas revendas a varejo das mercadorias importadas em que houve incidência do IPI no desembaraço aduaneiro e que, conforme já dito, não incidiriam por não se equiparar a agravante a estabelecimento industrial, nos termos do artigo 9º, III, Decreto 87.981/1982, bem como em razão não se ter reconhecido direito a crédito compensável de IPI decorrente do recolhimento do IPI-importação e do princípio da não-cumulatividade; e (8) sendo as questões tratadas na EF 0044915-76.2012.4.03.6182 distintas das discutidas na EF 0045262-80.2010.4.03.6182 (e respectivos embargos do devedor), não há razão para suspender os embargos 0030825-92.2014.4.03.6182.

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025631-69.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA

AGRAVANTE: MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANONIMA

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO FARINA FILHO - SP75410-A, FERNANDA AABASOLO LAMARCO - SP312516-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, consta dos autos que nos embargos à execução fiscal 0030825-92.2014.4.03.6182 (relativo à execução fiscal 0044915-76.2012.4.03.6182), o Juízo acolheu alegação da União sobre a existência de questão prejudicial externa, consubstanciada nos embargos do devedor 0045262-80.2010.4.03.6182 (e EF 0049316-89.2010.4.03.6182), pois nesta última cuida-se da cobrança de IPI devido na saída de mercadorias importadas do estabelecimento da agravante para revenda no mercado interno, enquanto naquela ação executiva exige-se IRPJ e CSL resultante de entendimento do contribuinte de não-incidência do IPI na saída de mercadorias importadas para revenda no mercado interno, sobre o qual incidiu o IPI-Importação em etapa anterior.

Assim, o Juízo *a quo* determinou a suspensão do feito até o julgamento dos embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182, relativo à EF 0045262-80.2010.4.03.6182 (Id 92949988, f. 16):

"Vistos

Intimada para se manifestar sobre o pedido de suspensão do processo até julgamento dos Embargos nº. 0049316-89.2010.4.03.6182 (fls. 556/616), a Embargante informou que não concorda, porque as ações tratam de questões distintas. Neste processo discute-se débitos de IRPJ e CSL, supostamente devidos em razão do fato de a Requerente ter deduzido das bases de cálculo desses tributos os valores pagos a título de IPI na importação dos produtos enquanto naqueles o que se discute é a cobrança de IPI nas saídas dos produtos importados, revendidos no varejo. Em razão disso, os quesitos apresentados para perícia deferida nos Embargos nº. 0049316-89.2010.4.03.6182 também são distintos e estão relacionados (i) aos produtos revendidos no varejo; (ii) para quem foram vendidos tais produtos; e (iii) à natureza das atividades da empresa exclusivamente para fins das operações questionadas.

Decido.

Na decisão que deferiu a perícia requerida pela Embargante, justificou-se a necessidade da prova técnica para apurar se as vendas consideradas para efeito de glosas das deduções de IPI do IR e CSL decorriam de vendas de produtos importados no varejo ou no atacado, uma vez que, somente no primeiro caso o estabelecimento não seria equiparado a industrial e, por conseguinte, o IPI recolhido por ocasião do despacho aduaneiro das mercadorias importadas não geraria crédito para aproveitamento em futuros recolhimentos de créditos da mesma natureza, podendo, portanto, ser incluídos como custos operacionais para fins de dedução no IR e CSL.

Segundo demonstrado pela Embargada na petição e documentos de fls. 556/616, os Embargos nº 0049316-89.2010.4.03.6182 destinam-se a impugnar Execução Fiscal nº 0045262-80.2010.4.03.6182, que se refere a créditos de IPI apurados no Processo Administrativo nº. 13808.001704/98-42. Consta do Termo de Verificação Fiscal no referido processo (fls. 611/612):

'Encontram-se presentes desta forma os dois pressupostos legais e regulamentares que enquadram o estabelecimento em análise como equiparado a industrial, nos termos dos incisos I e III do artigo 9º do RPI, quais sejam:

a) - comércio de produtos importados diretamente ou por outro estabelecimento da mesma empresa;

b) - promovido por estabelecimento atacadista.

Baseados nos fatos expostos e na documentação anexada procedemos à lavratura do presente Auto de Infração tendo em vista a caracterização do estabelecimento como equiparado a industrial pelas razões de fato e de direito já expostas, relativo ao período de julho de 1.993 a novembro de 1.994, onde constatou-se importação e saída de produtos tributados pelo IPI;

- para o efeito de lançamento do imposto e acréscimos legais, foram considerados os totais mensais das operações de saídas a título de transferência para outros estabelecimentos do grupo, acrescidos da margem de lucro dos produtos tributados, conforme levantamento realizado por esta fiscalização em conjunto com a empresa, demonstrado às fls. 50/125. Do valor do IPI apurado, foi deduzido para cada período de apuração, o valor pago em DARF a título de IPI, quando do desembaraço aduaneiro.

Em decorrência deste procedimento, também será constituído crédito tributário na área do Imposto de Renda PJ, em processo separado, dado que os valores desembolsados a título de IPI foram apropriados como custo operacional para efeito de apuração do IRPJ.'

Como se vê, a cobrança impugnada nos referidos Embargos apresenta intrínseca relação com os débitos da execução aqui impugnada, sendo certo que, no caso de se entender que o pedido naqueles autos é procedente por não ser o estabelecimento da Embargante contribuinte do IPI pela revenda dos produtos importados, inexoravelmente deverá ser reconhecimento o direito à dedução do IPI-importação do IR e CSL, acarretando, também, a procedência dos presentes Embargos.

Há, portanto, verdadeira relação de prejudicialidade entre as demandas, a justificar a suspensão do processo, nos termos do art. 313, V, a, do CPC.

Assim, defiro o pedido da Embargada e determino a suspensão do processo até julgamento nos Embargos nº. 0045262-80.2010.4.03.6182."

Inicialmente, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, em rito de recurso repetitivo, no sentido de que "o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação" (Tema 988/STJ: RESP 1696396, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 19/12/2018), autoriza que o conhecimento do recurso, já que se refere, excepcionalmente, à hipótese que levaria à suspensão dos embargos à execução fiscal sem possibilidade de recurso apto a apreciar, em tempo, a ilegalidade supostamente havida.

Quanto à questão em si, como narrou a agravante, a EF 0045262-80.2010.4.03.6182 foi ajuizada para cobrar IPI constituído no PAF 13808.001701/98-54, sendo opostos os embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182, alegando que sobre mercadorias de importação própria, em relação a qual incidiu o IPI-Importação no despacho aduaneiro, não há incidência de IPI na saída do estabelecimento para revenda ao mercado interno varejista, tendo em vista: (1) não haver industrialização nesta etapa; e (2) não se equiparar a estabelecimento industrial, por efetuar revenda ao mercado varejista de tais produtos importados.

Por sua vez, a EF 0044915-76.2012.4.03.6182 foi ajuizada para cobrar IRPJ/CSL constituídos no PAF 13808.001701/98-54, após glosa de "custos" pelo IPI-Importação recolhido na apuração do lucro real. Nos embargos à execução fiscal 0030825-92.2014.4.03.6182, a agravante alegou que, ao efetuar a importação das mercadorias, incidiu IPI-importação, porém, na fase seguinte, ao promover a saída das mercadorias na revenda ao mercado interno atacadista, inexistindo industrialização, não incidiu IPI, impedindo a compensação do IPI-importação de acordo com o princípio da não-cumulatividade. Assim, tratando-se o IPI-importação pago na etapa anterior de tributo "irrecuperável", segundo a agravante, seria possível sua dedução do lucro real como "custo".

De fato, conforme alegado pela agravante, tratam-se de demandas sobre cobrança e discussão de tributos distintos. Contudo, tais ações detêm relação de prejudicialidade, nos termos do artigo 313, V, "a", CPC, pois, decorrendo os débitos do mesmo PAF 13808.001701/98-5, eventual procedência dos embargos à execução fiscal 0049316-89.2010.4.03.6182 (EF 0045262-80.2010.4.03.6182), com acolhimento da alegação de que na saída de mercadorias de importação própria para revenda ao mercado interno varejista não incide IPI, pode, eventualmente, resultar em acolhimento dos embargos à execução fiscal 0030825-92.2014.4.03.6182 (EF 0044915-76.2012.4.03.618), pois nestes alegou-se ser indevida a glosa da dedução do IPI-importação pago no despacho aduaneiro de mercadorias importadas sobre o lucro real, por se tratar de tributo "irrecuperável" e não compensável, conforme princípio da não-cumulatividade, quando da revenda da mercadoria ao mercado varejista interno, tendo em vista não constituir esta etapa fato gerador do IPI.

Ora, a não incidência do IPI na venda da mercadoria importada no mercado interno varejista, utilizada como alegação principal nos embargos do devedor do IPI, constitui premissa adotada para possibilitar a dedução do IPI-importação no lucro real para apuração do IRPJ/CSL, sob alegação de não ser compensável na saída do produto para venda no mercado interno varejista, tendo em vista esta não constituir fato gerador do IPI, sendo nítida a relação de prejudicialidade e a necessidade de sobrestamento de tais embargos do devedor para evitar decisões conflitantes.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DE IPI NA REVENDA COMO PREMISSA PARA DEDUÇÃO DE IPI-IMPORTAÇÃO DE ETAPA ANTERIOR NA APURAÇÃO DO LUCRO REAL PARA EFEITO DE IRPJ/CLS. SUSPENSÃO DAAÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECISÕES CONFLITANTES.

1. Cabível o agravo de instrumento, na espécie, pois o sobrestamento do processo, sem que tenha o recorrente oportunidade de discutir a decisão, acarretaria a consumação do prejuízo alegado sem a previsibilidade de recurso para exame, em tempo útil, da pretensão deduzida.

2. Embora os embargos do devedor, e respectivas execuções fiscais, tratem de tributos distintos (IRPJ/CSL e IPI), verifica-se conexão e prejudicialidade entre os feitos, pois a não incidência do IPI na venda da mercadoria importada no mercado interno varejista, utilizada como alegação principal nos embargos do devedor do IPI, constitui premissa adotada para possibilitar a dedução do IPI-importação no lucro real para apuração do IRPJ/CSL, sob alegação de não ser compensável ou aproveitável na saída do produto para venda no mercado interno varejista, por não constituir fato gerador do IPI, sendo nítida a necessidade de sobrestamento dos embargos do devedor para evitar decisões conflitantes.

3. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001668-65.2016.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DROGARIA SAO PAULO S.A.

Advogados do(a) APELANTE: THIAGO RODRIGUES SIMOES - SP326058-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001668-65.2016.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DROGARIA SAO PAULO S.A.

Advogados do(a) APELANTE: THIAGO RODRIGUES SIMOES - SP326058-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Drogaria São Paulo S.A.

A r. sentença julgou inteiramente improcedentes os presentes embargos, mantendo hígida a cobrança da CDA calculada no artigo 24, parágrafo único, da Lei 3.820/1960.

A Recorrente pretenda a reforma da r. sentença.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001668-65.2016.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: DROGARIA SAO PAULO S.A.

Advogados do(a) APELANTE: THIAGO RODRIGUES SIMOES - SP326058-A, RAFAELAGOSTINELLI MENDES - SP209974-A

APELADO: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO

Advogado do(a) APELADO: MARCUS ELIDIUS MICHELLI DE ALMEIDA - SP100076-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A matéria devolvida à apreciação desta Turma cinge-se à cobrança das multas por infração ao artigo 24 da Lei nº 3.820/60.

O artigo 24, parágrafo único, da Lei 3.820/1960, com a redação dada pela Lei 5.724/1971 c/c artigo 15 da Lei 5.991/1973, prevê a obrigatoriedade da presença do profissional farmacêutico durante todo o expediente de funcionamento das farmácias e drogarias, sob pena de aplicação de multa no valor de 1 (um) a 3 (três) salários mínimos, o qual será aplicado em dobro no caso de reincidência.

Pacificada a exigibilidade posta, conforme julgamento, sob o rito dos recursos repetitivos, que fixou a seguinte tese: os Conselhos Regionais de Farmácia possuem competência para fiscalização e autuação das farmácias e drogarias, quanto ao cumprimento da exigência de manterem profissional legalmente habilitado (farmacêutico) durante todo o período de funcionamento dos respectivos estabelecimentos, sob pena de incorrerem em infração passível de multa. Inteligência do art. 24 da Lei n. 3.820/60, c/c o art. 15 da Lei n. 5.991/73 – Tema 715/STJ.

Ademais, remansosa a jurisprudência pela possibilidade da utilização do *salário-mínimo* como parâmetro para a fixação de multa administrativa, pois na hipótese se trata de aplicação de sanção pecuniária, e não da sua utilização como indexador.

Nesse sentido, é o entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça - STJ e por este E. Tribunal. Vejam-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, A E C, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ADMINISTRATIVO. ESTABELECIMENTOS FARMACÊUTICOS. AUSÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO DURANTE O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR E APLICAR PENALIDADES. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. MULTA. FIXAÇÃO EM SALÁRIOS-MÍNIMOS. Compete aos Conselhos Regionais de Farmácia fiscalizar e aplicar penalidades às farmácias e drogarias que não cumprirem a obrigação legal de manter um responsável técnico habilitado em horário integral (artigos 10, c, e 24 da Lei n. 3.820/60, e § 1º do artigo 15 da Lei n. 5.991/73). "A atribuição dos órgãos de vigilância sanitária que, de acordo com o art. 44, do Decreto nº 74.170/74, que regulamentou a Lei nº 5.991/73, é competente para licenciar e fiscalizar as condições de funcionamento das drogarias e farmácias, bem como o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, o que não se confunde com a incumbência do CRF de empreender a fiscalização de tais estabelecimentos quanto ao fato de obedecerem a exigência legal de possuírem, durante todo o tempo de funcionamento, profissional legalmente habilitado junto àquela autarquia" (REsp n. 411.088/PR, Rel. Min. Luiz Fux, in DJ de 27.05.02). Quanto ao valor da multa aplicada, é pacífico o entendimento, neste egrégio Superior Tribunal de Justiça, de que sua fixação em salários mínimos, prevista na Lei n. 5.724/71, não se tornou ilegal após a Lei n. 6.205/75, que proibia a utilização do salário mínimo como indexador monetário. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso especial não conhecido.

(STJ, Segunda Turma, REsp: 415506, Rel. Min. FRANCULLI NETTO, Data de Julgamento: 13/08/2002, Data de Publicação: DJ 31.03.2003 p. 202)

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA (CRF). COBRANÇA DE MULTA ADMINISTRATIVA. SALÁRIO MÍNIMO - UTILIZAÇÃO COMO PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO DO MONTANTE DEVIDO - POSSIBILIDADE.

1. Execução fiscal ajuizada para a cobrança de multa de natureza punitiva, em razão da ausência de responsável técnico farmacêutico no estabelecimento no ato da fiscalização. A multa em apreço tem como fundamento legal o artigo 24, parágrafo único, da Lei nº 3.820/1960, dispositivo que faz remissão à Lei nº 5.724/1971.

2. A vedação em expressar valores monetários em quantidade de salários mínimos não atinge as multas administrativas (hipótese dos autos), visto que estas consubstanciam sanção pecuniária, revestidas, por conseguinte, de condão punitivo. Inexistência de identidade com as situações em que o salário mínimo é utilizado como um indexador monetário e/ou um supedâneo de fator inflacionário.

3. Estando as sanções pecuniárias dentro dos limites estabelecidos pelo art. 1º da Lei 5.724/1971, sua aplicação não padece de nulidade. Precedentes do STJ e da 3ª Turma do TRF3.

4. Apelação provida.

(TRF-3, Terceira Turma, AP n.º 2289995, Rel. Des. Fed. Cecília Marcondes, Data de Julgamento: 18/04/2018, e-DJF3 de 25/04/2018).

Por fim, embora regular a aplicação da multa, é firme o entendimento desta C. Turma no sentido de que, quando aplicada em valor superior ao *mínimo* legal, deve necessariamente ser motivada. Precedentes (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1830827 - 0055281-82.2009.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 21/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2018 / AC 00421824020124036182, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO: / AC 00003588020084036105, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO: / AC 00214991620114036182, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO: / AC 00028466820084036182, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/09/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

No caso dos autos, ausente a motivação por parte do CRF/SP, devendo, portanto, a multa ser reduzida ao valor de um salário *mínimo*, correspondente à pena mínima prevista no art. 24 da Lei nº 3.820/60, atualizado pelo art. 1º da Lei nº 5.724/71.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a multa aplicada ao mínimo legal.

É como voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA. CRF/SP. MULTA. ART. 24 DA LEI 3.820/60. PENALIDADE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. REDUÇÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA. APELAÇÃO PROVIDA PARCIALMENTE.

1. O artigo 24, parágrafo único, da Lei 3.820/1960, com a redação dada pela Lei 5.724/1971 c/c artigo 15 da Lei 5.991/1973, prevê a obrigatoriedade da presença do profissional farmacêutico durante todo o expediente de funcionamento das farmácias e drogarias, sob pena de aplicação de multa no valor de 1 (um) a 3 (três) salários mínimos, o qual será aplicado em dobro no caso de reincidência.

2. É remansosa a jurisprudência pela possibilidade da utilização do *salário-mínimo* como parâmetro para a fixação de multa administrativa, pois na hipótese se trata de aplicação de sanção pecuniária, e não da sua utilização como indexador.

3. Embora regular a aplicação da multa, é firme o entendimento desta C. Turma no sentido de que, quando aplicada em valor superior ao mínimo legal, deve necessariamente ser motivada.

4. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, para reduzir a multa aplicada ao mínimo legal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033011-46.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: HELOISA OLIVEIRA PASCOTE, JOAO FERNANDO GARCIA
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033011-46.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: HELOISA OLIVEIRA PASCOTE, JOAO FERNANDO GARCIA
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, rejeitou a alegação de prescrição para redirecionamento da ação aos sócios, veiculada em exceção de pré-executividade.

Alegou que: (1) embora tenha sido proferida decisão anterior corresponsabilizando os sócios da empresa executada, em razão da falência desta, até o momento não houve ato formal de citação das pessoas físicas; (2) inexistindo citação dos sócios, deve ser reconhecida a nulidade de todos os atos praticados em face destes nos autos, tal como o protesto da CDA; e (3) houve prescrição para o redirecionamento, tendo em vista que decorreu tempo superior a cinco anos entre a citação da pessoa jurídica e o pedido de redirecionamento.

Houve contraminuta pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5033011-46.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: HELOISA OLIVEIRA PASCOTE, JOAO FERNANDO GARCIA
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO SELEGHINI JUNIOR - SP144709, PATRIK CAMARGO NEVES - SP156541
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente, cabe ressaltar que, deferido pelo Juízo o redirecionamento da ação executiva aos sócios da empresa executada, desnecessária prévia citação destes para promoção do protesto da certidão de dívida ativa, nos termos da Lei 9.492/1997, justamente porque tal procedimento configura meio de cobrança extrajudicial de dívida de responsabilidade dos sócios, adotada com a finalidade conferir maiores possibilidade de impedir o prosseguimento de demanda judicial executiva.

No tocante à questão de fundo, sem desconsiderar a jurisprudência no sentido de que o encerramento das atividades da empresa em razão da falência não configura, por si só, hipótese de dissolução irregular, o Juízo *a quo* deferiu o redirecionamento da execução aos sócios, tendo em vista que, encerrada a falência e constatada a inexistência de bens da empresa, foram apurados fortes indícios da prática pelos sócios de atos fraudulentos tendentes a frustrar a satisfação dos interesses dos credores, que justificaram inclusive a desconsideração da personalidade jurídica da falida no bojo daquele procedimento, configurando assim hipótese de prática pelos sócios de atos com excesso de poderes ou infração de lei, nos termos do artigo 135, III, CTN (Id 108898796, f. 12):

[...]

No que se refere à continuação do processo contra os ex-sócios ou administradores da empresa falida, inicialmente é necessário esclarecer que a decretação da falência, em razão do insucesso do empreendimento comercial, não gera, por si só a responsabilidade do sócio apta a justificar o redirecionamento da execução fiscal. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra da sociedade, é a massa falida que responde pelas obrigações da sociedade até o encerramento da falência, sem prejuízo da responsabilidade pessoal do sócio se ficar demonstrada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.

No caso vertente, verifico que no curso do processo falimentar foi proferida decisão decretando a desconsideração da personalidade jurídica da falida com a consequente inclusão dos bens particulares de seus sócios no monte a ser arrecadado, ante a existência de indícios de que a empresa executada fora utilizada por seus sócios, João Fernando Garcia e Heloisa Oliveira Pascote, de maneira fraudulenta (fls. 83/85).

Com o encerramento do processo falimentar e a constatação de inexistência de bens do devedor principal, suficientes à liquidação do crédito tributário, é possível o redirecionamento da execução fiscal contra os corresponsáveis, notadamente se constatadas pelo Juízo falimentar, como in casu, irregularidades na condução dos negócios sociais. Assim, vislumbram-se fortes indícios de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, a justificar a responsabilização dos sócios, nos termos do art. 135, III, CTN.

ANTE O EXPOSTO, (1) com fundamento no art. 485, VI, do CPC, julgo extinta a execução fiscal em relação a SOVRANA TEXTIL LTDA - Massa falida, dado o encerramento do processo falimentar; (2) defiro o redirecionamento da execução fiscal em relação a João Fernando Garcia e Heloisa Oliveira Pascote."

Diante, pois, da corresponsabilização e protesto do título executivo, os sócios da empresa executada alegaram prescrição do redirecionamento, tendo em vista o decurso de prazo superior a cinco anos entre a citação da empresa executada, em 25/02/2011 (Id 108898791, f. 10) e a decisão que determinou a corresponsabilização, em 10/08/2016 (Id. 108898794, f. 19).

Sobre o tema, em julgamento submetido ao rito repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.

Fixou-se assim tese jurídica no sentido de que, na hipótese de prática de abuso de direito ou infração de lei após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento (Tema 444-REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019):

"(i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual;

(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da execução não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e,

(iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional".

Neste sentido, a ementa de tal julgado:

REsp 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica. TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): "prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica". DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte". 4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-*visa* - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária. 6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do ajuízo do ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009. 7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010. 8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada). TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Ajustada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para o redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (*distinguishing*). 10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para o redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular). 11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente"). 12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005. 13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública. TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da execução não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lustru que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição. 16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal. 17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados. 18. Recurso Especial provido."

No caso, após citação da empresa executada no endereço do sócio, em 25/02/2011 (Id 108898791, f. 10), este manifestou-se nos autos, em março/2011, informando a decretação da falência da pessoa jurídica, por sentença proferida em agosto/2007 (Id 108898791, f. 11). Assim, em agosto/2011, a União requereu expedição de ofício ao Juízo falimentar para esclarecer "o estágio atual da falência, se já quadro geral de credores, se houve realização de ativos, se houve instauração de eventual inquérito falimentar" (Id 108898791, f. 13). Determinada, previamente, a citação da empresa na pessoa do síndico, em maio/2012 (Id 108898791, f. 14), decisão retificada e reiterada em julho/2014 (Id 108898792, f. 07), foi cumprida em dezembro/2014 (Id 108898794, f. 02). Contudo, deixou-se de efetuar penhora no rosto dos autos, frente à informação fornecida no cartório, em dezembro/2014, de que a falência já havia se encerrado (Id 108898794, f. 04).

Diante disto, foi aberta vista à exequente, em março/2015 (Id 108898794, f. 05), que pleiteou o redirecionamento da ação aos sócios, tendo em vista indícios de fraude e instauração de inquérito judicial por crime falimentar (Id 108898794, f. 07). O requerimento foi deferido, em decisão de agosto/2016 (Id 108898794, f. 19).

Conforme se verifica, a exequente foi informada do encerramento do procedimento falimentar por sentença proferida em maio/2014 (Id 108898794, f. 16), em diligência efetuada em dezembro/2014 (Id 108898794, f. 04). Logo, deferido o redirecionamento da execução aos sócios da empresa executada, em agosto/2015 (Id 108898794, f. 19), não se vislumbra decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento (constatação do encerramento da falência sem localização de bens e de indícios de abuso de personalidade ou infração de lei) e seu exercício.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PROTESTO DE CDA. CITAÇÃO DOS EXECUTADOS. DESNECESSIDADE. FALÊNCIA. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. ENCERRAMENTO SEM LOCALIZAÇÃO DE BENS. PRÁTICA DE ATO DE ABUSO DE DIREITO OU INFRAÇÃO DE LEI. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. "ACTIO NATA". INOCORRÊNCIA.

1. Deferido pelo Juízo o redirecionamento da ação executiva aos sócios da empresa executada, desnecessária prévia citação destes para promoção do protesto da certidão de dívida ativa, nos termos da Lei 9.492/1997, justamente porque tal procedimento configura meio de cobrança extrajudicial de dívida de responsabilidade dos sócios, adotada com a finalidade conferir maiores possibilidades de impedir o prosseguimento de demanda judicial executiva.
2. Em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 444-REsp 1201993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 12/12/2019), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o termo inicial da prescrição para redirecionamento da execução fiscal, a partir da citação da devedora principal, aplica-se apenas às hipóteses em que o ilícito, nos termos do artigo 135, III, CTN, for anterior a tal ato processual.
3. Fixou-se no julgamento tese jurídica no sentido de que, na hipótese em que o abuso de personalidade jurídica ou infração de lei ocorrer após a citação da pessoa jurídica, a prescrição tem início na "*data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte*", por se tratar do momento do nascimento da pretensão fazendária ao redirecionamento.
4. A exequente foi informada do encerramento do procedimento falimentar, através de sentença proferida em maio/2014, em diligência efetuada em dezembro/2014. Assim, diante da decisão de redirecionamento da execução aos sócios da empresa executada, proferida em agosto/2015, não se vislumbra decurso de prazo superior a cinco anos entre o nascimento da pretensão ao redirecionamento (constatação do encerramento da falência sem localização de bens e verificação de indícios de abuso de personalidade ou infração de lei) e seu exercício.
5. Agravo de instrumento desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002493-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CR&S INDUSTRIA E COMERCIO DE FERRAGENS EIRELI - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A, RAYANE GOMES DORNELAS ALCOFORADO SUKAR - PE38721
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002493-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CR&S INDUSTRIA E COMERCIO DE FERRAGENS EIRELI - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A, RAYANE GOMES DORNELAS ALCOFORADO SUKAR - PE38721
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento à decisão que, em execução fiscal, não conheceu da exceção de pré-executividade, sob o fundamento de que o exame da questão suscitada demanda dilação probatória, e determinou a inclusão da empresa Ordenare Indústria e Comércio de Ferragens Ltda. (CNPJ 02.365.874/0001-78), no pólo passivo da execução fiscal, tendo em vista a regra do artigo 133 do CTN e a ocorrência de sucessão de fato.

Alegou-se, em suma, (1) prescrição, matéria de ordem pública que pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, nos termos do artigo 193 do Código Civil, e que não foi corretamente apreciada no Juízo de origem; (2) ausência dos pressupostos de certeza, liquidez e exigibilidade dos títulos executivos relativos à cobrança de PIS e COFINS, com inclusão de ICMS nas respectivas bases de cálculo, cuja inconstitucionalidade é questão eminentemente de direito, que pode ser apreciada na via da exceção de pré-executividade, dispensando produção de provas; e (3) a ausência probatória fática que permita a inclusão de Ordenare no pólo passivo da execução fiscal, pois a empresa foi constituída anteriormente ao crédito tributário, não houve diminuição ou esvaziamento patrimonial da executada e nem consta que a suposta sucessora tivesse recebido algum ativo financeiro ou patrimonial, nunca tiveram sede no mesmo endereço, não se aplicando o artigo 133 do CTN.

Houve contramemória, pelo não conhecimento do agravo de instrumento em relação à alegação de prescrição do crédito tributário, e, no mais, pelo desprovimento.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002493-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: CR&S INDUSTRIA E COMERCIO DE FERRAGENS EIRELI - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCOS PEREIRA OSAKI - SP138979-A, RAYANE GOMES DORNELAS ALCOFORADO SUKAR - PE38721
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Senhores Desembargadores, inicialmente não se conhece do agravo de instrumento em relação à alegação de prescrição do crédito tributário, pois a agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, limitando a descrever a indicação de suposta prescrição, sem analisar a questão atinente à coisa julgada, violando, assim, a regra do artigo 1.016, III, do Código de Processo Civil. Além do mais, a matéria já havia sido decidida anteriormente no julgamento da primeira exceção de pré-executividade, com interposição de agravo de instrumento 00031775-80.2012.4.03.0000 apreciado pela Corte, com trânsito em julgado, rejeitando a prescrição, não cabendo mais discussão sobre a matéria.

Igualmente, não se conhece dos temas atinentes à sucessão empresarial, em face de Ordenare, pois não cabe a agravante pleitear em nome próprio direito alheio, conforme previsto no artigo 18 do Código de Processo Civil.

Passa-se ao exame, da possibilidade ou não de discutir, na via estreita da exceção de pré-executividade, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS,

Primeiramente, encontra-se consolidado o entendimento no sentido da viabilidade do exame de inconstitucionalidade ou ilegalidade da execução fiscal, quando não envolvida dilação probatória, podendo ser discutidas questões de ordem pública, relacionadas aos pressupostos processuais, condições da ação, vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade.

A propósito, assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

ARESP 1.269.065, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJE 25/10/2019: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. SÚMULA 7/STJ DO STJ. 1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.110.925/SP, sob o rito do art. 543-C do CPC, proclamou o entendimento de que é cabível a Exceção de Pré-Executividade para discutir questões de ordem pública, na Execução Fiscal, ou seja, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, desde que não demandem dilação probatória (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe de 4/5/2009). 2. Tal entendimento, por sua vez, foi posteriormente consolidado com a edição da Súmula 393 do STJ, segundo a qual "a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". 3. O acórdão recorrido, ao entender que "o argumento de que existe diferença entre o valor do débito descrito na Cédula Rural Pignoraticia e Hipotecária e o valor principal descrito na certidão de dívida ativa não é matéria cognoscível pela via da exceção de pré-executividade ante à necessária análise de matéria probatória", considerou os pressupostos fáticos e probatórios que emergem do caso concreto, razão pela qual se aplica o óbice da Súmula 7/STJ para a solução do recurso. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp 358.750/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 12/4/2018; AgRg no REsp 1.340.985/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 22/11/2013. 4. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial."

A discussão da inconstitucionalidade, em si, da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é, de fato, matéria de direito, que não exige dilação probatória.

Sucedo, porém, que, em se tratando de impugnar título executivo, em que o valor do ICMS teria sido incluído por lançamento do contribuinte na base de cálculo do PIS/COFINS, é inerente à resolução do conflito a determinação do excesso correspondente a tal apuração. Tal questão não é estritamente de direito, mas envolve aspecto fático-probatório, sujeito à dilação por meio de comprovação documental ou até mesmo pericial, conforme o caso, não se adequando, pois, à via estreita da exceção de pré-executividade, em face da própria liquidez e certeza do título executivo que, embora possa ser, em princípio, afetada pela discussão da tese jurídica, somente pode ser efetivamente desconstituída, em detrimento da presunção legal, se liquidada, no plano fático-probatório, a apuração do excesso de execução.

Neste sentido:

AIRESP 1.704.550, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJE 14/08/2018: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. INCONSTITUCIONALIDADE DE INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS NÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE DE ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. SITUAÇÃO NÃO COMPROVADA PARA FINS DE DECOTE NA CDA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. Esta Corte já se manifestou acerca do cabimento de exceção de pré-executividade para discutir constitucionalidade de tributo. Contudo, não foi por contrariar essa assertiva que o acórdão recorrido não conheceu do pleito. O que ocorreu no caso dos autos foi o reconhecimento da impossibilidade de conhecimento da exceção de pré-executividade em razão da necessidade de dilação probatória a fim de corroborar o acolhimento do excesso de execução, eis que não demonstrado o recolhimento das contribuições ao PIS e a COFINS nas competências exigidas com a inclusão do ICMS sobre as contribuições referidas, ou seja, não foi trazido aos autos os documentos necessários a evidenciar o acréscimo desrazoado para análise de goza de presunção de liquidez e certeza. 2. É cediço nesta Corte que eventual reconhecimento de parcela inconstitucional de tributo incluída na CDA não invalida todo o título executivo (REsp 1.115.501/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC), permanecendo parcialmente exigível a parcela não evadida de vício, não havendo sequer necessidade de emenda ou substituição da CDA. Em casos que tais, esta Corte tem autorizado o chamado "decote" na CDA, sobretudo em casos que demandam meros cálculos aritméticos. 3. Se até mesmo nos casos de embargos à execução fiscal tem sido exigida a memória de cálculos e demonstrativo do excesso de execução para fins de recebimento dos embargos (AgRg no REsp 1.453.745/MG, Primeira Turma, DJe 17/04/2015), quanto mais a exceção de pré-executividade deve ser instruída com prova pré-constituída do pagamento da parcela inconstitucional do tributo para fins de possibilitar o decote na CDA, o que não ocorreu na hipótese, conforme declinado pelo acórdão recorrido, não possível abrir prazo para juntada de tais documentos posteriormente, haja vista o descabimento de dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade consoante orientação adotada no REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 04/05/2009, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973. 4. Agravo interno não provido."

AI 5031660-38.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, publicação 09/04/2020: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. DISCUSSÃO EM AUTOS DIVERSOS. EXTENSÃO. PREMATURIDADE. BACENJUD. CONVERSÃO EM RENDA. SUSPENSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cumpre esclarecer que a exceção de pré-executividade, embora não haja previsão legal a respeito, é admitida pela jurisprudência para veicular questões de ordem pública ou que não demandem dilação probatória, de modo que a violação apontada deve ser evidente, clara. 2. Não sem embargo, a Súmula nº 393 do Superior Tribunal de Justiça veicula que: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". 3. A questão controvertida, para ser considerada eminentemente de direito, não demandando qualquer dilação probatória, exige que constem nos autos elementos suficientes que permitam o reconhecimento imediato do pedido pelo Juízo de modo a infirmar a presunção de liquidez, certeza e exigibilidade da CDA. 4. A matéria vertida nos autos refere-se à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706/PR, firmando-se a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo das referidas contribuições. 5. Contudo, a veiculação da matéria em exceção de pré-executividade não é adequada quando considerada a necessidade de que se abra necessária dilação probatória de modo a quantificar a parcela inexigível, a qual, inclusive, no mais das vezes é controvertida entre as partes. 6. Aplicada a tese firmada pelo STF no RE 574.706, a União Federal deverá proceder ao recálculo da dívida, oportunidade em que deverá ter à sua disposição a comprovação do recolhimento indevido e o montante de ICMS que compôs a base de cálculo. 7. Ou seja, serão necessários documentos aptos a demonstrar quais receitas compuseram a dívida/base de cálculo das exações para, só então, realizar-se a devida adequação/recálculo, procedimento vedado na via estreita da exceção de pré-executividade. 8. No entanto, sustenta a agravante ter sido contemplada com o reconhecimento de imunidade tributária, conforme se extrai da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 5012136-26.2017.4.03.0000, de relatoria da Desembargadora Federal Mônica Nobre. Observo, de início, que tal decisão transitou em julgado. Ocorre que, o processo do qual se originou o referido recurso (Ação ordinária nº 0002158-46.2017.4.03.6100, em trâmite perante a 9ª Vara Federal Cível de São Paulo), encontra-se ainda em fase instrutória, com pedido de perícia para apuração de eventual delimitação temporal da imunidade, estando pendente de julgamento. 9. Nestes autos, não estão presentes elementos suficientes para a extensão imediata da coisa julgada havida no feito que tramitou perante a Des. Fed. Monica Nobre, quais sejam, a prova pré-constituída para a adequação à hipótese de ocorrência de imunidade tributária, motivo pelo qual é de ser afastado, por ora, o reconhecimento da nulidade das CDA's que instruem a execução fiscal subjacente, dotadas de presunção de liquidez e certeza. 10. De outro lado, deve ser suspensa a conversão em renda do montante tornado indisponível via Bacenjud, posto traduzir risco de lesão grave ou dano de difícil reparação enquanto pendente discussão judicial acerca da exigibilidade das contribuições sociais vertidas, em razão do reconhecimento da imunidade tributária. 11. Ressalte-se, outrossim, que deve ser mantida a conversão dos valores em penhora, determinada pela decisão a quo agravada. 12. Agravo de instrumento parcialmente provido."

No caso, a agravante pleiteou na exceção de pré-executividade a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, porém não se presta a via eleita para discutir excesso de execução, que exige dilação probatória, em face da presunção legal de liquidez e certeza do título executivo, cuja desconstituição não pode ser promovida apenas em abstrato com debate de mera tese jurídica, independentemente da repercussão fático-probatória.

Ante o exposto, conheço em parte do agravo de instrumento, e, nesta extensão, nego-lhe provimento.

É o voto.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. COISA JULGADA. SUCESSÃO EMPRESARIAL. ILEGITIMIDADE. ICMS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. EXCESSO DE EXECUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Inicialmente não se conhece do agravo de instrumento em relação à alegação de prescrição do crédito tributário, pois a agravante não atacou os fundamentos da decisão agravada, limitando a descrever a indicação de suposta prescrição, sem analisar a questão atinente a coisa julgada, violando, assim, a regra do artigo 1.016, III, do Código de Processo Civil. Além do mais, a matéria já havia sido decidida anteriormente no julgamento da primeira exceção de pré-executividade, com interposição de agravo de instrumento 00031775-80.2012.4.03.0000 decidida pela Corte, com trânsito em julgado, rejeitando a prescrição, não cabendo mais discussão sobre a questão. Não se conhece, por igual, dos temas de sucessão, frente à Ordenare, pois não cabe a agravante pleitear em nome próprio direito alheio, conforme previsto no artigo 18 do Código de Processo Civil.

2. No mérito, consolidado o entendimento no sentido da viabilidade do exame de inconstitucionalidade ou ilegalidade da execução fiscal, quando não envolvida dilação probatória, podendo ser discutidas questões de ordem pública, relacionadas aos pressupostos processuais, condições da ação, vícios objetivos do título executivo atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade: Súmula 393/STJ.

3. A discussão da inconstitucionalidade, em si, da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é, de fato, matéria de direito, que não exige dilação probatória.

4. Sucede, porém, que, em se tratando de impugnar título executivo, em que o valor do ICMS teria sido incluído por lançamento do contribuinte na base de cálculo do PIS/COFINS, é inerente à resolução do conflito a determinação do excesso correspondente a tal apuração. Tal questão não é estritamente de direito, mas envolve aspecto fático-probatório, sujeito à dilação por meio de comprovação documental ou até mesmo pericial, conforme o caso, não se adequando, pois, à via estreita da exceção de pré-executividade, em face da própria liquidez e certeza do título executivo que, embora possa ser, em princípio, afetada pela discussão da tese jurídica, somente pode ser efetivamente desconstituída, em detrimento da presunção legal, se liquidada, no plano fático-probatório, a apuração do excesso de execução.

5. No caso, a agravante pleiteou na exceção de pré-executividade a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, porém não se presta a via eleita para discutir excesso de execução, que exige dilação probatória, em face da presunção legal de liquidez e certeza do título executivo, cuja desconstituição não pode ser promovida apenas em abstrato com debate de mera tese jurídica, independentemente da repercussão fático-probatória.

6. Agravo de instrumento conhecido em parte e, nesta extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, conheceu em parte do agravo de instrumento, e, nesta extensão, negou-lhe provimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000207-11.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DO CINEMA
APELADO: SONOPRESS - RIMO INDUSTRIA E COMERCIO FONOGRAFICA S.A.
Advogado do(a) APELADO: WAGNER SILVA RODRIGUES - SP208449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000207-11.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DO CINEMA
APELADO: SONOPRESS - RIMO INDUSTRIA E COMERCIO FONOGRAFICA S.A.
Advogado do(a) APELADO: WAGNER SILVA RODRIGUES - SP208449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE, em face da r. sentença que julgou extinto o processo de execução fiscal, sem julgamento do mérito, com amparo no artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e, “No que concerne à verba honorária, a exequente por ela responde, haja vista que: a) a executada constituiu advogados, que opuseram exceção de pré-executividade; b) o acolhimento da referida exceção implicou na extinção desta demanda; e c) restou comprovado nos autos o indevido ajuizamento da presente ação, uma vez que o pagamento do débito ocorreu antes da propositura deste feito. Assim, condeno a exequente ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com base no art. 85, § 3º, I, do CPC.”.

Pugna a apelante, ANCINE, a reforma de r. sentença aduzindo que é indevida a condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000207-11.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DO CINEMA
APELADO: SONOPRESS - RIMO INDUSTRIA E COMERCIO FONOGRAFICA S.A.
Advogado do(a) APELADO: WAGNER SILVA RODRIGUES - SP208449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão em discussão, quando do julgamento do REsp nº 1.185.036, sob o rito dos recursos repetitivos, fixando o entendimento de que é possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade – Tema 421/STJ.

Fixada tal paradigma, o que se verifica na hipótese vertente, é que a parte executada teve que constituir advogado para se defender e comprovar que a exequente, indevidamente, ajuizou o presente executivo fiscal uma vez que o pagamento do débito em cobro foi realizado antes do ajuizamento da própria ação executiva dando, pois, a exequente, causalidade para arcar com o pagamento da verba honorária.

Neste sentir:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. No caso sub judice, a irresignação da apelante restringe-se ao pagamento de honorários advocatícios.

2. Segundo o princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa ao ajuizamento da ação responderá pelas despesas daí decorrentes e pelos honorários de advogado (precedente do STJ).

3. No caso dos autos, a parte executada teve que constituir advogado para se defender (exceção de pré-executividade - ID de n.º 19698532, págs. 49-66).

4. Com relação à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos casos em que é acolhida a exceção de pré-executividade, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso especial submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil já assentou entendimento de que, "É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da execução Fiscal pelo acolhimento de exceção de Pré-Executividade" (STJ, 1ª Seção, REsp 1.185.036/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/10/2010).

5. Recurso de apelação desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5009654-52.2018.4.03.6182, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1.O C. Superior Tribunal de Justiça já pacificou a questão em discussão, quando do julgamento do REsp nº 1.185.036, sob o rito dos recursos repetitivos, fixando o entendimento de que é possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade – Tema 421/STJ.

2.A parte executada teve que constituir advogado para se defender e comprovar que a exequente, indevidamente, ajuizou o presente executivo fiscal uma vez que o pagamento do débito em cobro foi realizado antes do ajuizamento da própria ação executiva dando, pois, a exequente, causalidade para arcar com o pagamento da verba honorária.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000291-91.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO MEDICINE BOWLTD
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
Advogado do(a) APELADO: MELISSAAOYAMA - SP204646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000291-91.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO MEDICINE BOWLTD
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
Advogado do(a) APELADO: MELISSAAOYAMA - SP204646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Auto Posto Medicine Bow Ltda.**, em face do acórdão assimmentado (ID 122610431):

"ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. LEI 9.847/99. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. LEGALIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS MANTIDOS. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do auto de infração nº 068.305.201034.321336, lavrado pela ANP, em razão de suposta infração ao disposto no artigo 1º da Portaria DNC nº 07/1993, e no artigo 3º, VI, da Lei nº 9.847/99. 2. Dentre as atribuições da Agência Nacional do Petróleo - ANP está a de regular e fiscalizar diretamente e de forma concorrente as atividades da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato. 3. A Lei nº 9.847/99 estabelece a imposição de multa em caso de não apresentação, na forma e no prazo previstos na legislação, dos documentos comprobatórios da comercialização de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis. 4. O autor, exerceu seu direito ao contraditório e à ampla defesa, apresentando defesa in casu, administrativa, alegações finais e recurso administrativo, inexistindo qualquer ilegalidade na atuação em comento, bem como na imposição da pena de multa, que, inclusive, foi aplicada no mínimo legal. 5. O Decreto nº 2.953/99, que trata sobre o procedimento administrativo para aplicação de penalidades por infrações cometidas nas atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, prevê que "as incorreções ou omissões do auto não acarretarão sua nulidade, quando deste constarem elementos suficientes para determinar a infração e possibilitar a defesa do infrator". 6. A fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC/93 – diploma legal em vigor à época da prolação da sentença -, não se mostra exorbitante, considerando que a demanda foi ajuizada há sete anos. 7. Apelação desprovida."

Alega a embargante que o acórdão foi omissivo ao não se atentar para o fato de que o artigo 6º do Decreto nº 2.953/99 estabelece que o documento de fiscalização lavrado pela ANP deve, obrigatoriamente, conter a assinatura do autuado e do autuante, juntamente com a indicação do órgão de origem, cargo, função e número de matrícula, sem as quais o documento é inválido. Aduz, ainda, que há clara violação ao artigo 5º inciso LV da Constituição Federal e ao artigo 489 §1º, incisos III e IV, do CPC.

Intimada para os fins do artigo 1.023, §2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000291-91.2012.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: AUTO POSTO MEDICINE BOWLTD
Advogado do(a) APELANTE: MAURO RAINERIO GOEDERT - SP324502-S
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTIVEIS
Advogado do(a) APELADO: MELISSAAO YAMA - SP204646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

Registre-se que os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento. Veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração opostos na origem não podem ser destinados ao "acréscimo de razões que para a parte pareçam significativas, mas que, para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 792.547/DF, Rel. Min. ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 19.8.2013). 2. "Não cabe ao Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a questionários postos pela parte sucumbente, que não aponta de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas deseja, isto sim, esclarecimentos sobre sua situação futura e profita o que considera injustiças decorrentes do 'decisum' (...)". (EDcl no REsp 739/RJ, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, DJ de 11.3.1991, p. 2395). 3. Agravo interno não provido". ..EMEN: (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1394852 2018.02.89134-0, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/02/2019 ..DTPB:) (grifei)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (Art. 1.022 DO CPC DE 2015). AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. EXIGÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM REPETITIVO. STJ - TEMA 994 - ICMS NÃO INTEGRA A BASE DE CÁLCULO DA CPRB - REJEIÇÃO. 1. À luz da melhor exegese do art. 1.021, §3º, e do art. 489, ambos do Código de Processo Civil de 2015, o julgador não está compelido, no curso do processo intelectual de formação de sua convicção para a solução do litígio, a guiar-se pela linha de raciocínio e questionamentos predefinida na argumentação das razões recursais. 2. Uma vez apreciados motivada e concretamente os fundamentos de fato e de direito que envolvem o litígio, tomando em consideração todas as alegações relevantes para a sua composição, não há cogitar em desrespeito à sistemática processual civil, assim como à norma do art. 93, IX, da CF. 3. O juiz ou tribunal deve decidir a questão controvertida indicando os fundamentos jurídicos de seu convencimento, manifestando-se sobre todos os argumentos capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada, não estando, porém, obrigado a responder "questionários" ou analisar alegações incapazes de conferir à parte os efeitos pretendidos. 4. Para aplicação da tese firmada em sede de recurso repetitivo é desnecessário aguardar seu trânsito em julgado. Precedentes. (...) 11. Embargos de declaração rejeitados". (ApCiv 0051635-71.2015.4.03.6144, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2019.) (grifei)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não conhecimento da suscitada violação ao art. 1022, I e II, do CPC, porquanto sequer foram objeto do acórdão impugnado. 2. As razões veiculadas nestes embargos demonstram, na verdade, o inconformismo das partes recorrentes com os fundamentos adotados no acórdão e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). 3. Não há ocorrência de nenhum dos vícios dos incisos I, II e III do artigo 1.022 do CPC, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016). 4. Inicialmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg, nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015). 5. Com efeito, do órgão julgador exige-se apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte - no caso, apontamentos de normas constitucionais e legais supostamente violados. Decisão judicial não é resposta a "questionário" da parte recorrente. 6. Ainda, ausente qualquer obscuridade, contradição, omissão ou erro material, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15" (STJ, EDcl nos EDcl nos AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016). 7. Embargos de declaração parcialmente conhecidos e, na parte conhecida, não providos. (ApCiv 0003985-03.2010.4.03.6500, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2019) (grifei)

No que diz respeito ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores.

Logo, o que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, o aresto analisou devidamente todas as questões, de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Os aclaratórios não se prestam a responder questionário ou consulta formulados pela parte, tampouco compete ao Poder Judiciário a apreciação exaustiva, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamento. Precedentes.
4. No que diz respeito ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa dos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores.
5. O que se percebe é que a embargante deseja que prevaleça a tese por ela defendida, no afã de reagitar questões de direito já dirimidas, à exaustão, pela Turma julgadora, com nítida pretensão de inversão do resultado final, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008588-52.2015.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: FABIO EDUARDO NEGRINI FERRO - SP163717-N
APELADO: METALURGICA CASAGRANDE LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO CACACE JUNIOR - SP187702
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008588-52.2015.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: FABIO EDUARDO NEGRINI FERRO - SP163717-N
APELADO: METALURGICA CASAGRANDE LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO CACACE JUNIOR - SP187702
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo IBAMA em face da r. sentença que julgou procedentes os embargos, julgando extinta a execução, ante o reconhecimento da ocorrência da prescrição.

Pugna a apelante a reforma da r. sentença ao argumento de que incorreu a prescrição do crédito.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008588-52.2015.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELANTE: FABIO EDUARDO NEGRINI FERRO - SP163717-N
APELADO: METALURGICA CASAGRANDE LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO CACACE JUNIOR - SP187702
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A questão posta nos autos diz respeito a reconhecimento de prescrição em sede de embargos à execução fiscal, na qual se objetiva cobrança de crédito tributário referente à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA.

Com efeito, a r. sentença não merece qualquer reparo, pois apesar de não decaído o direito para a constituição do crédito, a cobrança do mesmo foi atingida pela prescrição, vejamos:

O crédito tributário em questão se refere à TCFA relativa ao primeiro trimestre de 2004 e quarto trimestre de 2008, cujo pagamento poderia ter sido efetuado até o quinto dia útil do mês seguinte. Sendo assim, caso não efetuado o pagamento, o Fisco poderia lançar o tributo enquanto não ocorrida a decadência, cujo prazo tem início a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, tomando o crédito mais antigo, no caso, 1º de janeiro de 2006, de modo que, realizado o lançamento em **28/7/2009**, constata-se não haver sido alcançado pela decadência. Nesse sentido: REsp. 1.241.735/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 04.05.2011, e REsp. 1.242.791/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 17.08.2011.

A partir do crédito constituído o Fisco possui cinco anos para promover a cobrança do crédito sob o risco de seu direito prescrever.

No caso, a execução fiscal foi ajuizada em **10/10/2014**, ou seja, após o decurso do prazo quinquenal.

Neste sentir, já se manifestou esta C. Turma julgadora:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a reconhecimento de prescrição em sede de embargos à execução fiscal, na qual se objetiva cobrança de crédito tributário referente à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA.

2. Entendimento consolidado no C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o tributo em tela é sujeito a lançamento por homologação. Precedente: REsp 1259634/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011).

3. É sabido que, tratando-se de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a constituição definitiva do crédito tributário se perfaz com a entrega ao Fisco, pelo contribuinte, de declaração reconhecendo o débito fiscal e antecipando seu pagamento, dispensada, nos termos da Súmula 436 do C. Superior Tribunal de Justiça, qualquer outra providência por parte da Administração Pública.

4. A ausência de entrega de declaração pelo contribuinte, ou nas hipóteses de tributo declarado e não pago, pagamento parcial ou pagamento realizado em desacordo com a legislação tributária, a constituição do crédito tributário deve ocorrer mediante lançamento de ofício pela autoridade fazendária, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, cumulado com o art. 173, I, do mesmo diploma legal.

5. Uma vez efetuado o lançamento de ofício, por meio da lavratura de auto de infração, a notificação do devedor possibilita a este a impugnar a cobrança, com deflagração do processo administrativo correspondente, cuja decisão definitiva coincide com o termo inicial da fluência do prazo prescricional. Por este entendimento, o teor da Súmula 622 do C. Superior Tribunal de Justiça.

6. No caso concreto, cuidando-se de hipótese de lançamento realizado de ofício ante à inexistência de entrega de declaração, a referida notificação ao sujeito passivo deve ocorrer no prazo decadencial de 5 anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, segundo art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

7. Integra a presente execução fiscal a Certidão de Dívida Ativa nº 141542, cujos débitos nela inscritos apresentam vencimento entre as datas 07.04.2004, 07.07.2004, 07.10.2004, 07.01.2005, 07.04.2005, 07.07.2005, 07.10.2005, 06.01.2006, 07.04.2006, 07.07.2006, 06.10.2006, 08.01.2007, 08.04.2007, 06.07.2007, 05.10.2007, 08.01.2008, 07.04.2008, 07.07.2008, 07.10.2008 e 08.01.2009.

8. O primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, portanto, corresponde às datas de 01.01.2005 até 01.01.2010, que, no caso, configuram o termo inicial do prazo decadencial quinquenal.

9. Em 28.07.2009 houve notificação do embargante para pagamento do débito no prazo de 30 dias, interrompendo-se o curso do prazo decadencial quinquenal. É correto dizer, destarte, que os débitos em tela não foram atingidos pela decadência.

10. Escoado o prazo de 30 dias, previsto no art. 15 do Decreto 70.235/72, para pagamento do débito ou impugnação e deflagração do processo administrativo, verifica-se que a constituição definitiva do crédito tributário ocorreu em 27.08.2009.

11. A execução fiscal, por sua vez, somente foi ajuizada em 04.07.2017, após o decurso do prazo quinquenal.

12. Em pesem os argumentos da autarquia federal no sentido da anulação do lançamento anteriormente realizado, não se pode cogitar de reinício do prazo prescricional quinquenal por ocasião do reconhecimento da extinção de certos créditos tributários fulminados pela decadência (exercícios de 2001, 2002 e 2003). Isto porque tal situação não caracteriza vício formal, e, portanto, não se enquadra nas hipóteses legais aptas a ensejar revisão do lançamento, nos termos do art. 149 do Código Tributário Nacional.

13. Não consta dos autos a suposta impugnação oferecida pelo embargante.

14. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003999-82.2017.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 06/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TAXA DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL – TCFA – CONSTITUIÇÃO CRÉDITO. AJUIZAMENTO DO EXECUTIVO FISCAL. APÓS O TRANSCURSO DE 5 ANOS. PRESCRIÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. A questão posta nos autos diz respeito a reconhecimento de prescrição em sede de embargos à execução fiscal, na qual se objetiva cobrança de crédito tributário referente à Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA.

2. O crédito tributário em questão se refere à TCFA relativa ao primeiro trimestre de 2004 e quarto trimestre de 2008, cujo pagamento poderia ter sido efetuado até o quinto dia útil do mês seguinte. Sendo assim, caso não efetuado o pagamento, o Fisco poderia lançar o tributo enquanto não ocorrida a decadência, cujo prazo tem início a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, tomando o crédito mais antigo, no caso, 1º de janeiro de 2006, de modo que, realizado o lançamento em 28/7/2009, constata-se não haver sido alcançado pela decadência.

3. A partir do crédito constituído o Fisco possui cinco anos para promover a cobrança do crédito sob o risco de seu direito prescrever. No caso, a execução fiscal foi ajuizada em 10/10/2014, ou seja, após o decurso do prazo quinquenal.

4. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008552-61.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ICCLA S/A COMERCIO INDUSTRIA IMPORTACAO E EXPORTACAO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 857/2089

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008552-61.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ICLAS/A COMERCIO INDUSTRIA IMPORTACAO E EXPORTACAO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Icla S/A Comércio, Indústria, Importação e Exportação** e pela **União** em face do acórdão de id nº 95268653, f. 43-45, assimmentado:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO TEMPORAL E LÓGICA. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO PARCIAL DOS CRÉDITOS. INTERRUÇÃO PELO PARCELAMENTO DOS CRÉDITOS INSERTOS NO REFIS. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA POSTERIORMENTE À 09.06.2005. NOVA INTERRUÇÃO. COMPOSIÇÃO GRÁFICA POR ENCOMENDA. ATIVIDADE SECUNDÁRIA. INCIDÊNCIA DO IPI. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Conforme se verifica na publicação do Diário da Justiça Eletrônico de 10.12.2010, a apelante fora intimada do indeferimento de prova pericial, porém, *quedou-se inerte, não apresentando o recurso competente em tempo próprio. Portanto, deve ser reconhecido os efeitos da preclusão para a realização de prova pericial contábil no caso sub judice.*
2. Quanto à prescrição, *constam 126 (cento e vinte e seis) fatos imponíveis tributários descritos no auto de infração de f. 1044-1090 e em relação a estes, as situações apresentam-se de forma diversa, razão pela qual é necessário o seu agrupamento para definir o termo inicial e final do prazo extintivo.*
3. O primeiro ponto que deve se ter em mente é que a constituição de todos os fatos imponíveis ocorreu em 31.08.2000, momento em que o contribuinte fora intimado do auto de infração lavrado.
4. Outro ponto de vital importância é que em relação a determinados fatos imponíveis, ocorreu o parcelamento instituído pela Lei nº 9.964/00, conforme demonstra o documento de f. 1096-1108, o que acarreta na interrupção do prazo prescricional, o qual teve retomada a sua contagem em 17.01.2009, momento em que rescindido o parcelamento, conforme demonstra o documento de f. 1342.
5. Fixe-se que em relação à maioria dos fatos imponíveis foi ajuizada a execução fiscal de nº 2009.61.19.008574-9 (0008574-51.2009.4.03.6119) em 30.07.2009, com o despacho que ordena a citação datado de 05.08.2009 (f. 232, daqueles autos), porém em relação às demais, não há notícia nos autos de que os créditos tributários foram extintos por qualquer uma das formas admitidas na legislação de regência ou que ao menos tiveram prosseguimento na cobrança ou suspensão por qualquer outra forma.
6. Do parágrafo acima, podemos inferir que em referência aos fatos imponíveis dos quais foi ajuizada a execução fiscal, a prescrição interrompera-se em 05.08.2009, porém em relação às demais, o prazo continuou transcorrendo.
7. Em razão do acima exposto, temos que os fatos geradores dos seguintes períodos de apuração encontram-se prescritos: 30/09/1995, 10/10/1995, 31/10/1995, 10/11/1995, 20/11/1995, 30/11/1995, 10/12/1995, 20/12/1995, 10/02/1996, 20/02/1996, 29/02/1996, 10/03/1996, 20/03/1996, 10/04/1996, 10/05/1996, 31/05/1996, 10/08/1996, 28/02/1998, 10/01/2000, 20/01/2000, 31/01/2000, 10/02/2000, 20/02/2000, 29/02/2000, 10/03/2000 e 31/03/2000.
8. Em relação aos demais fatos imponíveis de período de apuração diverso do descrito no parágrafo acima, o parcelamento, bem como a prolação do despacho que ordena a citação na execução fiscal em momento anterior ao termo final da prescrição, não os tornou extintos, razão pela qual se mantém exigíveis e, em relação a estes passa-se à análise do mérito.
9. A autora alega, em apartada síntese, que a atividade preponderante é a prestação de serviços gráficos, exclusivamente personalizados, de caráter nitidamente de "um fazer", o que atrairia a incidência do ISSQN em detrimento do IPI, pretendido pela Fazenda Pública Nacional, ao lavrar os autos de infrações combatidos.
10. Nesta seara, há de se diferenciar a atividade primária da secundária e, com ilustre brilhantismo, a r. sentença vergastada explanou a atividade da autora, demonstra como inequívoco o caráter secundário da composição gráfica, indicando que a industrialização se perfaz como a principal da sociedade empresária.
11. Pelo tudo o quanto exposto, é *inarrredável que a composição gráfica sob encomenda é atividade secundária da sociedade empresária, razão pela qual é devida a incidência do IPI, nos termos tais quais lançados no auto de infração, dos fatos imponíveis sobre os quais não recaiu a prescrição.*
12. Recurso de apelação parcialmente provido."

A autora alega, em síntese, que:

a) a r. sentença fundou-se unicamente na apreciação do objeto social da sociedade empresária e no quanto constava no endereço eletrônico, sendo certo que tais meios são inidôneos para verificar a efetiva produção realizada e, neste seara, não foi oportunizada a ampla defesa inerente ao procedimento judicial a fim de que se chegue a prestação jurisdicional alicerçada na mais lida justiça;

b) ao juízo não cabe produzir provas, sendo certo que a utilização dos elementos constantes no endereço eletrônico da sociedade empresária não poderia fundamentar a decisão;

c) há omissão no que se refere a períodos anteriores a 08/2000 e sobre os quais não fora reconhecida a prescrição;

d) não houve a expressa manifestação acerca de que a composição gráfica é atividade caracterizada como prestação de serviço e, portanto, impossível a incidência do IPI sobre tal atividade.

Por seu turno a União aduz em seus embargos que a prescrição em nenhum momento foi avertida na inicial, razão pela qual não poderia ser analisada nos presentes autos.

Devidamente intimadas, as partes se manifestaram pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos pela parte adversa.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008552-61.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ICLAS/A COMERCIO INDUSTRIA IMPORTACAO E EXPORTACAO
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração não merecem prosperar.

De fato, inexistente qualquer vício no aresto, nos moldes preceituados pelo artigo 1.022, do Código de Processo Civil. O acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta E. Turma.

Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de algum dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, o que não ocorre no caso dos presentes autos, sendo certo que plenamente aplicável o quanto dispõe o artigo 1.025, do Código de Processo Civil.

No que concerne à alegação de cerceamento de defesa e a necessidade de dilação probatória para a verificação das atividades da sociedade empresária, o acórdão foi hialino em delimitar que tal questão restou preclusa, em razão da ausência de insurgência oportuna por parte da autora, quando do juízo *a quo* indeferir a pretendida produção de prova.

Neste desiderato, a utilização do estatuto social demonstra-se como plenamente cabível para a análise do caso vertente, haja vista que tal prova documental deve retratar as efetivas atividades realizadas pelo empresário, espelhando-se, desta forma, a realidade.

Quanto à alegação da utilização dos elementos probatórios constantes no endereço eletrônico da sociedade empresária, melhor sorte não acompanha a ora embargante, haja vista que a sentença apenas utilizou-se de tais elementos para reforçar o entendimento já sedimentado pela análise da prova dos autos, quais seja, o estatuto social, demonstrando que a atividade do empresário consistia em industrialização de produtos e não prestação de serviços.

No que se refere à prescrição não reconhecida em relação aos fatos anteriores a agosto de 2000, a decisão versgatada é devidamente clara em reconhecer que sobre tais períodos em que ocorreram os fatos impositivos incidiram hipóteses de interrupção e suspensão do prazo prescricional. A fim de evidenciar tal reconhecimento, veja-se excerto do voto:

“Passa-se à descrição dos fatos impositivos de período de apuração que foram parcelados e que tiveram o seu prazo prescricional interrompido em 26.04.2000 (f. 1093) e que iniciou novamente o seu transcurso em 17.01.2009 (f. 1342): 20/02/1996, 29/02/1996, 10/03/1996, 20/03/1996, 10/04/1996, 20/04/1996, 30/04/1996, 10/05/1996, 20/05/1996, 31/05/1996, 10/06/1996, 20/06/1996, 30/06/1996, 10/07/1996, 20/07/1996, 31/07/1996, 20/08/1996, 31/08/1996, 10/09/1996, 20/09/1996, 30/09/1996, 10/10/1996, 20/10/1996, 31/10/1996, 10/12/1996, 20/12/1996, 31/12/1996, 10/10/1997, 20/10/1997, 31/10/1997, 10/11/1997, 20/11/1997, 30/11/1997, 10/12/1997, 20/12/1997, 31/12/1997, 10/01/1998, 20/01/1998, 31/01/1998, 10/02/1998, 20/02/1998, 10/03/1998, 20/03/1998, 31/03/1998, 10/04/1998, 20/04/1998, 30/04/1998, 10/05/1998, 20/05/1998, 31/05/1998, 10/06/1998, 20/06/1998, 30/06/1998, 10/07/1998, 20/07/1998, 31/07/1998, 10/08/1998, 20/08/1998, 31/08/1998, 10/09/1998, 20/09/1998, 30/09/1998, 10/10/1998, 20/10/1998, 31/10/1998, 10/11/1998, 20/11/1998, 30/11/1998, 10/12/1998, 20/12/1998, 31/12/1998, 10/01/1999, 20/01/1999, 31/01/1999, 10/02/1999, 20/02/1999, 28/02/1999, 10/03/1999, 20/03/1999, 31/03/1999, 10/04/1999, 20/04/1999, 30/04/1999, 10/05/1999, 20/05/1999, 31/05/1999, 10/06/1999, 20/06/1999, 30/06/1999, 10/07/1999, 20/07/1999, 31/07/1999, 10/08/1999, 20/08/1999, 31/08/1999, 10/09/1999, 20/09/1999, 30/09/1999, 10/10/1999, 20/10/1999, 31/10/1999, 10/11/1999, 20/11/1999, 30/11/1999, 10/12/1999, 20/12/1999 e 31/12/1999.

Já os períodos de apuração que tiveram o prazo interrompido pelo despacho que ordenou a citação na execução fiscal de nº 0008574-51.2009.4.03.6119 foram os seguintes: 20/04/1996, 30/04/1996, 20/05/1996, 10/06/1996, 20/06/1996, 10/07/1996, 20/07/1996, 31/07/1996, 10/08/1996, 20/08/1996, 31/08/1996, 10/09/1996, 20/09/1996, 30/09/1996, 10/10/1996, 20/10/1996, 31/10/1996, 10/12/1996, 20/12/1996, 31/12/1996, 10/10/1997, 20/10/1997, 31/10/1997, 10/11/1997, 20/11/1997, 30/11/1997, 10/12/1997, 20/12/1997, 31/12/1997, 10/01/1998, 20/01/1998, 31/01/1998, 10/02/1998, 20/02/1998, 28/02/1998, 10/03/1998, 20/03/1998, 31/03/1998, 10/04/1998, 20/04/1998, 30/04/1998, 10/05/1998, 20/05/1998, 31/05/1998, 10/06/1998, 20/06/1998, 30/06/1998, 10/07/1998, 20/07/1998, 31/07/1998, 10/08/1998, 20/08/1998, 31/08/1998, 10/09/1998, 20/09/1998, 30/09/1998, 10/10/1998, 20/10/1998, 31/10/1998, 10/11/1998, 20/11/1998, 30/11/1998, 10/12/1998, 20/12/1998, 31/12/1998, 10/01/1999, 20/01/1999, 31/01/1999, 10/02/1999, 20/02/1999, 28/02/1999, 10/03/1999, 20/03/1999, 31/03/1999, 10/04/1999, 20/04/1999, 30/04/1999, 10/05/1999, 20/05/1999, 31/05/1999, 10/06/1999, 20/06/1999, 30/06/1999, 10/07/1999, 20/07/1999, 31/07/1999, 10/08/1999, 20/08/1999, 31/08/1999, 10/09/1999, 20/09/1999, 30/09/1999, 10/10/1999, 20/10/1999, 31/10/1999, 10/11/1999, 20/11/1999, 30/11/1999, 10/12/1999, 20/12/1999, 31/12/1999, 10/01/2000, 20/01/2000, 31/01/2000, 10/02/2000, 20/02/2000, 29/02/2000, 10/03/2000 e 31/03/2000.

Em razão do acima exposto, temos que os fatos geradores dos seguintes períodos de apuração encontram-se prescritos: 30/09/1995, 10/10/1995, 31/10/1995, 10/11/1995, 20/11/1995, 30/11/1995, 10/12/1995, 20/12/1995, 10/02/1996, 20/02/1996, 29/02/1996, 10/03/1996, 20/03/1996, 10/04/1996, 10/05/1996, 31/05/1996, 10/08/1996, 28/02/1998, 10/01/2000, 20/01/2000, 31/01/2000, 10/02/2000, 20/02/2000, 29/02/2000, 10/03/2000 e 31/03/2000.

Em relação aos demais fatos impositivos de período de apuração diverso do descrito no parágrafo acima, o parcelamento, bem como a prolação do despacho que ordena a citação na execução fiscal em momento anterior ao termo final da prescrição, não os tornou extintos, razão pela qual se mantém exigíveis e, em relação a estes passa-se à análise do mérito.”

No que se refere à atividade de prestação de serviços gráficos, ficou devidamente sedimentado que se trata de atividade secundária da sociedade empresária, atraindo, portanto, a incidência do IPI, pois a industrialização é a natureza preponderante da atividade realizada.

No que aludem os embargos de declaração da União, a questão é demasiadamente pacífica nos Tribunais pátrios de que a prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, é cognoscível de ofício pelo julgador. Neste sentido, seguem os seguintes precedentes:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. QUESTÃO NÃO TRATADA NA APELAÇÃO. MATÉRIA SUSCITADA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO À ORIGEM. AGRAVO INTERNO DA EMPRESA NÃO PROVIDO.

1. A prescrição é matéria de ordem pública, passível de conhecimento pelas instâncias ordinárias a qualquer tempo, ainda que tenha sido arguida somente em sede de Embargos de Declaração. Deveria o Tribunal ter analisado a questão, o que caracteriza violação do art. 535 do Código de Processo Civil. Precedentes: AgInt no AREsp. 1.326.396/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 27.3.2019; REsp. 1.797.901/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 19.8.2019; AgInt no AREsp. 937.652/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 30.8.2019 e EDcl no AgRg no Ag 1.363.193/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIAS, DJe 23.10.2019.

2. Agravo Interno da Empresa não provido.”

(AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1516071 2015.00.34103-5, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:19/12/2019 .DTPB:.)

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONFIGURAÇÃO.

- Prescrição é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício em qualquer grau de jurisdição e, na vigência do CPC/73, não havia exigência legal de intimação das partes para se manifestar, antes de se proferir decisão acerca do tema.

[...]

- Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial desprovida.”

(ApelRemNec 0034107-66.1999.4.03.6182, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2017.)

O que se percebe é que as embargantes buscam a revisão do julgado, o que não é possível em sede de embargos de declaração.

Ante o exposto, **REJEITO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ANÁLISE EFETIVA DOS PERÍODOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS GRÁFICOS. ATIVIDADE SECUNDÁRIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. INCIDÊNCIA DO IPI. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO. ACÓRDÃO LIVRE DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO.

1. No que concerne à alegação de cerceamento de defesa e a necessidade de dilação probatória para a verificação das atividades da sociedade empresária, o acórdão foi hialino em delimitar que tal questão restou preclusa, em razão da ausência de insurgência oportuna por parte da autora, quando do juízo *a quo* indeferir a pretendida produção de prova.
2. No que se refere à prescrição não reconhecida em relação aos fatos anteriores a agosto de 2000, a decisão versgada é devidamente clara em reconhecer que sobre tais períodos em que ocorreram os fatos impositivos incidiram hipóteses de interrupção e suspensão do prazo prescricional.
3. No que se refere à atividade de prestação de serviços gráficos, ficou devidamente sedimentado que se trata de atividade secundária da sociedade empresária, atraindo, portanto, a incidência do IPI, pois a industrialização é a natureza preponderante da atividade realizada.
4. No que aludem os embargos de declaração da União, a questão é demasiadamente pacífica nos Tribunais pátrios de que a prescrição, por se tratar de matéria de ordem pública, é cognoscível de ofício pelo julgador.
5. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição ou obscuridade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013432-19.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MINI MERCADO BESSON LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013432-19.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MINI MERCADO BESSON LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União em face do acórdão de id nº 41267640, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO SUMETIDO DE OFÍCIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. LEGISLAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA OU DO ENCONTRO DE CONTAS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- 1. Não se conhece do recurso de apelação, no que se refere à impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, pois não fora sucumbente nesta parte.*
- 2. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
- 3. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que institui o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.*
- 4. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.*
- 5. O reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.*
- 6. Assim, por se tratar de demanda ajuizada antes da vigência da Lei nº 13.670/18, impossível o reconhecimento daquela modalidade de compensação. Frise-se que não se trata de não conhecer da legislação superveniente, mas da fixação da legislação aplicável no momento do pleito formulado.*
- 7. Em outro giro, a ora apelada não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver; seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente no momento do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.*
- 8. Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.*
- 9. Recurso de apelação conhecido em parte e, na parte conhecida, parcialmente provido; e, reexame necessário parcialmente provido.”*

A embargante alega, em síntese, que o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Devidamente intimada, a embargada propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos, requerendo a condenação da embargante pela litigância de má-fé, bem como pela incidência dos honorários recursais.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5013432-19.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MINI MERCADO BESSON LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO MACHADO - SP166229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

- 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*
- 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*
- 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*
- 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”*

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Em razão do próprio acolhimento dos embargos de declaração opostos, mister se faz o reconhecimento de que não se configuraram como protelatórios, tornando-se indevida a alegação de litigância de má-fé.

Quanto à majoração dos honorários, por oportunidade do julgamento dos recursos interpostos pela União, melhor sorte não acompanha a embargada, haja vista que se trata de mandado de segurança e, portanto, incabível o arbitramento de honorários advocatícios.

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

2. Embargos de declaração acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012784-69.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: FABIO ANTONIO FELIPE SANTOS
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012784-69.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: FABIO ANTONIO FELIPE SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu pedido de expedição de mandado de penhora de bens livres e desembaraçados do executado.

O pedido de expedição de mandado de penhora de bens do executado foi indeferido ao fundamento de serem impenhoráveis móveis, pertencentes e utilidades domésticas que guarneçam residência do executado, nos termos do art. 833, II, CPC.

Nas razões recursais, narrou o agravante CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO que, efetivada a citação do Executado (fls. 13), houve a tentativa de penhora de valores em na sequência, foram realizadas pesquisas acerca da existência de veículo sem nome do Executado e na base de dados da Receita Federal, todas infrutíferas (fls. 18/20).

Alegou que a decisão agravada fundamenta-se em uma presunção, que não deve prevalecer, porquanto o art. 833, II, CPC, prevê uma exceção e que a medida requerida busca encontrar bens para a satisfação do crédito.

Intimado, o agravado ficou-se inerte.

Defendeu-se a tutela recursal.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012784-69.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
PROCURADOR: RAFAEL PEREIRA BACELAR
Advogado do(a) AGRAVANTE: RAFAEL PEREIRA BACELAR - SP296905-A
AGRAVADO: FABIO ANTONIO FELIPE SANTOS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Na hipótese, o exequente requereu a expedição de mandado de livre penhora, após infrutíferas tentativas de penhora de dinheiro e veículos.

Com efeito, nos termos do art. 797 do CPC, a execução se realiza no interesse do exequente, que tem, através da penhora, a possibilidade de buscar a satisfação de seu crédito.

Outrossim, prevê o Código de Processo Civil que "a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios" (art. 831).

Não obstante, o Código de Processo Civil elenca hipóteses, nas quais são considerados impenhoráveis os determinados bens, obstando sua constrição (art. 833).

Entretanto, é **ônus do executado** a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE, RECONSIDERANDO DECISUM DA PRESIDÊNCIA DESTA CORTE ACERCA DA INTEMPESTIVIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS. 1. A regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação. Cabe ao executado, ou àquele que teve um bem penhorado, demonstrar que o bem móvel objeto de constrição judicial enquadra-se na situação de "utilidade" ou "necessidade" para o exercício da profissão. Precedentes. 2. O Tribunal de origem entendeu, com base na análise do conjunto probatório colacionado aos autos, que os insurgentes não se desincumbiram do ônus de comprovar que o caminho penhorado na presente demanda seria útil ou imprescindível para o desenvolvimento das atividades, razão pela qual posicionamento diverso acerca do que foi firmado na instância ordinária requer o revolvimento de provas, providência inadmissível no âmbito do apelo nobre, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. A incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, porquanto falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução a causa. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 760162/SP, Rel. Min. MARCO BUZZI, Quarta Turma, DJe 23/03/2018). (grifos)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. MAQUINÁRIO DESTINADO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ART. 649, V, DO CPC. 1. As diversas leis que disciplinam o processo civil brasileiro deixam claro que a regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação, como a do art. 649, V, do CPC: "São absolutamente impenhoráveis (...) os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão". 2. Na hipótese dos autos, consoante alertou o parquet federal, o Tribunal de origem apenas afastou a aplicabilidade do art. 649 do Código de Processo Civil às empresas, sem considerar, contudo, que no caso trata-se de maquinário indispensável para a continuidade das atividades da agravante. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AGRESP 201201217863, Relator Og Fernandes, Segunda Turma, DJE DATA:27/11/2013). (grifos)

A regra disposta no art. 805, CPC, não pode ser interpretada isoladamente, mas dentro do contexto do sistema executivo, de forma a possibilitar ao credor o recebimento de seu crédito.

Nesse contexto, não se pode supor a inexistência de bens passíveis de penhora, cabendo ao executado, se porventura forem constritos bens impenhoráveis, a alegação da impenhorabilidade ao Juízo.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO –EXECUÇÃO FISCAL – MANDADO DE LIVRE PENHORA – EXPEDIÇÃO – ART. 797, CPC – ART. 831, CPC – ÔNUS DO EXECUTADO - RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 797 do CPC, a execução se realiza no interesse do exequente, que tem, através da penhora, a possibilidade de buscar a satisfação de seu crédito.
2. Prevê o Código de Processo Civil que “a penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios” (art. 831).
3. O Código de Processo Civil elenca hipóteses, nas quais são considerados impenhoráveis os determinados bens, obstando sua constrição (art. 833). Entretanto, é **ônus do executado** a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.
4. A regra disposta no art. 805, CPC, não pode ser interpretada isoladamente, mas dentro do contexto do sistema executivo, de forma a possibilitar ao credor o recebimento de seu crédito.
5. Não se pode supor a inexistência de bens passíveis de penhora, cabendo ao executado, se porventura forem constritos bens impenhoráveis, a alegação da impenhorabilidade ao Juízo.
6. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032715-24.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: ARINA ALVES DOS SANTOS CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO PERINELLI MEDEIROS - SP320653-A
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, FUNDACAO UNIESP DE TELEDUCACAO
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032715-24.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: ARINA ALVES DOS SANTOS CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO PERINELLI MEDEIROS - SP320653
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, FUNDACAO UNIESP DE TELEDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de ação declaratória, indeferiu pedido de gratuidade de justiça.

Nas razões recursais, alegou a agravante ARINA ALVES DOS SANTOS que, para a concessão da justiça gratuita, não é necessário caráter de miserabilidade do requerente, pois a simples afirmação da parte no sentido de que não está, atualmente, em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou da família já é suficiente, nos termos do art. 98 do CPC.

Ressaltou a presunção prevista no art. 99 do CPC, § 3º, do mesmo estatuto processual e afirmou que a decisão agravada ofende o Art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Requeru o provimento do agravo, para reformar a decisão do Juízo a fim de conceder os benefícios da Justiça Gratuita à parte autora.

Deferiu-se a medida requerida.

Sem contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032715-24.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: ARINA ALVES DOS SANTOS CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO PERINELLI MEDEIROS - SP320653
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL, FUNDACAO UNIESP DE TELEDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A assistência judiciária é garantia constitucional, prevista no art. 5.º, LXXIV, da Magna Carta, no qual se confere o dever do Estado de proporcionar a o acesso ao Judiciário todos, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Considerando que no novo estatuto processual (Lei nº 13.105/15), "*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*" (art. 99, § 3º), bem como a inexistência de indícios para ilidir tal presunção, momento tendo em vista os documentos juntados aos autos, consubstanciados nas declarações de imposto de renda dos últimos 4 anos, de rigor a concessão da gratuidade requerida, uma vez que demonstrada a necessidade para acesso à Justiça.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE CONHECIMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – ART. 98, CPC – CONCESSÃO – COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE – PESSOA NATURAL – RECURSO PROVIDO.

1. A assistência judiciária é garantia constitucional, prevista no art. 5.º, LXXIV, da Magna Carta, no qual se confere o dever do Estado de proporcionar a o acesso ao Judiciário todos, até mesmo aos que comprovarem insuficiência de recursos.

2. Considerando que no novo estatuto processual (Lei nº 13.105/15), "*presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural*" (art. 99, § 3º), bem como a inexistência de indícios para ilidir tal presunção, momento tendo em vista os documentos juntados aos autos, consubstanciados nas declarações de imposto de renda dos últimos 4 anos, de rigor a concessão da gratuidade requerida, uma vez que demonstrada a necessidade para acesso à Justiça.

3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021372-62.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: HANGAR AVIONICOS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OUTEIRO PINTO - SP150567-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021372-62.2013.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: HANGAR AVIONICOS LTDA - ME

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OUTEIRO PINTO - SP150567-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC** (Id 103046870, p. 11-23), em face do acórdão (Id 103046870, p. 5-7), que deu parcial provimento à apelação, assimmentado:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E AERONÁUTICO. REGISTRO DE AERONAVE IMPORTADA. VISTORIA TÉCNICA INICIAL. CERTIFICADO DE AERONAVEGABILIDADE PARA EXPORTAÇÃO. RECUSADA ANAC. NOVA EXIGÊNCIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A questão trazida aos autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, o direito à matrícula e à nacionalização da aeronave usada, marca Cessna, modelo 172N, número de série 17171625, marcas P1- MOP, adquirida nos Estados Unidos, além de realização da vistoria técnica inicial (vôo de experiência), sem apresentar o certificado de aeronavegabilidade para exportação (Export Certificate of Airworthiness), ou documento equivalente.

2. A sentença denegou a segurança, sob entendimento de que é imprescindível a apresentação do Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação para expedição dos certificados de matrícula e aeronavegabilidade em caso de aeronave usada adquirida no exterior.

3. Insurge-se a impetrante em face da exigência do Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação, alegando que, no caso, a aeronave importada "não veio voando para o Brasil, mas sim desmontada em um container marítimo" (f. 29 e 31-32), sendo que o avião foi tecnicamente inspecionado e aprovado pela FAA (autoridade aeronáutica norte-americana) antes da exportação, mostrando aeronavegável por meio de documentos equivalentes e que seriam utilizados para fundamentar o próprio Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação, ora exigido (f. 42-64).

4. De fato, a impetrante apresentou todos os documentos demonstrando que a aeronave foi montada e revisada por oficina brasileira homologada pela própria ANAC, nos termos do art. 70 do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565/86, e na Vistoria Técnica Inicial da Aeronave (f. 90) não consta qualquer problema técnico, exceto a falta dos documentos em discussão.

5. Por outro lado, a própria ANAC. emitiu relatório declarando que "Considerando os documentos juntados ao Processo n 005767/2013-01, de 10 de janeiro de 2013, fica matriculada a aeronave CESSNA AJRCRAFT, modelo 172N, nº de série 17271625, marcas PT-MOP (...) observações: A aeronave foi adquirida por MARIA CECILIA MA TTOS OUTEIRO PINTO- ME, CNPJ nº 09.646.922/0001-45 (COVIPRADOR) de JOHN P COMPTON (VENDEDOR), conforme atesta Bill of Sale acostado ao processo à fl. 16, com tradução o 1378, efetuada por Tradutora Pública e Intérprete Comercial Elisa Pinto de Oliveira - JUCESP nº 852, acostado ao processo às fls. 16/18. Comprovante de Importação acostado às fls. 22/27, emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil referente à Declaração de Importação de nº 12/1355695-5 emitido em 25/O 7/2012, indicando como valor total de Importação a quantia de R\$ 114.593,20, o peso bruto de 1320 kg e data de desembaraço em 25/07/2012. Declaração de cancelamento de Marcas Estrangeiras datado de 07/05/2012 pela FAA de marcas N4544E; último proprietário da aeronave, de acordo com o referido documento, foi COMPTON JOHN P; Telegraphic Message acostada ao processo à fl. 20. Considerando os documentos juntados às fls. 12/14, fica averbado o CERTIFICADO DE SEGURO AERONA ÚTICO (...) _O processo encontra-se devidamente instruído e em condições de ser aprovado. Após a aprovação, encaminha-se para a emissão dos Certificados de Matrícula e de Aeromveabilidade". (f. 65-66).

6. Como aduziu o Ilustre Procurador Regional de República. em seu parecer: "não podia a ANAC gerar falsa expectativa em HANGAR A VIÔNICOS LTDA. - ME, afirmando, por escrito, que, superada a fase de entrega dos documentos, restaria, apenas, a vistoria técnica inicial (VOO de experiência), para, depois, sem motivação, recuar e adotar posição diametralmente oposta, exigindo certificado, cuja apresentação só seria possível, se a aeronave, em sua integridade, viesse voando dos EUA para o Brasil, não, em partes, dentro de um contêiner marítimo" (f. 350).

7. Assim, contraditório o comportamento da ANAC, principalmente considerando-se que a ANAC dispõe da vistoria técnica inicial para suprir eventual falta de dados ou de documentos circunstanciais, não sendo razoável nem proporcional, exigir o retorno da aeronave ao Exterior e sua remontagem, somente com o objetivo de reinício do processo de nacionalização, sob pena de violação à boa-fé objetiva ou Princípio da Confiança, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

8. O Princípio da boa-fé objetiva foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça em todas as áreas do direito. Em relação à Administração Pública, ao impor obrigações a terceiros, é fundamental o agir com boa-fé, ponderando os interesses e considerando a realidade a que se destina a sua atuação, preservando um mínimo de segurança em relação à confiabilidade ético-social das ações dos agentes estatais.

9. Sendo assim, a sentença há de ser parcialmente reformada, para que a segurança seja concedida, em parte, para assegurar a continuidade do processo de matrícula e de nacionalidade da aeronave usada, marca Cessna, modelo 1 72N, número de série 17171625, marcas PT-MOP, adquirida nos Estados Unidos, além de realização da vistoria técnica inicial (voo de experiência), sem apresentar o certificado de aeronavegabilidade para exportação (Export Certificate of Airworthiness), podendo a ANAC valer-se de dados ou documentos equivalentes.

10. Apelação parcialmente provida."

A embargante alega que o acórdão padece de omissão, sustentando a ausência de direito líquido e certo a amparar as pretensões da embargada, que o ato contra o qual se insurgiu a impetrante não contém ilegalidade ou excesso, sendo fruto de expressa determinação legal, aduzindo, ainda a fragilidade dos argumentos da embargada, e também que as informações prestadas pelo gerente técnico de aeronavegabilidade da ANAC justificam de forma cristalina e pormenorizada a correção dos atos praticados pela agência ao exigir o Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação (CAE) (Id 103046870, p. 11-23).

Após intimação nos termos do art. 1023, § 2º, do CPC, a parte embargada apresentou resposta (Id 126853099, p. 1-3).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021372-62.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: HANGAR AVIONICOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO OUTEIRO PINTO - SP150567-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição. Assim, não podem ser opostos para sanar mero inconformismo da parte.

A embargante ANAC alega que o acórdão padece de omissão, sustentando a ausência de direito líquido e certo a amparar as pretensões da embargada, que o ato contra o qual se insurgiu a impetrante não contém ilegalidade ou excesso, sendo fruto de expressa determinação legal, aduzindo, ainda a fragilidade dos argumentos da embargada, que as informações prestadas pelo gerente técnico de aeronavegabilidade da ANAC justificam de forma cristalina e pormenorizada a correção dos atos praticados pela agência ao exigir o Certificado de Aeronavegabilidade para Exportação (CAE), e que não houve cumprimento das exigências técnicas para a emissão do referido documento (Id 103046870, p. 11-23).

Ao contrário do que alega a embargante, o aresto analisou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.

In casu, o acórdão abordou a questão da possibilidade de a impetrante obter, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, o direito à matrícula e à nacionalização da aeronave usada, marca Cessna, modelo 172N, número de série 17171625, marcas PT-MOP, adquirida nos Estados Unidos, além de realização da vistoria técnica inicial (voo de experiência), sem apresentar o certificado de aeronavegabilidade para exportação (Export Certificate of Airworthiness), ou documento equivalente.

Nesse sentido, transcrevo trecho que embasou o julgado (Id 103046870, p. 1-3):

"(...)

De fato, a impetrante apresentou todos os documentos demonstrando que a aeronave foi montada e revisada por oficina brasileira homologada pela própria ANAC, nos termos do art. 70 do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565/86, e na Vistoria Técnica Inicial da Aeronave (f. 90) não consta qualquer problema técnico, exceto a falta dos documentos em discussão.

Por outro lado, a própria ANAC, emitiu relatório declarando que "Considerando os documentos juntados ao Processo nº 005767/2013-01, de 10 de janeiro de 2013, fica matriculada a aeronave CESSNA AJRCRAFT, modelo 172N, nº de série 17271625, marcas PT-MOP (...) observações." A aeronave foi adquirida por MARIA CECILIA MATTOS OUTEIRO PINTO - ME, CNPJ nº 09.646,922/0001-45 (COMPRADOR) de JOHN P COMPTON (VENDEDOR), conforme atesta Bili of Sale acostado ao processo à fl. 16, com tradução nº 1378, efetuada por Tradutora Pública e Intérprete Comercial Lusa Pinto de Oliveira - JUCESP nº 852, acostado ao processo às fls. 16/18. Comprovante de Importação acostado às fls. 22/27, emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil referente à Declaração de Importação de nº 12/1355695-5 emitido em 25/07/2012, indicando como valor total de Importação a quantia de R\$ 114.693,20, o peso bruto de 1320 kg e data de desembaraço em 25/07/2012. Declaração de cancelamento de Marcas Estrangeiras datado de 07/05/2012 pela FAA de marcas N4544E, último proprietário da aeronave, de acordo com o referido documento, foi COMPTON JOHN P: Telegraphic Iviessage acostada ao processo à j. 20. Considerando os documentos juntados às fl. 12/14, fica averbado o CERTIFICADO DE SEGURO AERONAUTICO (...) O processo encontra-se devidamente instruído e em condições de ser aprovado. Após a aprovação, encaminha-se para a emissão dos Certificados de Matrícula e de Aeronavegabilidade". (f. 65-66).

Como aduziu o Ilustre Procurador Regional de República, em seu parecer, não podia a ANAC gerar falsa expectativa em HANGAR A VIONICOS LTDA. - ME, afirmando, por escrito, que, superada a fase de entrega dos documentos, restaria, apenas, a vistoria técnica inicial (voo de experiência), para, depois, sem motivação, recuar e adotar posição diametralmente oposta, exigindo certificado, cuja apresentação só seria possível, se a aeronave, em sua integridade, viesse voando dos EUA para o Brasil, não, em partes, dentro de um contêiner marítimo' (f. 350).

Assim, contraditório o comportamento da ANAC, principalmente considerando-se que a ANAC dispõe da vistoria técnica inicial para suprir eventual falta de dados ou de documentos circunstanciais, não sendo razoável nem proporcional, exigir o retorno da aeronave ao Exterior e sua remontagem, somente com o objetivo de reinício do processo de nacionalização, sob pena de violação à boa-fé objetiva ou Princípio da Confiança, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais.

O Princípio da boa-fé objetiva foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça em todas as áreas do direito. Em relação à Administração Pública, ao impor obrigações a terceiros, é fundamental o agir com boa-fé, ponderando os interesses e considerando a realidade a que se destina a sua atuação, preservando um mínimo de segurança em relação à confiabilidade ético-social das ações dos agentes estatais.

Sendo assim, a sentença há de ser parcialmente reformada, para que a segurança seja concedida, em parte, para assegurar a continuidade do processo de matrícula e de nacionalidade da aeronave usada, marca Cessna, modelo 172N, número de série 17171625, marcas PT-MOP, adquirida nos Estados Unidos, além de realização da vistoria técnica inicial (voo de experiência), sem apresentar o certificado de aeronavegabilidade para exportação (Export Certificate of Airworthiness), podendo a ANAC valer-se de dados ou documentos equivalentes.

Ante o exposto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação, conforme fundamentação supra."

Como se observa, a decisão embargada manifestou-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições. Ao que parece, o presente recurso visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que não é permitido em sede de embargos declaratórios.

No caso, não ficou configurada qualquer omissão, pois houve manifestação de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

Neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração.
2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15.
3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.
4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
5. Agravo interno não provido."

(AgInt no AREsp 1157866/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 15/03/2018)

No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.

2. No caso, o aresto embargado abordou a questão de forma suficientemente clara, nos limites da controvérsia, não restando vício a ser sanado.
3. Recurso que visa engendrar rediscussão sobre o mérito da causa, o que é vedado em sede de embargos declaratórios.
4. Na espécie, o acórdão abordou a questão da possibilidade de a impetrante obter, da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, o direito à matrícula e à nacionalização da aeronave usada, marca Cessna, modelo 172N, número de série 17171625, marcas PT-MOP, adquirida nos Estados Unidos, além de realização da vistoria técnica inicial (vôo de experiência), sem apresentar o certificado de aeronavegabilidade para exportação (Export Certificate of Airworthiness), ou documento equivalente, manifestando-se claramente sobre a controvérsia posta nos autos, analisando todas as questões veiculadas em sede recursal, encontrando-se livre de omissões e contradições.
5. Ademais, a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita dos dispositivos legais referidos no recurso ou à falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.
6. No que se refere ao prequestionamento, ainda que o propósito seja o de prequestionar matérias, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, a constatação de efetiva ocorrência de omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Ou seja, "os embargos declaratórios opostos com objetivo de prequestionamento, para fins de interposição de recurso extraordinário, não podem ser acolhidos se ausente omissão, contradição ou obscuridade no julgado embargado" (EDcl no AgRg nos EREsp 1566371/SC, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, DJe 03/05/2017).
7. 8. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000341-21.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISOCOAT TINTAS E VERNIZES LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOAO ARTHUR DE CURCI HILDEBRANDT - SP303618-A, CESAR MORENO - SP165075-A, WALDIR LUIZ BRAGA - SP51184-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000341-21.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ISOCOAT TINTAS E VERNIZES LTDA

Advogados do(a) APELADO: JOAO ARTHUR DE CURCI HILDEBRANDT - SP303618-A, CESAR MORENO - SP165075-A, WALDIR LUIZ BRAGA - SP51184-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Isocoat Tintas e Vernizes Ltda.**, em face do acórdão de id nº 12972274, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. COMPENSAÇÃO. ART. 26, DA LEI Nº 11.457/07. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontrar inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.
3. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
4. Recurso de apelação desprovido; e, reexame necessário parcialmente provido.”

A embargante alega, em síntese, que:

- a) o acórdão padece de omissão, pois não analisou a questão acerca do montante de ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS;
- b) há omissão em não mencionar que o contribuinte pode se utilizar da legislação vigente no momento do encontro de contas para realizar a compensação tributária.

Devidamente intimada, a União propugnou pelo não acolhimento dos embargos de declaração opostos.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000341-21.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

A Senhora Doutora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Os embargos de declaração devem ser parcialmente acolhidos, senão vejamos:

No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.

Veja-se a ementa do julgado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

No mesmo sentido é o entendimento firmado por esta E. Terceira Turma. Confira-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.”

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Quanto à segunda insurgência, o reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.

Portanto, o mencionado reconhecimento, na forma em que realizada nos presentes autos não contém nenhuma mácula, pois delimitara que aquela se realize “[...] com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 15.03.2017 [...]” (ID nº 7654094).

Em outro giro, a ora embargante não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver, seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente no momento do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.

Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.

Ante o exposto, **ACOLHO PARCIALMENTE** os embargos de declaração opostos, conforme fundamentação *supra*.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA. COMPENSAÇÃO. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. LEGISLAÇÃO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA OU DO ENCONTRO DE CONTAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

1. No que concerne ao valor a ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, razão assiste a ora embargante, haja vista que, embora ainda pendente de julgamento os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional no RE nº 574.706, o entendimento naquele precedente julgado sob o rito da Repercussão Geral é o de que o valor destacado na nota a título da tributação estadual é que deve ser excluído da base de cálculo das contribuições federais, pois, é justamente aquela parcela que não encontra a natureza de receita para o contribuinte.
2. O reconhecimento do direito à compensação, em sede judicial, se volta para a legislação vigente à época da propositura da demanda e, assim, conforme se verifica dos presentes autos, não vigia ainda a Lei nº 13.670/18 naquele momento.
3. Portanto, o mencionado reconhecimento, na forma em que realizada nos presentes autos não contém nenhuma mácula, pois delimitara que aquela se realize “[...] com as modificações perpetradas até o ajuizamento da presente demanda, que ocorreu em 15.03.2017 [...]” (ID nº 7654094).
4. Em outro giro, a ora embargante não tem nenhum impedimento de realizar o procedimento de compensação da forma que melhor lhe aprouver, seja na modalidade reconhecida no momento do ajuizamento da demanda ou pela legislação superveniente no momento do encontro de contas, caso entenda que lhe seja mais favorável.
5. Insta salientar que não há como se reconhecer cada alteração do panorama normativo da compensação no curso do processo como passível de utilização pelo contribuinte, pois diversas mutações podem ocorrer até o trânsito em julgado, sendo certo que o direito à compensação poderá ser realizado, repita-se, pela legislação vigente à época do ajuizamento da demanda ou do encontro de contas.
6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, ACOLHEU PARCIALMENTE os embargos de declaração opostos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000853-73.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: W N F INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO - SP333554-A, EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000853-73.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: W N F INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO - SP333554-A, EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela **WN F INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA** em face do acórdão ID 107712575, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO ELETRÔNICO PARA REGULARIZAÇÃO DE PRODUTOS ISENTOS DE REGISTRO PERANTE A ANVISA. INTEMPESTIVIDADE DOS REQUERIMENTOS. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou improcedente o pedido de determinação de renovação de cadastro de produtos de Grau 1 perante a AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA.
2. Os produtos de Grau 1 (produtos de higiene pessoal, cosméticos e perfumes, que não oferecem riscos à saúde) são considerados isentos de registro e estão sujeitos ao procedimento de comunicação prévia à Anvisa da intenção de comercialização.
3. O § 1º do art. 22 da Resolução RDC nº 07/2015 estabelece que o requerimento de revalidação deverá ser apresentado no “primeiro semestre do último ano do quinquênio de validade”.
4. A definição do quinquênio, assim como do primeiro semestre do último ano do prazo de validade, é obtida da análise do caso concreto, levando-se em conta o dia de início da validade do cadastro de determinado produto isento de registro.
5. Assim, não assiste razão à apelante ao afirmar que o prazo para requerimento de revalidação, referente a cadastros que venceriam no mês de agosto de 2016, compreendeu o primeiro semestre do ano de 2016, sendo certo que os prazos em questão são contados mês a mês, não estando vinculados ao ano-calendário (1º de janeiro a 31 de dezembro).
6. Não há que se falar em violação aos princípios que regem a atuação da Administração Pública, haja vista que o procedimento eletrônico para a regularização dos produtos da apelante não foi efetivado por estarem intempestivas as solicitações, e não por falha ou ineficiência da Administração.
7. Apelação desprovida.”

Alega a embargante, em síntese, “que decisão é omissa no ponto em que deixa de colidir as alterações das normas invocadas no Recurso de Apelação, de forma a dar interpretação escorreita ao caso, pois não se pronuncia, acerca da função que, claramente, o legislador quis atribuir à norma, ou seja, alterando-se a forma de contagem do prazo que de mês a mês, como estabelecido pela RDC n.343/2005, passou a ser de forma semestral, o que atrai um ciclo de um semestre completo dentro do ano que alcançou o seu quinquênio”.

Por fim, postula a menção expressa às normas suscitadas em seu recurso de apelação para fins de questionamento.

Intimada nos termos do artigo 1.023, § 2º, do Código de Processo Civil, a parte embargada apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000853-73.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: W N F INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: TAMIRES JUREMA STOPA ANGELO - SP333554-A, EDMARCOS RODRIGUES - SP139032-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade, contradição ou de erro material.

No caso em apreço, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado.

Em análise do caso concreto e das normas aplicáveis, concluiu-se que os prazos em questão são contados mês a mês, não estando vinculados ao ano-calendário (1º de janeiro a 31 de dezembro), e que não houve alteração na forma de contagem do prazo como advento da Resolução RDC nº 07/2015.

De outra parte, no tocante ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores. Nesse sentido, a jurisprudência desta Turma:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INCONFORMISMO. PREQUESTIONAMENTO. VIA INADEQUADA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. O cabimento dos embargos de declaração restringe-se às hipóteses em que o acórdão apresenta obscuridade, contradição ou omissão. 2. Imprópria a via dos embargos declaratórios para o fim de rediscutir o mérito. 3. Inexiste qualquer vício a ser sanado, o tema relativo ao termo inicial da contagem do prazo para a propositura da ação rescisória foi integralmente analisado no voto-condutor, com as fundamentações ali expostas, consignando-se expressamente que "a interposição de recurso especial depois de transitado em julgado o acórdão da Turma não tem o condão de alterar o prazo decadencial para a ação rescisória, já em curso" "Desse modo, contando-se o prazo decadencial de dois anos a partir da data do trânsito em julgado do acórdão para ambas as partes - 13 de março de 2002 -, assim como preconizado pela Súmula 401 do Superior Tribunal de Justiça, conclui-se que a ação rescisória deveria ter sido proposta até 13 de março de 2004, sendo certo que a autora fez-lo somente em 20 de abril de 2007, mais de três anos depois." 4. Ausentes os vícios a justificar o prequestionamento. 5. Embargos rejeitados." (AR 00365944720074030000, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"PROCESSO CIVIL: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ISS. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. IRPJ. CSLL E CPRB. COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I - Os embargos de declaração se destinam a integrar pronunciamento judicial que contenha omissão, obscuridade, contradição ou erro material (artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil). Não se prestam à revisão da decisão, a não ser que a superação daqueles vícios produza esse efeito, denominado infringente. Não se verifica omissão/contradição alguma na espécie. (...) X - No mais, não há no v. acórdão embargado qualquer omissão, obscuridade ou contradição a esclarecer via embargos de declaração, até porque restou claro que não houve afronta ao disposto nos artigos mencionados, sendo certo, por outro lado, que os embargos declaratórios não podem ser acolhidos com o propósito de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada, e ou com fim de prequestionamento, se não restarem evidenciados os pressupostos indicados no art. 1.022 do CPC. XI - O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) é expresso no sentido do reconhecimento do prequestionamento ficto, isto é, a simples interposição dos embargos de declaração já se mostra suficiente para prequestionar a matéria, eis que a redação do art. 1.025 do CPC em vigor é: "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade". XII - Embargos de declaração rejeitados." (Ap 00218284120154036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/02/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

No mais, a embargante demonstra manifesto inconformismo com a decisão proferida, buscando sua reforma, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. MERO INCONFORMISMO COM O RESULTADO DO JULGAMENTO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis apenas quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 1.022 do novo Código de Processo Civil.
2. No caso em apreço, todavia, o aresto analisou devidamente a questão, inexistindo vício a ser sanado.
3. A embargante demonstra manifesto inconformismo com a decisão proferida, buscando sua reforma, o que não é possível na via estreita dos embargos de declaração.
4. No tocante ao prequestionamento, frise-se que é desnecessária a referência expressa aos dispositivos legais e constitucionais tidos por violados, pois o exame da questão, à luz dos temas invocados, é mais do que suficiente para viabilizar o acesso às instâncias superiores. Precedentes.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, REJEITOU os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030641-43.2004.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE LUIS ESTEVAM PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: SIDNEY PINHEIRO FUCHIDA - SP177523
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: LUCY CLAUDIA LERNER - SP122495
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030641-43.2004.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE LUIS ESTEVAM PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: SIDNEY PINHEIRO FUCHIDA - SP177523
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: LUCY CLAUDIA LERNER - SP122495
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Jose Luis Estevam Pereira em face do acórdão (Id 92891078, p. 130-131) assimmentado:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IBAMA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. AUTUAÇÃO EM NOME DE EMPREGADO DA PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. Trata-se de ação ajuizada com objetivo de anular o auto de infração nº A1-120395/D e o Termo de Apreensão nº 049477-2001, além de obter o cancelamento da Inscrição em Dívida Ativa nº 35000418357.
2. Segundo consta nos autos, em 11/10/2001, fiscais do IBAMA, em procedimento de fiscalização na CEAGESP - Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais do Estado de São Paulo, autuaram José Luis Estevam Pereira, ora apelante (auto de infração nº A1 - 120395/D), por 'comercializar 4.680 kg (quatro mil seiscentos e oitenta quilos) de sardinha, sendo 15% abaixo do tamanho permitido por lei, contrariando a legislação vigente', CO aplicação de multa no valor de R\$ 47.500,00 (quarenta e sete mil e quinhentos reais) (f. 27), além da apreensão de todo o pescado, que foi doado a entidades beneficentes (f. 28-34).
3. Conforme declaração do próprio fiscal do IBAMA que preencheu o auto de infração (f. 27), Wagner Marciglio, em sede da Delegacia de Repressão a Crimes Contra o Meio Ambiente e Patrimônio, do Departamento de Polícia Federal em São Paulo, in verbis: "(...) QUE no ato da fiscalização o declarante estava acompanhado dos fiscais Walter Júlio Faria e Roberto Reis dos Santos, como se vê dos documentos def. 07 do Inquérito Policial; (...) QUE o Sr. José Luis Estevam Pereira não é o proprietário das sardinhas, tratando-se de empregado da empresa, QUE no dia da fiscalização o proprietário da carga se evadiu e deixou o empregado para assinar o Auto de Infração; QUE o declarante não sabe informar o nome do proprietário da carga de sardinhas apreendida; QUE a carga estava no recinto de pescados que comercializa sardinhas no CEAGESP em São Paulo; QUE havia uma parte da carga fora e outra parte dentro do caminhão; QUE o declarante conhece os tabuleiros do Sr. Rodolfo Hasegawa na CEAGESP, mas não conhece" (f. 38).
4. A apreensão ocorreu em galpão da CEAGESP em São Paulo, no momento em que os caminhões estavam descarregando os pescados, os quais seriam comercializados pela empresa PESCA VIVA COMERCIO DE PESCADOS.
5. Considerando que referida empresa tem como atividade econômica o comércio atacadista de pescados e frutos do mar, e pela quantidade de pescado apreendido, 4.680 kg (quatro mil seiscentos e oitenta quilos) de sardinha, fica difícil crer que o apelante, empregado da empresa, com endereço na Rua Caranda, nº 25, Cohab II, em Itapevi, estivesse comercializando, em seu nome, todo o material apreendido e possa constar como sujeito passivo da autuação.
6. O apelante, José Luis Estevam Pereira é mero empregado da empresa que praticou, de fato, o fato danoso ao meio ambiente, não havendo porque figurar no polo passivo da autuação, apenas pelo fato de ter, por boa fé e talvez um pouco de ingenuidade, cumprido ordens do seu patrão e assinado o auto de infração, conforme a declaração feita pelo fiscal do IBAMA responsável pela autuação, Wagner Marciglio, na sede da Polícia Federal ('QUE o Sr. José Luis Estevam Pereira não é o proprietário das sardinhas, tratando-se de empregado da empresa; QUE no dia da fiscalização o proprietário da carga se evadiu e deixou o empregado para assinar o Auto de Infração') (f. 38). 7. O próprio agente fiscal declarou que o autuado era apenas empregado da empresa PESCA VIVA, o que corrobora sua ilegitimidade. Precedente.
8. Ilegitimidade passiva do apelante declarada de ofício. Extinção do processo sem resolução do mérito. Apelação prejudicada. "

O embargante alega que o acórdão foi omisso em relação à condenação do IBAMA ao pagamento dos honorários de sucumbência e custas processuais (Id 92882565, p. 1-4).

O IBAMA apresentou manifestação (Id 92882565, p. 9-10), nos termos do artigo 1023, § 2º, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0030641-43.2004.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: JOSE LUIS ESTEVAM PEREIRA

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.

De fato, reconheço a ocorrência de omissões e passo a saná-las.

No caso em tela, o ora embargante ajuizou ação declaratória com objetivo de anular o auto de infração no AI - 120395/D e o Termo de Apreensão nº 049477-2001, além de obter o cancelamento da Inscrição em Dívida Ativa nº 35000418357.

Na sentença, o Juízo a quo julgou improcedentes os pedidos, condenando, ainda, a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa (Id 92891078, p. 66-72).

O embargante interpôs apelação (Id 92891078, p. 66-72).

Ao reconhecer a ilegitimidade passiva do apelante, o aresto embargado extinguiu o processo sem julgamento do mérito, julgando prejudicada a apelação.

Conforme o princípio da causalidade, na hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Assim, em observância ao princípio da causalidade, é devido o pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais devem ser suportados pelo IBAMA.

Nesse sentido, *verbis*:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO: EXISTÊNCIA - ANULATÓRIA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1- O cabimento dos honorários advocatícios é verificado a partir de uma análise causal: aquele que deu causa à demanda deve pagar honorários ao vencedor.

2- A causalidade decorrente da extinção da execução e dos embargos deve ser ponderada na fixação de honorários apenas no seu âmbito (execução e embargos). Não tem relevância na análise realizada aqui, na ação anulatória.

3- No âmbito da ação anulatória, temos um processo extinto por litispendência cuja apelação é improvida por perda superveniente de interesse recursal. Nesse quadro, pelo princípio da causalidade, a autora apelante é quem deve ser responsabilizada pelo pagamento dos honorários. 4- Importante consignar que a apelante não impugna a perda de interesse recursal, que restou incontroversa nos autos e que define a imputação de responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios.

5- Embargos de declaração acolhidos para integrar a fundamentação sem a alteração do resultado do julgamento.”

(ApCiv 0047252-13.2000.4.03.6100, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3: 11/01/2019)

Quanto ao montante, cumpre observar que, de acordo com o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EAREsp nº 1.255.986/PR, a fixação da verba honorária pauta-se na norma processual vigente no momento da prolação da sentença.

No caso em tela, o processo foi sentenciado em 15.10.2008 (Id 92891078, p. 58), razão pela qual são aplicáveis as regras do CPC/73.

Desse modo, há que se considerar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo despendido pelo advogado, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73.

Assim, em observância aos princípios da equidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se adequada a fixação, com moderação, de honorários advocatícios no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, para integrar a fundamentação sem a alteração do julgado e condenar o IBAMA a pagar ao embargante as custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO RECONHECIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. É cediço que os embargos de declaração têm cabimento apenas quando a decisão atacada contiver vícios de omissão, obscuridade ou contradição, vale dizer, não podem ser opostos para sanar o inconformismo da parte.
2. No caso em tela, o ora embargante ajuizou ação declaratória com objetivo de anular o auto de infração no AI - 120395/D e o Termo de Apreensão nº 049477-2001, além de obter o cancelamento da Inscrição em Dívida Ativa nº 35000418357.
3. Na sentença, o Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, condenando, ainda, a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor dado à causa (Id 92891078, p. 66-72). O embargante interpôs apelação (Id 92891078, p. 66-72). Ao reconhecer a ilegitimidade passiva do apelante, o aresto embargado extinguiu o processo sem julgamento do mérito, julgando prejudicada a apelação.
4. Conforme o princípio da causalidade, na hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito, a parte que deu causa à instauração do processo deverá suportar o pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Precedentes.
5. Assim, em observância ao princípio da causalidade, é devido o pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais devem ser suportados pelo IBAMA.
6. Quanto ao montante, cumpre observar que, de acordo com o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do EAREsp nº 1.255.986/PR, a fixação da verba honorária pauta-se na norma processual vigente no momento da prolação da sentença. No caso em tela, o processo foi sentenciado em 15.10.2008 (Id 92891078, p. 58), razão pela qual são aplicáveis as regras do CPC/73.
7. Desse modo, há que se considerar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho e o tempo despendido pelo advogado, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC/73.
8. Em observância aos princípios da equidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se adequada a fixação, com moderação, de honorários advocatícios no montante de R\$ 3.000,00 (três mil reais).
9. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, para integrar a fundamentação sem a alteração do julgado e condenar o IBAMA a pagar ao embargante as custas processuais e honorários advocatícios no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5406581-65.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GILBERTO FERRAREZI
Advogado do(a) APELANTE: SAMUEL BIANCO BAPTISTA - SP137631-N
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5406581-65.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GILBERTO FERRAREZI
Advogado do(a) APELANTE: SAMUEL BIANCO BAPTISTA - SP137631-N
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Gilberto Ferrarezi**, em face da sentença proferida nos embargos à execução fiscal, ajuizados contra o **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA**.

O MM. Juiz de Direito julgou improcedente os embargos à execução fiscal, nos termos dos artigos 487, inciso I e 316, ambos do Código de Processo Civil.

Iresignado, o apelante sustenta, em síntese, que:

- a) restou configurado o cerceamento de defesa, pois na fase administrativa apresentou a sua matéria de defesa (pedido de acordo da dívida com pagamento de cestas básicas), e o apelado sequer apreciou tal pedido. Ademais, o processo administrativo não foi apresentado nos autos;
- b) o MM. Juiz *a quo* não poderia julgar o feito antecipadamente, sem a produção de todas as provas permitidas no Direito, conforme requerido na inicial;
- c) o auto de infração que deu origem ao Título Executivo, adveio de situação fática insólita, sem elementos concretos e seguros de que o apelante transportava ilegalmente o material.

Com contrarrazões, vieram os autos a este e. Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5406581-65.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: GILBERTO FERRAREZI
Advogado do(a) APELANTE: SAMUEL BIANCO BAPTISTA - SP137631-N
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS
Advogado do(a) APELADO: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, esclareça-se que para instruir a execução fiscal, basta o título executivo, a teor do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 6.830/80, com as informações próprias do termo de inscrição, sem que seja necessária para a validade da cobrança judicial a juntada do inteiro teor do feito administrativo, desde que devidamente identificado na CDA, como ocorrido no caso dos autos (ID de nº 43658566, página 01).

Nesse sentido, é o entendimento adotado por esta E. Turma. Veja-se:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADES DO TÍTULO EXECUTIVO. INOCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não gera nulidade a falta de juntada do processo administrativo-fiscal - cuja existência material é atestada pela CDA, na qual consta o número dos respectivos autos -, pois o título executivo é, por definição, o resumo necessário dos elementos essenciais à execução fiscal, prescindindo de qualquer outra documentação, especialmente - mas não apenas - quando o crédito executado tenha sido apurado a partir de declaração do próprio contribuinte (DCTF ou Termo de Confissão), não se podendo olvidar, neste particular, que, estando assim constituído o crédito tributário, a jurisprudência tem dispensado a própria instauração de processo administrativo-fiscal. 2. O processo administrativo-fiscal, quando necessária a sua instauração, não é considerado documento essencial para a propositura da execução fiscal (artigos 3º e 6º, §§ 1º e 2º, LEF), razão pela qual é ónus específico da agravante a demonstração concreta da utilidade e da necessidade de sua requisição, no âmbito do agravo de instrumento, como condição para o regular exercício do direito de ação e de defesa, o que não ocorreu na espécie dos autos, visto que genericamente deduzido o erro in procedendo. 3. O artigo 41 da LEF estatui a obrigação de ser mantido, na repartição própria, o processo administrativo concernente à inscrição de dívida ativa, para consulta das partes. Embora prevista, a requisição judicial é de todo excepcional, pois cabe diretamente à parte requerer ao órgão competente a cópia dos autos que, por isso mesmo, são legalmente acautelados administrativamente. Somente em caso de impedimento comprovado, é que se justifica seja promovida a requisição judicial da documentação. 4. Certo que se exige motivação para a requisição judicial, não apenas em termos de necessidade, mas igualmente sob o prisma da utilidade, congruência e pertinência do ato em face dos termos da própria defesa judicial proposta e em curso, a fim de evitar a mera procrastinação do feito. 5. A alegação de nulidade do processo executivo, em virtude de ausência de prévio processo administrativo, não prospera e é manifestamente insuficiente para elidir a presunção de liquidez e certeza do título executivo, visto que conforme a CDA o crédito foi constituído por meio de notificação de lançamento, com entrega de AR em 27/10/2007, após a regular realização de processo administrativo de 10860 600262/2009-49. 6. Igualmente tem reiteradamente decidido a Turma que não procede a alegação de nulidade de CDA, em detrimento da presunção de sua liquidez e certeza, uma vez que nele constam os elementos exigidos legalmente para a identificação do crédito executado (qualificação do sujeito passivo, origem e natureza do crédito, competência - período base, data do vencimento e da inscrição, número do procedimento administrativo, forma de constituição e notificação, quantum debeat, termo inicial dos encargos e respectiva legislação reguladora, etc.), sendo integralmente válida e eficaz a CDA, em face do artigo 202 do CTN e artigo 2º e §§ da LEF, para efeito de viabilizar a execução tentada. Em suma, o título executivo especifica desde a origem até os critérios de consolidação do valor do crédito tributário executado, não se podendo, neste contexto, invocar qualquer omissão ou obscuridade, mesmo porque é certo, na espécie, que o contribuinte não enfrentou dificuldade na compreensão do teor da execução, tanto que interps exceção de pré-executividade com ampla discussão visando à desconstituição do título executivo, não se podendo cogitar de violação ao princípio da ampla defesa, nem de iliquidez, incerteza, nulidade, falta de interesse processual ou impossibilidade jurídica do pedido. 7. Inexiste nulidade da CDA por ausência de observância aos requisitos legais do art. 2º, §5º, incisos II, III e IV da lei 6.830/80, sendo indicados os fundamentos legais para cálculo dos juros de mora e da correção monetária, permitindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 8. Quanto à alegada nulidade de citação, por ter ocorrido via postal e recebida por terceiros, consolidada a jurisprudência no sentido de ser regular a citação postal recebida no endereço do executado, independentemente de quem a tenha recebido, sendo que, na espécie, não houve comprovação documental de qualquer nulidade, porquanto sequer juntada aos autos a documentação relativa à citação. Ademais, o agravante compareceu espontaneamente aos autos, conforme restou consignado na decisão agravada. 9. Não se cogita de nulidade dos atos posteriores à citação, haja vista a regular e válida constituição do processo. 10. A exigibilidade fiscal decorreu de lançamento suplementar de IRPF, ano-base de 2004, com lastro no artigo 63, § 2º, da MP 2.158-35/2001, que previu a tributação de "valores recebidos em decorrência de cobertura por sobrevivência em apólices de seguros de vida", com dedução dos prêmios pagos e sujeição à tabela progressiva mensal, definida a base de cálculo como sendo "a diferença positiva entre o valor resgatado e o somatório dos respectivos prêmios pagos"; ao passo que o contribuinte discute que a situação fática é jungida à hipótese da Lei 7.713/1988, em que reconhecida isenção, conforme artigos 6º, XIII, da Lei 7.713/1988, e 39, XLIII, do RIR. 11. A resolução da controvérsia fática para definição do regime legal aplicável, considerando a necessidade de dilação probatória, não se viabiliza em sede de exceção de pré-executividade, como bem decidido na origem, até porque insuficiente a documentação produzida nos autos para o início da discussão de tal mérito, devendo prevalecer, até demonstração em contrário, a presunção a favor da liquidez e certeza do título executivo, caso inexistentes embargos opostos pelo devedor. 12. Agravo inominado desprovido." (TRF-3, Terceira Turma, Processo de nº 0032017-79.2014.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Carlos Muta, data do julgamento: 05/03/2015, e-DJF3 de 10/03/2015).

Ademais, se ainda pudesse subsistir qualquer dúvida caberia, de todo modo, à própria embargante solicitar cópias do procedimento fiscal na repartição fiscal competente, a teor do artigo 41, LEF. Portanto, cabia à embargante peticionar à administração tributária para a obtenção de cópias do procedimento administrativo para comprovar suas alegações ou, ao menos, comprovar que o havia requerido e que a ausência de tais documentos não era decorrente de sua omissão.

Por outro lado, o art. 355 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente o mérito, cumprindo ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, inexistindo cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de prova (REsp 1770220/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018).

Desse modo, não há que se cogitar o alegado cerceamento de defesa, sendo cabível o julgamento antecipado do mérito quando a prova documental acostada aos autos é o que basta para a compreensão da controvérsia, como no presente caso.

Também não assiste razão ao apelante quando alega a nulidade do Título Executivo.

Acerca da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, dispõe a Lei nº 6.830/80:

"Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. § 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. § 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo. § 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional. § 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter: I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida. § 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

Verifica-se que, no caso em tela, a Certidão de Dívida Ativa atende a todos os dispositivos legais pertinentes à matéria, constando o número do processo administrativo, os números dos autos de infração correspondentes, o período da dívida, sua data de vencimento e fundamentação legal, além do termo inicial e fundamento legal dos juros de mora, da atualização monetária e do encargo.

De outra face, o embargante foi autuado por transportar 12 metro cúbicos de madeira serrada, sem a documentação de origem florestal, outorgada pela autoridade competente, sendo que toda a documentação colacionada aos autos (CDA, Boletim de Ocorrência Policial, Termo de Apreensão e Depósito, Auto de Infração), não deixa dúvidas sobre a infração cometida.

Desse modo, é totalmente improcedente o argumento de que o auto de infração que deu origem ao Título Executivo, adveio de situação fática insólita, sem elementos concretos e seguros de que o apelante transportava ilegalmente o material.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IBAMA. TRANSPORTE DE MADEIRA, SEM A DOCUMENTAÇÃO DE ORIGEM FLORESTAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CDA. AFASTADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Para instruir a execução fiscal, basta o título executivo, a teor do artigo 6º, § 1º, da Lei n.º 6.830/80, com as informações próprias do termo de inscrição, sem que seja necessária para a validade da cobrança judicial a juntada do inteiro teor do feito administrativo, desde que devidamente identificado na CDA, como ocorrido no caso dos autos (ID de n.º 43658566, página 01) (precedente deste Tribunal).
2. Por outro lado, se ainda pudesse subsistir qualquer dúvida caberia, de todo modo, à própria embargante solicitar cópias do procedimento fiscal na repartição fiscal competente, a teor do artigo 41, LEF. Portanto, cabia à embargante peticionar à administração tributária para a obtenção de cópias do procedimento administrativo para comprovar suas alegações ou, ao menos, comprovar que o havia requerido e que a ausência de tais documentos não era decorrente de sua omissão.
3. De outra face, o art. 355 do Código de Processo Civil permite ao magistrado julgar antecipadamente o mérito, cumprindo ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, inexistindo cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de prova (REsp 1770220/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 19/12/2018). Desse modo, não há que se cogitar o alegado cerceamento de defesa, sendo cabível o julgamento antecipado do mérito quando a prova documental acostada aos autos é o que basta para a compreensão da controvérsia, como no presente caso.
4. Verifica-se que, no caso em tela, a Certidão de Dívida Ativa atende a todos os dispositivos legais pertinentes à matéria, constando o número do processo administrativo, os números dos autos de infração correspondentes, o período da dívida, sua data de vencimento e fundamentação legal, além do termo inicial e fundamento legal dos juros de mora, da atualização monetária e do encargo.
5. No caso dos autos, o embargante foi autuado por transportar 12 metro cúbicos de madeira serrada, sem a documentação de origem florestal, outorgada pela autoridade competente, sendo que toda a documentação colacionada aos autos (CDA, Boletim de Ocorrência Policial, Termo de Apreensão e Depósito, Auto de Infração), não deixa dúvidas sobre a infração cometida. Assim, é totalmente improcedente o argumento de que o auto de infração que deu origem ao Título Executivo, adveio de situação fática insólita, sem elementos concretos e seguros de que o apelante transportava ilegalmente o material.
6. Recurso de apelação desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029400-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
AGRAVADO: ANA ELIZABETH FERNAINE DE CARVALHO
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029400-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
AGRAVADO: ANA ELIZABETH FERNAINE DE CARVALHO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO em face de decisão que indeferiu o pedido de penhora por meio do sistema Bacenjud, em sede de execução fiscal, posto que o valor executado é inferior ao "equivalente ao limite mensal de isenção da tabela do imposto de renda, "quantum" adotado pela jurisprudência do TRF4ª Região para definição de hipossuficiência para fins de concessão de assistência judiciária gratuita".

Alegou o agravante, em suma, a jurisprudência que entende a preferência pela penhora eletrônica.

Defêriu-se a antecipação da tutela recursal.

Sem contramínuta.

É o relatório.

AGRAVADO: ANA ELIZABETH FERNAINE DE CARVALHO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

A questão restou consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Tema 425), que assim fixou: "A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras."

Prevê o Código de Processo Civil:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2º Tomados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I - as quantias tomadas indisponíveis são impenhoráveis;

II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução. (grifos)

Desta forma, é **ônus do executado** a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. MAQUINÁRIO DESTINADO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ART. 649, V, DO CPC. 1. As diversas leis que disciplinam o processo civil brasileiro deixam claro que a regra é a impenhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação, como a do art. 649, V, do CPC: "São absolutamente impenhoráveis (...) os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão". 2. Na hipótese dos autos, consoante alertou o parquet federal, o Tribunal de origem apenas afastou a aplicabilidade do art. 649 do Código de Processo Civil às empresas, sem considerar, contudo, que no caso trata-se de maquinário indispensável para a continuidade das atividades da agravante. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AGRESP 201201217863, Relator Og Fernandes, Segunda Turma, DJE DATA:27/11/2013). (grifos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACENJUD. PRECEDENTES DO C. STJ. AGRAVO DESPROVIDO. - É firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores. - A interpretação sistemática dos artigos 185-A do CTN, com os arts. 11 da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1184765/PA, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que a utilização do sistema BACENJUD, no período posterior à vacatio legis da Lei nº 11.382/2006 (21.01.2007), que inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras. - Na hipótese de deferimento da constrição de ativos financeiros, é ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito, consoante o disposto no art. 655-A do CPC. - Ressalte-se que a situação dos autos não se enquadra no disposto no art. 649, IV, CPC, porquanto o valor bloqueado pertence à empresa executada e não aos seus funcionários. Precedentes desta E. Corte. - Compulsando os autos, verifica-se que a penhora dos ativos financeiros no valor de R\$ 23.212,50, em 15.10.2012 (fls. 168/169), não ultrapassa o valor do débito (R\$ 85.024,56 - fls. 162v), não havendo, portanto, valores excedentes a serem desbloqueados. - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. - Agravo desprovido. (TRF 3ª Região, AI 00320313420124030000, Relator Juiz Federal convocado Leonel Ferreira, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/06/2013). (grifos)

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS – BACENJUD – ART. 854, § 3º, CPC – RECURSO PROVIDO.

1.O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

2.A questão restou consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Tema 425), que assim fixou: "A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras."

2. Prevê o Código de Processo Civil: "Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que tome indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução. (...) § 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que: I - as quantias tomadas indisponíveis são impenhoráveis; II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. § 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas."

3. É ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009060-86.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 08 - DES. FED. CARLOS MUTA
AGRAVANTE: LOC SERVO - LOCACOES E SERVICOS LTDA - ME
Advogados do(a) AGRAVANTE: RAFAEL AGOSTINELLI MENDES - SP209974-A, ANA CAROLINA SCOPIN CHARNET - SP208989-A
AGRAVADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM SANTO ANDRÉ/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Determino a retirada de pauta.

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela recursal, frente ao decidido na origem, relativamente à prorrogação de datas de vencimento de tributos federais, durante o estado de calamidade pública, nos termos do artigo 1º da Portaria MF 12/2012.

Posteriormente, sobreveio sentença denegatória de ordem no processo de origem (ID 32874492).

DECIDO.

A sobrevida de sentença prejudica o conhecimento de recurso interposto à liminar, pois a decisão que encerra a prestação jurisdicional em primeiro grau tem conteúdo cognitivo mais amplo que a medida liminar, substituindo-a na íntegra, conforme revela o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

AgInt no REsp 1486017, Rel. Min. NAPOLEÃO MAIA, DJe 21/08/2019: "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE PARCELAMENTO DE DÉBITO. PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCALREFIS. VALOR IRRISÓRIO EM FACE DO VALOR CONSOLIDADO DA DÍVIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA O INDEFERIMENTO DA LIMINAR. SENTENÇA DE MÉRITO SUPERVENIENTE NO PROCESSO PRINCIPAL. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE PREJUDICADO, POR PERDA DO OBJETO. 1. Observa-se que o presente Agravo Interno foi interposto contra decisão que negou seguimento Recurso Especial no qual se objetivava reformar acórdão proferido em sede de Agravo de Instrumento manejado pela Contribuinte, em face do indeferimento de liminar em Mandado de Segurança. 2. No entanto, para além de tal discussão, percebe-se, pelo andamento eletrônico da ação na origem (Mandado de Segurança 50015228620144047000), que foi proferida sentença denegatória da segurança, que transitou em julgado em 20.7.2018. 3. Dívida não há de que, em situações tais, o Agravo de Instrumento interposto na origem contra decisão interlocutória que indeferiu a liminar, bem como todos os recursos que lhe seguem, como o presente Recurso Especial, tornam-se sem efeito, é dizer, perdem o objeto".

Assim, nítida a superveniente perda de interesse em processar e julgar o agravo de instrumento, tendo em vista não mais subsistir a utilidade do recurso para a reforma da medida liminar indeferida em primeiro grau, já que substituída pela sentença posterior.

Ante o exposto, com esteio no artigo 932, III, do Código de Processo Civil, julgo prejudicados o agravo de instrumento e o agravo interno.

Publique-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

Desembargador Federal CARLOS MUTA

Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000208-37.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS
Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000208-37.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS
Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de atos administrativos e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Unimed Nordeste Paulista – Federação Intrafederativa das Cooperativas Médicas, em 24 de janeiro de 2019, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 2.941.204.000.324.054-0 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, caso não seja verificada a nulidade do débito, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 14.541,12 (quatorze mil, quinhentos e quarenta e um reais e doze centavos). Coma inicial, acostou documentos.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, para suspender a exigibilidade do crédito discutido até o julgamento de mérito da demanda (ID 127947813).

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 127947818).

Houve réplica (ID 127947824).

A autora especificou provas, as quais foram indeferidas (ID 127947826).

Após alegações finais (ID 127947830), foi prolatada sentença de improcedência dos pedidos (ID 127947832). A autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

Irresignada, apelou a autora (ID 127947836), tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 127947840), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000208-37.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente.

Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento.

No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente despicenda a produção das provas pleiteadas.

No que tange à prescrição, por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

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

(REsp 177949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfundível com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33902.500574/2016-44 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.324.054-0, com vencimento em 28/01/2019.

A presente ação foi ajuizada em 24/01/2019, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 127947811 e 127947812), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 127947813 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para reaplicação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta temperar que, enquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se reveste de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATUO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar: Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovidas pela medida provisória superveniente.

6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.

7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

(ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.

2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.

3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.

4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os instâncias amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.

(RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJE-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.

Com efeito, a aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".

Quanto à alegação de que os atendimentos não estavam cobertos pelo contrato (acompanhamento de paciente pós-transplante), não restou comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipóteses que tornam obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98. Ademais, é obrigatória a cobertura em caso de complicação relacionada a procedimento não coberto, considerando que as complicações constituem novo evento, independente do evento inicial.

No que tange ao argumento de que o atendimento foi realizado a beneficiário excluído do plano de saúde, melhor sorte não socorre a apelante. Consta dos autos que o beneficiário Luiz Fernando Videira Vilhalva, submetido a atendimento público no período de 16/07/2014 a 24/07/2014 (ID 127947794), foi excluído do plano de saúde em razão do desligamento de Lucinei Navarro Videira, sua genitora, da empresa LCD Bioenergia S.A., em 22/07/2014 (ID 127947799). Ressalte-se, todavia, que o contrato privado de assistência à saúde firmado entre a apelante e a empresa LCD Bioenergia S.A. (ID 127947798) prevê, no parágrafo 1º, da cláusula 08, a garantia de atendimento ao usuário excluído até o último dia útil do mês da exclusão. Vejamos.

Cláusula 08 – A CONTRATANTE se responsabiliza ainda em encaminhar até o último dia de cada mês, a relação dos beneficiários a serem excluídos do plano de saúde.

Parágrafo 1º - As exclusões de usuários deverão ser comunicadas pela CONTRATANTE acompanhadas da devolução das respectivas carteiras de identificação, garantindo o atendimento para esses Usuários até o último dia útil do mês da exclusão.

Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, como no caso em comento, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente. Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de provas ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento. No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente desprovida a produção das provas pleiteadas.
3. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
4. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
5. Insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
6. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33902.500574/2016-44 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.324.054-0, com vencimento em 28/01/2019. A presente ação foi ajuizada em 24/01/2019, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 127947811 e 127947812), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 127947813 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança da quantia devida, não há que se falar em prescrição.
7. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
8. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
9. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
10. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
11. O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.
12. A aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".
13. Quanto à alegação de que os atendimentos não estavam cobertos pelo contrato (acompanhamento de paciente pós-transplante), não restou comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipóteses que tornam obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98. Ademais, é obrigatória a cobertura em caso de complicação relacionada a procedimento não coberto, considerando que as complicações constituem novo evento, independente do evento inicial.
14. No que tange ao argumento de que o atendimento foi realizado a beneficiário excluído do plano de saúde, melhor sorte não socorre a apelante. Consta dos autos que o beneficiário Luiz Fernando Videira Vilhalva, submetido a atendimento público no período de 16/07/2014 a 24/07/2014 (ID 127947794), foi excluído do plano de saúde em razão do desligamento de Lucinei Navarro Videira, sua genitora, da empresa LCD Bioenergia S.A., em 22/07/2014 (ID 127947799). Ressalte-se, todavia, que o contrato de assistência à saúde firmado entre a apelante e a empresa LCD Bioenergia S.A. (ID 127947798) prevê, no parágrafo 1º, da cláusula 08, a garantia de atendimento ao usuário excluído até o último dia útil do mês da exclusão.
15. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispoendo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
16. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021919-71.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL
AGRAVADO: GILCARA PEREIRA CARDOSO
Advogado do(a) AGRAVADO: VALDI FERREIRA DOS SANTOS - SP273227-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos. Determino a retirada de pauta do presente feito.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Osasco/SP.

Por meio de comunicação eletrônica o MM. Juiz *a quo* noticiou que proferiu sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a superveniente prolação de sentença implica a perda de objeto do Agravo de Instrumento interposto contra decisão concessiva ou denegatória de decisão interlocutória sobre antecipação dos efeitos de tutela. (REsp 1.332.553/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/9/2012, DJe de 11/9/2012) (AGRESP 201001499976, RAULARAÚJO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:15/08/2013)

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalho, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil. Prejudicado o julgamento dos Embargos de Declaração opostos (ID 127341199).

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5003008-84.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: LM FARMA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: HEITOR RODOLFO TERRA SANTOS - SP352200-A, MATEUS FOGACA DE ARAUJO - SP223145-A, RODRIGO NASCIMENTO SCHERRER - SP223549-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5003008-84.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: LM FARMA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: HEITOR RODOLFO TERRA SANTOS - SP352200-A, MATEUS FOGACA DE ARAUJO - SP223145-A, RODRIGO NASCIMENTO SCHERRER - SP223549-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **LM FARMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, em face do **INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS/SP**, com pedido liminar para a suspensão da exigência de recolhimento da taxa de registro no SICOMEX na forma majorada pela Portaria MF 257/2011 e, ao final, para a concessão em definitivo da segurança, para determinar que autoridade coatora se abstenha de exigir o recolhimento da referida taxa em valor superior ao estabelecido originalmente pela Lei 9.716/98, reconhecendo-se a ilegalidade da Portaria MF nº 257/2011 ou ainda a inconstitucionalidade do art. 3º, §2º da Lei nº 9.716/98; bem como seja reconhecido o direito da impetrante de compensar o pagamento indevido realizado ao longo dos 05 (cinco) anos que antecedem a propositura da presente ação, bem como os recolhimentos efetuados a este título no curso da presente ação, nos termos das normas supramencionadas, com a devida atualização pela Selic.

Aduziu a impetrante que, para o desenvolvimento de suas atividades no âmbito de importações, vale-se do registro da Declaração de Importação (DI) no Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, sofrendo incidência da respectiva taxa de utilização, instituída pelo art. 3º, da Lei 9.716/98, e que a sua cobrança no valor fixado por ato infralegal do Ministério da Fazenda, previsto na Portaria MF 257/11, a partir da delegação do art. 3º, § 2º, viola o princípio da reserva legal tributária. Sustentou, em resumo, a inconstitucionalidade e ilegalidade da Portaria MF 257/11; que a delegação de poder de majoração de tributo ao Ministro da Fazenda por meio de portaria, prevista no art. 3º, § 2º, da Lei 9.716/98, viola o princípio da legalidade tributária, que determina que somente lei pode majorar tributo (art. 150, I, CF e art. 97, II, CTN) e da necessária motivação dos atos administrativos (art. 50 da Lei nº 9.784/99); que a elevação do valor da taxa por DI consistiu em um aumento muito superior aos índices de inflação do período, não se podendo falar em mera atualização da sua base de cálculo; e que a pretensão de declaração de direito de compensação encontra guarida na Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça, não havendo diferença de efeitos entre a restituição e a compensação administrativa (Id 65811850).

Liminar parcialmente deferida para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131,60% (INPC), na forma da fundamentação, glosando-se o excesso previsto na Portaria MF n. 257/2011 (Id 65811857).

Informações da autoridade impetrada em que alegou, em suma, sua ilegitimidade passiva para alterações no sistema informatizado SISCOMEX; a inadequação da via eleita, porquanto a impetrante não apresentou qualquer elemento hábil a comprovar que o percentual do reajuste é excessivamente superior à oscilação; a existência de decisões no STF no sentido da constitucionalidade da taxa (RE 919.752 e 919.668); que a taxa se presta não apenas à manutenção do serviço do sistema informatizado, mas também ao custeio dos gastos decorrentes do exercício do poder de polícia administrativo; a natural necessidade de reajuste acumulado do valor da taxa que se manteve inalterado desde 1998; legalidade e motivação da Portaria MF 257/2011, à vista da delegação operada pela própria Lei 9.716/98; a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo não configura majoração de tributo, nos termos do artigo 97, § 2º, do CTN; que, em realidade, os valores da Portaria MF 257/2011 estão fundados na Nota Técnica Conjunta Cotec/Copol/Coana 03/2011; e que não há violação ao princípio da publicidade, porquanto desnecessária a publicação de Nota Técnica, mera etapa de discussão de estudo, em órgão fiscal (Id 65811867).

Manifestação da União em que requer seja intimada dos futuros atos processuais e informa que deixa de interpor agravo de instrumento com arrimo na Nota PGFN/CRJ nº 73, de 12/11/2018 e ME nº 23, de 22/11/2018 (Id 65811868).

O Ministério Público Federal deixou de opinar quanto ao mérito, por de se tratar de direito individual disponível, e manifestou-se tão somente pelo regular prosseguimento do feito (Id 65811870).

O juízo de origem concedeu parcialmente a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC), para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131,60% (INPC), na forma da fundamentação, glosando-se o excesso previsto na Portaria MF n. 257/2011, bem como para declarar o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores que recolheu a esse título, sujeita a controle posterior pelo Fisco, que deverá atender ao disposto nesta decisão, observado o prazo prescricional quinquenal. A compensação, no entanto, somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Atualização monetária pela aplicação da taxa SELIC, em conformidade com o disposto no parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n. 9.250/1995. Custas processuais devidas pela impetrante, em razão da parcial concessão da segurança. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, consoante artigo 25 da Lei nº 12016/2009. Sentença sujeita ao reexame necessário, por força do disposto no artigo 14, §1º, da Lei n. 12.016/09 (Id 65811871).

Deixou a União de interpor recurso, com fundamento na Nota PGFN/CRJ nº 73, de 12/11/2018 e ME nº 23, de 22/11/2018 (Id 65811879)

O MPF reiterou seu posicionamento pelo mero prosseguimento do feito (Id 75470826).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5003008-84.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: LM FARMA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 4ª VARA FEDERAL
Advogados do(a) PARTE AUTORA: HEITOR RODOLFO TERRA SANTOS - SP352200-A, MATEUS FOGACA DE ARAUJO - SP223145-A, RODRIGO NASCIMENTO SCHERRER - SP223549-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver afastada a exigência de recolhimento da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – SISCOMEX, na forma majorada pela Portaria MF 257/2011, assim como de se ver reconhecido o direito à compensação ou restituição, pela via administrativa, dos valores indevidamente recolhidos ao longo dos 05 (cinco) anos que antecedem a propositura da presente ação, bem como os recolhimentos efetuados a este título no curso da presente ação, nos termos das normas supramencionadas, com a devida atualização pela Selic.

A referida Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, foi instituída pela Lei nº 9.716/18, que dispôs, em seu artigo 3º:

Art. 3º. Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º. A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de:

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º. Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

(...)

§ 5º. O disposto neste artigo aplica-se em relação às importações registradas a partir de 1º de janeiro de 1999.

Optou o legislador, no § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716/1998, por delegar ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, a fixação do valor do reajuste anual da referida taxa, nos termos da variação dos custos de operação e dos investimentos e, nestes termos, foi editada a Portaria MF nº 257/2011:

Art. 1º. Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei Nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I - R\$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II - R\$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB)

Trata-se de taxa com fato gerador no exercício do poder de polícia consistente em sistema de fiscalização de comércio exterior, estipulada com fundamento no artigo 77 da Constituição Federal e sujeita aos princípios constitucionais tributários, na forma do artigo 150, também do Texto Constitucional, verbis:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

À vista de sua natureza tributária, não poderia a taxa em contenda ter seu valor fixado ou majorado por ato infralegal do Poder Executivo, restando evidente a violação ao princípio constitucional da legalidade tributária.

Nesta linha, reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário RE/SC 1095001 Agr. que "a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal", verbis:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Taxa SISCOMEX. Majoração. Portaria. Delegação. Artigo 3º, § 2º, Lei nº 9.716/98. Ausência de balizas mínimas definidas em lei. Princípio da Legalidade. Violação. Atualização. Índices oficiais. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade em matéria de delegação legislativa, desde que o legislador estabeleça o desenho mínimo que evite o arbítrio.

2. Diante dos parâmetros já traçados na jurisprudência da Corte, a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal.

3. Esse entendimento não conduz à invalidade da taxa SISCOMEX, tampouco impede que o Poder Executivo atualize os valores previamente fixados na lei, de acordo com os índices oficiais, conforme amplamente aceito na jurisprudência da Corte.

4. Agravo regimental não provido.

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais.

(RE 1095001 AgrR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018)

Igualmente no sentido da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX na forma preconizada pela Portaria MF nº 257/2011, destaquem-se os recentes julgados desta Terceira Turma:

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. TAXA SISCOMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO.

1. A Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

2. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, "considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX", por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, § 2º, Lei n.º 9.716/98.

3. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

4. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei n.º 10.637/02, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda. REsp n.º 1137738/SP.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação ou repetição dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do CTN, sendo aplicável a taxa SELIC como índice de correção monetária, desde a data do pagamento indevido. REsp n.º 1112524/DF; AgRg no AgRg no AREsp n.º 536.348.

6. Recurso de apelação provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0008571-16.2015.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/03/2020)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional: "Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição."

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF nº 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidi, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgrR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500% restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

5. Destarte, revendo posicionamentos anterior, vislumbro infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

6. Realizadas tais ponderações, exsurge a possibilidade de que a taxa não seja recolhida nos moldes da portaria MF 257/2011, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

7. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.

8. O presente entendimento vem com esteio no RE/SC 1095001, cuja decisão foi corroborada no Ag. Reg. no RE 1.130.979, o qual fixa o INPC como índice oficial a ser observado na atualização da Taxa Siscomex, com restituição dos valores (diferença) pela SELIC.

9. Em consequência, é de se declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do SISCOMEX promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, devendo a ré restituir à parte demandante os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda, acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa SELIC.

10. A compensação dos valores recolhidos indevidamente deverá ser realizada após o trânsito em julgado (art. 170-A do CTN), observando-se o disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, conforme jurisprudência do E. STJ, julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - REsp nº 1.137.738/SP.

11. Remessa oficial não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001238-04.2019.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, Intimação via sistema DATA: 23/03/2020)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu parcialmente a segurança para afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11 e reconhecer o direito à repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, respeitado o prazo decadencial de 120 dias.

2. A controvérsia cinge-se à possibilidade de atualização monetária do valor da taxa em análise, de acordo com os índices oficiais, conseqüente reconhecimento do direito à repetição do indébito na via administrativa e ao respectivo prazo.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que "a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal". (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perflhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. O índice a ser observado na atualização monetária da SISCOMEX, de acordo com o entendimento firmado por esta turma julgadora, é o INPC, cujo percentual acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

8. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa (no artigo 170-A do CTN).

9. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

10. A sentença deve ser parcialmente reformada para que seja julgado procedente em parte o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, ressalvando-se a incidência de atualização monetária mediante a aplicação do INPC acumulado no período de janeiro de 1999 a abril de 2011 (131,60%), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

11. Apelação e Remessa necessária parcialmente providas

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5009552-70.2018.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020)

Ressalte-se, ademais, que a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incluiu a questão relativa à majoração da taxa SISCOMEX pela Portaria MF 257/2011 na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

Afastada a majoração da taxa SISCOMEX na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não há que se perder de vista a necessidade de atualização monetária do valor do tributo por meio da aplicação de índices oficiais de correção monetária acumulados no período (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC), qual seja, o INPC, cujo percentual acumulado de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um ponto sessenta por cento).

Indevida a majoração da taxa SISCOMEX, de rigor o reconhecimento do direito da impetrante à repetição dos valores indevidamente recolhidos, a serem compensados ou restituídos, observado o trânsito em julgado (artigo 170-A, CTN) e a prescrição quinquenal, bem assim o disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, porquanto legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretantes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Consequentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Aplicável a taxa SELIC para a correção monetária do indébito a ser restituído, não acumulável com qualquer outro índice, a contar do recolhimento indevido, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, verbis:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições de ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos REsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial**, mantida a r. sentença.

É como voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a exigência de recolhimento da taxa de registro SISCOMEX na forma majorada pela Portaria MF 257/2011, assegurando o direito da impetrante de recolher, nas futuras importações por ela promovidas, a referida taxa nos patamares originalmente estabelecidos no texto do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.716/98, bem como o direito de “compensar o pagamento indevido realizado ao longo dos 05 (cinco) anos que antecederam a propositura da presente ação” (ID 65811850).

A sentença concedeu parcialmente a segurança, para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131,60% (INPC), glosando-se o excesso previsto na Portaria MF nº 257/2011, bem como para declarar o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores que recolheu a esse título, sujeita a controle posterior pelo Fisco, observado o prazo prescricional quinquenal.

Entendo que o direito à restituição deve ser extirpado da sentença, uma vez que não formulado pela impetrante.

É possível extrair da sentença que o juiz *a quo* não autorizou a restituição administrativa, nem mesmo a restituição por precatório. No entanto, a expressão contida no dispositivo de que a impetrante tem o direito à compensação ou restituição, pode gerar incertezas quando, após o trânsito em julgado, for requerida a habilitação do crédito.

Assim, para que não parem dívidas acerca dos limites em que autorizada a repetição do indébito, deve ser excluída do dispositivo a possibilidade de restituição, mantendo-se tão somente a compensação.

Ante o exposto, peço vênia para divergir e dar parcial provimento à remessa oficial, a fim de reduzir a sentença aos limites do pedido, afastando o direito à restituição, quer na via administrativa, quer por precatório. No mais, acompanho o e. Relator.

É o voto.

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, § 2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. DIREITO À REPETIÇÃO (COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO) DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, foi instituída pela Lei nº 9.716/18.
2. Optou o legislador, no § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716/1998, por delegar ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, a fixação do valor do reajuste anual da referida taxa, nos termos da variação dos custos de operação e dos investimentos e, nestes termos, foi editada a Portaria MF nº 257/2011.
3. Trata-se de taxa com fato gerador no exercício do poder de polícia consistente em sistema de fiscalização de comércio exterior, estipulada com fundamento no artigo 77 da Constituição Federal e sujeita aos princípios constitucionais tributários, na forma do artigo 150, também do Texto Constitucional.
4. À vista de sua natureza tributária, não poderia a taxa em contenda ter seu valor fixado ou majorado por ato infralegal do Poder Executivo, restando evidente a violação ao princípio constitucional da legalidade tributária.
5. Nesta linha, reconheceu o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário RE/SC 1095001 Agr, que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. Igualmente no sentido da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX na forma preconizada pela Portaria MF nº 257/2011 é a jurisprudência desta Terceira Turma.
6. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incluiu a questão relativa à majoração da taxa SISCOMEX pela Portaria MF 257/2011 na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN nº 502/2016.
7. Afastada a majoração da taxa SISCOMEX na forma promovida pela Portaria MF nº 257/2011, não há que se perder de vista a necessidade de atualização monetária do valor do tributo por meio da aplicação de índices oficiais de correção monetária acumulados no período (RE 1095001 Agr, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC), qual seja, o INPC, cujo percentual acumulado de janeiro de 1999 a abril de 2011 é de 131,60% (cento e trinta e um por cento e sessenta por cento).
8. Indevida a majoração da taxa SISCOMEX, de rigor o reconhecimento do direito da impetrante à repetição dos valores indevidamente recolhidos, a serem compensados ou restituídos, observado o trânsito em julgado (artigo 170-A, CTN) e a prescrição quinquenal, bem assim o disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, porquanto legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil (REsp 113738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).
9. Aplicável a taxa SELIC para a correção monetária do indébito a ser restituído, não acumulável com qualquer outro índice, a contar do recolhimento indevido (REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010).
10. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por maioria, negou provimento à remessa oficial nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Antônio Cedenho que dava parcial provimento à remessa oficial, a fim de reduzir a sentença aos limites do pedido, afastando o direito à restituição, quer na via administrativa, quer por precatório., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007470-74.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 10 - DES. FED. ANTONIO CEDENHO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: NS IMPORTACAO E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO MOREIRA - SC11988
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos. Determino a retirada de pauta do presente feito.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) em face da decisão proferida pelo Juízo Federal da 6ª Vara de Campinas/SP.

Por meio de comunicação eletrônica o MM. Juíza *quo* noticiou que profêriu decisão de homologação de desistência da ação.

Assim havendo decisão definitiva no processo principal, o presente recurso resta prejudicado, devido ao caráter exauriente da sentença no processo principal.

Neste sentido, a melhor jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado.

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511)

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AFRONTA AO ART. 535 DO DIPLOMA PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA RELATIVA À GREVE DE SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. EXAME PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. AUSÊNCIA PREVISÃO NO ART. 105 DA CF/88. 1. O art. 105 da Constituição Federal não autoriza este Superior Tribunal a analisar ação ordinária relativa à greve dos servidores públicos federais, mas apenas e tão somente as relativas a dissídio coletivo, conforme restou decidido pela pela Suprema Corte nos autos do STA 207/RS. Precedente. 2. Resta prejudicado o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento de decisão que deferiu ou indeferiu liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito, tanto de procedência, porquanto absorve os efeitos da medida antecipatória, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente; como de improcedência, pois há a revogação, expressa ou implícita, da decisão antecipatória. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AGRESP 200901403810, QUINTA TURMA, Relator(a) LAURITA VAZ, Decisão: 02/02/2012, Publicação: 13/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Conforme consignado na decisão agravada, a prolação de sentença de mérito, mediante cognição exauriente, enseja a superveniente perda de objeto do recurso interposto contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento. 2. Eventual provimento do recurso especial, referente à decisão interlocutória, não poderia infirmar o julgamento superveniente e definitivo que reapreciou a questão. 3. A decisão agravada não está em confronto com o julgado da Corte Especial (EREsp 765.105/TO (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 25.8.2010), uma vez que este não se amolda ao presente caso, em que, conforme se observa nos autos, houve decisão denegatória de antecipação de tutela. Agravo regimental improvido. (STJ, AGRESP 201100699334, SEGUNDA TURMA, Relator(a) HUMBERTO MARTINS, Decisão: 13/12/2011, Publicação: 19/12/2011)

Diante do exposto nego seguimento ao agravo de instrumento, eis que prejudicado, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

Após as formalidades legais, certifique-se o trânsito em julgado, dando-se baixa na distribuição.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001447-13.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001447-13.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de atos administrativos e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Unimed Nordeste Paulista – Federação Intrafederativa das Cooperativas Médicas, em 21 de março de 2018, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 2.941.204.000.243.081-0 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, caso não seja verificada a nulidade do débito, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 3.257,23 (três mil, duzentos e cinquenta e sete reais e vinte e três centavos). Coma inicial, acostou documentos.

Foi proferida decisão suspendendo a exigibilidade dos valores discutidos na presente ação, em face do depósito judicial no valor da cobrança (ID 126548475).

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 126548478).

Houve réplica (ID 126548481).

A autora especificou provas (ID 126548540), as quais foram indeferidas (ID's 126548542 e 126548547).

Após alegações finais (ID's 126548540 e 126548552), foi prolatada sentença de improcedência dos pedidos (ID 126548553). A autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Custas na forma da lei.

Irresignada, apelou a autora (ID 126548557), tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 126548562), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001447-13.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente.

Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento.

No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente despropositada a produção das provas pleiteadas.

No que tange à prescrição, por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "e" do permissivo constitucional.

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

(REsp 1777949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agêcia Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfundível com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33910.000968/2016-06 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.243.081-0, com vencimento em 26/03/2018.

A presente ação foi ajuizada em 21/03/2018, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 126548473 e 126548474), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 126548475 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para reaplicação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta obter-se que, conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se reverse de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.
 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.
 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.
 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.
 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.
 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.
 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.
- (ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assimmentado:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.
 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.
 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.
 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.
 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.
- (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.

Com efeito, a aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".

No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgente, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, como no caso em comento, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente. Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de provas ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento. No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente despicienda a produção das provas pleiteadas.
3. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
4. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
5. Insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
6. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33910.000968/2016-06 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.243.081-0, com vencimento em 26/03/2018. A presente ação foi ajuizada em 21/03/2018, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 126548473 e 126548474), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 126548475 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança da quantia devida, não há que se falar em prescrição.
7. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
8. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
9. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
10. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
11. O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.
12. A aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".
13. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.
14. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
15. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026175-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO
AGRAVADO: LEANICACIO CHAVES
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026175-57.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SAO PAULO

AGRAVADO: LEANICACIO CHAVES

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo CONSELHO REGIONAL DE ODONTOLOGIA DE SÃO PAULO em face de decisão que indeferiu o pedido de penhora por meio do sistema Bacenjud, em sede de execução fiscal, posto que o valor executado é inferior ao "equivalente ao limite mensal de isenção da tabela do imposto de renda, "quantum" adotado pela jurisprudência do TRF4ª Região para definição de hipossuficiência para fins de concessão de assistência judiciária gratuita".

Alegou o agravante que o art. 20 da Lei nº 10.522/2002 não se aplica às execuções de créditos das autarquias federais, cobrados pela Procuradoria-Geral Federal.

Invocou a Súmula 583.

Sem contramínuta.

É o relatório.

AGRAVADO: LEANICACIO CHAVES

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

A questão restou consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Tema 425), que assim fixou: "A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras."

Prevê o Código de Processo Civil:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;

II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução. (grifos)

Desta forma, é **ônus do executado** a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. MAQUINÁRIO DESTINADO AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. ART. 649, V, DO CPC. 1. As diversas leis que disciplinam o processo civil brasileiro deixam claro que a regra é a penhorabilidade dos bens, de modo que as exceções decorrem de previsão expressa em lei, cabendo ao executado o ônus de demonstrar a configuração, no caso concreto, de alguma das hipóteses de impenhorabilidade previstas na legislação, como a do art. 649, V, do CPC: "São absolutamente impenhoráveis (...) os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão". 2. Na hipótese dos autos, consoante alertou o parquet federal, o Tribunal de origem apenas afastou a aplicabilidade do art. 649 do Código de Processo Civil às empresas, sem considerar, contudo, que no caso trata-se de maquinário indispensável para a continuidade das atividades da agravante. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AGRSP 201201217863, Relator Og Fernandes, Segunda Turma, DJE DATA:27/11/2013). (grifos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA. SISTEMA BACENJUD. PRECEDENTES DO C. STJ. AGRAVO DESPROVIDO. - É firme o entendimento no sentido da possibilidade do relator, a teor do disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, decidir monocraticamente o mérito do recurso, aplicando o direito à espécie, amparado em súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal ou dos Tribunais Superiores. - A interpretação sistemática dos artigos 185-A do CTN, com os arts. 11 da Lei 6.830/80 e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente. - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1184765/PA, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, pacificou entendimento no sentido de que a utilização do sistema BACENJUD, no período posterior à vacatio legis da Lei nº 11.382/2006 (21.01.2007), que inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras. - Na hipótese de deferimento da constrição de ativos financeiros, é ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito, consoante o disposto no art. 655-A do CPC. - Ressalte-se que a situação dos autos não se enquadra no disposto no art. 649, IV, CPC, porquanto o valor bloqueado pertence à empresa executada e não aos seus funcionários. Precedentes desta E. Corte. - Compulsando os autos, verifica-se que a penhora dos ativos financeiros no valor de R\$ 23.212,50, em 15.10.2012 (fls. 168/169), não ultrapassa o valor do débito (R\$ 85.024,56 - fls. 162v), não havendo, portanto, valores excedentes a serem desbloqueados. - As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. - Agravo desprovido. (TRF 3ª Região, AI 00320313420124030000, Relator Juiz Federal convocado Leonel Ferreira, Quarta Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/06/2013). (grifos)

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS – BACENJUD – ART. 854, § 3º, CPC – RECURSO PROVIDO.

1.O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de que o bloqueio de ativos financeiros, quando requerido e deferido na vigência da Lei nº 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil/73, não constitui medida excepcional e prescinde do exaurimento de buscas de outros bens passíveis de constrição.

2.A questão restou consolidada através da sistemática dos recursos repetitivos, nos autos do REsp 1.184.765 (Tema 425), que assim fixou: "A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras."

2. Prevê o Código de Processo Civil: "Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que tome indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução. (...) § 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que: I - as quantias tomadas indisponíveis são impenhoráveis; II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros. § 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas."

3. É ônus do executado a comprovação da impenhorabilidade do bem constrito.

4. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) em face de acórdão proferido por esta Terceira Turma Julgadora que, à unanimidade, deu parcial provimento à apelação, apenas para modificar os juros de mora, para que sejam observados os termos do art. 1º-F da Lei nº 9.49/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, a partir de julho de 2009.

O acórdão está assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACIDENTE DE VEÍCULO - ANIMAL NA PISTA - DNIT - LEGITIMIDADE PASSIVA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - CONDUTA OMISSIVA - ART. 37, § 6º; DA CF - APLICABILIDADE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DANOS MATERIAIS - SEGURADORA - DIREITO DE REGRESSO - RESPONSABILIDADE DA AUTARQUIA - RESSARCIMENTO DEVIDO - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Incumbe ao DNIT tomar todas as medidas necessárias para prevenir acidentes e assegurar a segurança dos usuários (art. 82 da Lei nº 10.233/01), do que deflui sua legitimidade para figurar no polo passivo da demanda. A imputação de responsabilidade ao dono ou detentor do animal atingido (art. 1.527 do CC/16; art. 936 da atual Lei Civil), cuja identidade sequer foi apurada, não altera esse quando, na medida em que a responsabilidade do ente público somente poderia ser elidida caso comprovada a culpa exclusiva do terceiro.

2. Na hipótese de omissão, a jurisprudência predominante do STF e do STJ adota a responsabilidade subjetiva, de sorte a reclamar a presença de culpa ou dolo do agente público para a configuração do dever de indenizar. Contudo, melhor refletindo sobre a questão, entendendo que, uma vez comprovada a exigibilidade da atuação estatal no caso concreto, a responsabilidade do Estado será objetiva, orientação que homenageia o texto constitucional.

3. In casu, não remanescem dúvidas de que o acidente decorreu da colisão do veículo com animal que, indevidamente, havia ingressado na pista de rolamento.

4. Nos exercício de suas atribuições legais, compete ao DNIT impedir o ingresso de animal na pista - mediante cercamento adequado ou qualquer outra medida de igual eficácia -, bem assim prover a sinalização adequada, sob pena de transferir integralmente à vítima o ônus de suportar acidentes dessa natureza.

5. Não houve demonstração, no caso concreto, de culpa concorrente ou exclusiva do condutor do veículo, ônus que incumbia ao réu, ex vi do art. 373, II, do CPC.

6. Afirmada a responsabilidade do réu pelo acidente automobilístico - e, conseqüentemente, pelos danos materiais daí decorrentes -, impõe-se sua condenação ao ressarcimento do valor despendido pela seguradora, na esteira do art. 786 do Código Civil.

7. Sentença parcialmente reformada, tão somente para adequar o capítulo relativo aos consectários legais ao quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE 870.947, recurso submetido à sistemática da repercussão geral.

8. Apelação parcialmente provida."

Sustenta, em síntese, que o acórdão padece de omissão quanto aos seguintes pontos:

- a) demonstração da culpa ou do dolo, do dano, do nexo de causalidade, além da inexistência de conduta omissa da embargante;
- b) quanto à atribuição de patrulhamento da rodovia e remoção de animais, visto se tratar de competência conferida pela Constituição Federal à Polícia Rodoviária Federal, nos termos do art. 144, II e §2º da CF/88, arts. 80 e 82, IV, da Lei nº 10.233/2001 e art. 20, incisos II, III e VI, do CTB;
- c) inexistência de responsabilidade solidária entre a autarquia embargante, a PRF e o dono do animal, à luz dos arts. 265, 932, 936, todos do CC/02;
- d) que o motorista deverá ter atenção redobrada ao trafegar em local com característica rural e que compete aos proprietários rurais a construção e manutenção de cercas limítrofes com a faixa e domínio da rodovia federal, a fim de se evitar que animais ingressem na pista.
- e) "a alegação de que o sinistro só pode ter decorrido da imprudência ou imperícia do autor, condutor do veículo, eis que se dirigisse como o Código determina, isto é, com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, não seria surpreendido com um animal atravessando a pista";
- f) o autor não comprovou os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, que o segurado estava dirigindo em conformidade com a lei, em velocidade e atenção compatíveis com a via, nos termos do art. 373, I do CPC.

Requer o pronunciamento sobre o disposto no art. 37, § 6º; art. 93, IX e art. 144, II, c.c. § 2º, todos da CF; arts. 80 e 82, IV, da Lei nº 10.233/2001; arts. 936 e 945, ambos do Código Civil; art. 373, I, NCCP; arts. 20, incisos II, III e VI; 28; 43; 53, II; 148 § 1º; 150, parágrafo único; 220, incisos V e XI e 338, todos do Código de Trânsito Brasileiro.

Com contrarrazões (ID 126550993).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027714-28.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
APELADO: ITAU SEGUROS DE AUTO E RESIDENCIA S.A.
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Pretende o embargante sejam sanadas omissões no acórdão, atinentes ao reconhecimento da responsabilidade civil do embargante pelos danos decorrentes do acidente automobilístico ocorrido na BR 452, envolvendo o veículo assegurado pela embargante e um animal que circulava indevidamente na pista de rolamento.

In casu, o acórdão apreciou todas as matérias levantadas no recurso de apelação, e nada há a ser aclarado ou corrigido pela via dos embargos de declaração, que não se prestam à rediscussão da matéria.

Cumpra mencionar que a Turma Julgadora, à luz dos elementos fático-probatórios - tais como o boletim de ocorrência e os depoimentos testemunhais -, concluiu pela responsabilidade extracontratual objetiva da autarquia embargante pelos danos gerados à seguradora embargada, notadamente em razão de sua conduta omissiva, o que gera o dever de indenizar.

Conforme salientado no acórdão embargado, incumbe ao DNIT zelar pela manutenção, conservação e fiscalização da rodovia, nos termos do artigo 82, inciso I, da Lei nº 10.233/01, notadamente, através do cercamento da via e da sinalização adequada, sob pena de se transferir à vítima, integralmente, o ônus de suportar acidentes dessa natureza.

Ainda, restou salientado que as atribuições do DNIT em nada se confundem com aquela conferida à PRF, atinente ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais, atividade relacionada com a segurança pública, consoante disposto no art. 144 da Constituição Federal e no art. 1º do Decreto nº 1.655/1995.

Verifica-se que o embargante pretende transferir a responsabilidade pelo evento danoso ao proprietário do veículo e à PRF, quando o legislador determina que a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor incumbe ao réu, nos termos do art. 373, II do CPC, inócua na espécie.

A despeito das razões invocadas, não se verificam, na decisão embargada, obscuridade, contradição, omissão ou erro material passíveis de serem sanados pela via estreita dos embargos declaratórios, consoante exige o art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Os argumentos expendidos demonstram, na verdade, o inconformismo do recorrente em relação aos fundamentos da *decisum*, os quais não podem ser atacados por meio de embargos de declaração, por apresentarem nítido caráter infringente.

Nessa senda, vale destaca o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.022 E INCISOS DO CPC DE 2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Depreende-se do artigo 1.022, e seus incisos, do novo Código de Processo Civil que os embargos de declaração são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição, omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado o julgador, ou até mesmo as condutas descritas no artigo 489, parágrafo 1º, que configurariam a carência de fundamentação válida. Não se prestam os aclaratórios ao simples reexame de questões já analisadas, com o intuito de meramente dar efeito modificativo ao recurso. 2. No caso dos autos não ocorre nenhuma das hipóteses previstas no artigo 1.022 do novo CPC, pois o acórdão embargado apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão. (...)

(EDcl no AgRg no AREsp 823.796/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 24/06/2016)

Além disso, resta pacificado na jurisprudência desta Corte e do STJ o entendimento de que o julgador, tendo encontrado motivação suficiente para decidir desta ou daquela maneira, não está obrigado a rebater, uma um, todos os argumentos apresentados pela parte para decidir a demanda. A propósito, confira-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VÍCIOS - AUSENTES - PREQUESTIONAMENTO. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, não merecem ser conhecidos os embargos de declaração. 2. Inadmissível a modificação do julgado por meio de embargos de declaração, atribuindo-se-lhes indevidamente, efeitos infringentes. 3. Não é obrigatório o pronunciamento do magistrado sobre todos os tópicos alegados, mas sim que a decisão esteja devida e suficientemente fundamentada, como no caso. 4. Embargos de declaração não conhecidos."

(TRF3, EDAMS 91422/SP, Rel. Des. Federal MAIRAN MAIA, SEXTA TURMA, j. 05/12/2001, DJU 15/01/2002)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA PURAMENTE DE DIREITO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 34 DO CTN. INAPLICABILIDADE DAS SÚMULAS 07 E 05 DO STJ. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DE TODOS OS ARGUMENTOS LEVANTADOS EM CONTRARRAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. INVIÁVEL ATRAVÉS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DO JULGAMENTO. ADIAMENTO. NOVA INCLUSÃO EM PAUTA. DESNECESSIDADE. RECURSO JULGADO NAS SESSÕES SUBSEQUENTES. 1. A matéria constante dos autos é puramente de direito, restrita à interpretação do artigo 34 do CTN, pelo que não há falar em aplicação das Súmulas 07 e 05 do STJ. 2. O magistrado não está obrigado a se manifestar acerca de todos os argumentos esposados nas contrarrazões do recurso especial, quando já encontrou fundamento suficiente para resolver a controvérsia. 3. Ausência de omissão no julgado embargado. Na verdade, a pretensão dos aclaratórios é o rejuízo do feito, contudo inviável diante da via eleita. 4. Não é nulo o julgamento que, tendo sido incluído em pauta, foi apreciado na segunda sessão subsequente, mormente quando o pedido de adiamento foi feito pela parte que ora embarga. Despicienda nova inclusão em pauta já que o processo não foi dela retirado. Precedentes: (EDcl na REcl 1785 DF, Ministro Teori Albino Zavascki, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 28/11/2005; Resp. 996.117/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 01/06/2009 EDcl no REsp 774161/SC; Ministro Castro Meira, DJ 28.4.2006; EDcl no REsp 324.361/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 6.3.2006; EDcl no REsp 331.503/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1/9/03; REsp 703429/MS, Ministro Nilson Naves, DJ 25/06/2007; EDcl no REsp 618169/SC, Ministra Laurita Vaz, DJ 14/08/2006). 5. Embargos rejeitados."

(STJ, 1ª Seção, EDcl no REsp 1111202/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 21/08/09).

Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o conhecimento do recurso, que se verifique a existência de algum dos vícios previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, o que não ocorre no vertente caso.

Assim, não demonstrada a existência de quaisquer dos vícios elencados no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a rejeição dos presentes aclaratórios é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto por **rejeitar** os embargos de declaração.

É COMO VOTO.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Devem ser rejeitados os embargos de declaração opostos contra acórdão proferido a salvo de omissão, contradição, obscuridade ou erro material.
2. No vertente caso, não há qualquer vício a ser sanado, tendo em vista que o acórdão encontra-se suficientemente claro, nos limites da controvérsia, e devidamente fundamentado de acordo com o entendimento esposado por esta E. Turma.
3. Ainda que os embargos tenham como propósito o prequestionamento da matéria, faz-se imprescindível, para o acolhimento do recurso, que se verifique a existência de quaisquer dos vícios mencionados.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001468-98.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: ELIANE SILVA DE SANTANA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: NAARAI BEZERRA - SP193450-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001468-98.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: ELIANE SILVA DE SANTANA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: NAARAI BEZERRA - SP193450-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **ELIANE SILVA DE SANTANA** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DO INSS – INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – POSTO GUARULHOS**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para que seja determinado à autoridade impetrada que *ENCAMINHE O PROCESSO ADMINISTRATIVO – NB 42/152.431.579-3-0 a análise técnica para que seja verificada a possibilidade do reconhecimento como especial o período laborado na empresa WEG EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS SA - Período 08/09/86 à 05/09/90, 12/06/91 à 14/04/2009, e por fim conclua a análise do pedido administrativo, cumprindo assim o prazo estipulado pelo próprio instituto através de sua Instrução Normativa. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).*

Aduziu a impetrante que, em 24/02/2010, ingressou junto ao INSS com requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição – NB 152.431.597-3 – ESPÉCIE 42, concedido em 20/07/2010 e que, após a concessão verificou-se que o benefício foi concedido de forma proporcional, sendo certo que atingiria a integralidade, uma vez que juntou o PPP da empresa WEG EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS SA, onde laborou exposta a agentes nocivos, não tendo havido a devida análise técnica. Que requereu a revisão do benefício e, não obstante os diversos comparecimentos ao Posto e informações descontradas, não obteve resposta da Autarquia Previdenciária, tendo sido negligenciada pelos respectivos servidores, apesar do que preceitua a IN 77/2015. Suscita eventual prática do crime de desobediência (artigo 319 do CP). Por fim, requereu a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 80370667).

Liminar parcialmente deferida para determinar à autoridade impetrada a análise e conclusão do pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/152.431.579-3 (PA n.º 37306.012789-2018-54), no prazo de 15 (quinze) dias, salvo se houver fato impeditivo devidamente justificado (Id 80370680).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (80370886).

Informou a autoridade impetrada que o *pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/152.431.579-3 (PA n.º 37306.012789/2018-54) foi analisado, resultando em seu indeferimento* (Id 80370888).

O MPF deixou de se manifestar quanto ao mérito da demanda, porquanto matéria não listada na Recomendação 34/2016 do CNMP (Id 80370890).

O juízo de origem concedeu a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, ratificando integralmente a liminar decisão em que deferida a medida liminar. Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários, a teor das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, bem como o artigo 25 da Lei nº. 12.016/09. Sentença sujeita a reexame necessário, nos termos do artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº. 12.016/09 (Id 80370891).

O Ministério Público Federal, novamente, deixou de se manifestar quanto ao mérito da demanda, porquanto matéria não listada na Recomendação 34/2016 do CNMP (Id 90070038).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 122954565).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001468-98.2019.4.03.6119

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como o escopo de se ver analisado o pedido administrativo de revisão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, formulado pela impetrante.

No caso, constata-se que a impetrante requereu a revisão do benefício e, não obstante os diversos comparecimentos ao Posto e informações desencontradas, não obteve resposta da Autarquia Previdenciária. Deferida parcialmente a liminar para determinar à autoridade impetrada a análise e conclusão do pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/152.431.579-3 (PA n° 37306.012789-2018-54), no prazo de 15 (quinze) dias, salvo se houver fato impeditivo devidamente justificado (Id 80370680), informou a Autarquia que o *pedido administrativo de revisão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/152.431.579-3 (PA n° 37306.012789/2018-54) foi analisado, resultando em seu indeferimento (Id 80370888).*

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENAÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022111-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: TATIANE BUENO DE MORAIS GARCIA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNO D'ANGELO PRADO MELO - SP313636-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022111-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: TATIANE BUENO DE MORAIS GARCIA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNO D'ANGELO PRADO MELO - SP313636-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por **Tatiane Bueno de Moraes Garcia** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de São Paulo/Sul, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder ao seu atendimento no "Guichê do Advogado", nas instalações de todas e quaisquer de suas agências do estado de São Paulo, em normal horário de expediente (Resolução 336/2013), estritamente como o comandado pelo TRF1 à ACP nº 0026178-78.2015.4.01.3400, julgada em 11.09.2017.

A liminar foi deferida para determinar à autoridade impetrada que atenda a impetrante no "guichê do advogado", no horário normal de expediente que atende qualquer cidadão (ID 129873293).

A MM. Juíza *a quo* concedeu a segurança, confirmando a liminar anteriormente deferida (ID 129873307).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra da Dra. Maria Luíza Grabner, opinou pelo desprovisionamento da remessa necessária (ID 130223987).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5022111-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder ao atendimento da impetrante no "Guichê do Advogado", nas instalações de todas e quaisquer de suas agências do estado de São Paulo, em normal horário de expediente (Resolução 336/2013), estritamente como o comandado pelo TRF1 à ACP nº 0026178-78.2015.4.01.3400, julgada em 11.09.2017.

Da análise dos autos, verifica-se que o horário de expediente na agência em questão inicia-se às 7 horas e se encerra às 17 horas, totalizando 10 (dez) horas de atendimento, não havendo que se falar, portanto, em redução do horário de atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 0026178-78.2015.4.01.3400, a qual, segundo afirmado pela própria impetrante, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos, durante o horário de expediente da Agência da Previdência Social.

Com efeito, o horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o horário de atendimento, que se caracteriza como aquele em que é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, a teor dos artigos 5º e 6º da Resolução INSS nº 336/2013.

Nos termos do art. 9º da supracitada Resolução, o horário de atendimento da agência deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7 horas e as 19 horas, o que tem sido observado.

Assim, não há dúvidas de que os guichês para atendimento prioritário dos advogados funcionam durante todo o horário de expediente da Agência da Previdência Social, pelo período de dez horas (superior ao mínimo exigido), possibilitando aos patronos o exercício pleno de sua profissão.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO AOS ADVOGADOS APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE DA AGÊNCIA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito do impetrante de, na condição de advogado, ser atendido após o encerramento do expediente em Agência da Previdência Social. 2. Da análise dos autos, verifica-se que o horário de expediente na agência em questão inicia-se às 7 horas e se encerra às 17 horas, totalizando 10 (dez) horas de atendimento, não havendo que se falar, portanto, em redução do horário de atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 26178-78.2015.4.01.3400, a qual, segundo afirmado pelo próprio recorrente, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos, durante o horário de expediente da Agência da Previdência Social. 3. O horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o horário de atendimento, o qual se caracteriza como o período no qual é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, a teor dos artigos 5º e 6º da Resolução nº 336/2013 do INSS. 4. Nos termos do art. 9º da supracitada Resolução, o horário de atendimento da agência deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7 horas e as 19 horas, o que tem sido observado. 5. A continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário da autarquia previdenciária, não se tratando de norma obrigatória a ser prestada aos advogados, os quais já possuem atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio. 6. Não se verifica violação ao direito de petição e aos direitos conferidos aos patronos pelo Estatuto da Advocacia, tampouco violação aos princípios da igualdade e da administração pública. 7. Apelação desprovida". (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022097-87.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 26/02/2020)

Registre-se, por fim, que a continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário da autarquia previdenciária, não se tratando de norma obrigatória a ser prestada aos advogados, os quais já possuem atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio.

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO** à remessa necessária para reconhecer que os direitos conferidos à impetrante pelo Estatuto da Advocacia e pela decisão proferida em ação civil pública estão sendo devidamente observados pela autarquia previdenciária.

É como voto.

jucarval

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO AOS ADVOGADOS APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE EM AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA.

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora proceder ao atendimento da impetrante no "Guichê do Advogado", nas instalações de todas e quaisquer de suas agências do estado de São Paulo, em normal horário de expediente, de acordo com a Resolução 336/2013.

2. No caso em apreço, o horário de expediente na agência em questão inicia-se às 7 horas e se encerra às 17 horas, totalizando 10 (dez) horas de atendimento, não havendo que se falar, portanto, em redução do horário de atendimento prioritário conferido aos advogados, tampouco em desrespeito à sentença proferida na ação civil pública nº 0026178-78.2015.4.01.3400, a qual, segundo afirmado pela própria impetrante, assegurou aos advogados o atendimento diferenciado em guichês exclusivamente destinados aos patronos, durante o horário de expediente da Agência da Previdência Social. Precedente.

3. Com efeito, o horário de funcionamento da agência, período no qual é permitido ao servidor desempenhar as atividades inerentes ao seu respectivo cargo na unidade do INSS, não se confunde com o horário de atendimento, que se caracteriza como aquele em que é obrigatório à unidade do INSS estar acessível ao público para atendimento, a teor dos artigos 5º e 6º da Resolução INSS nº 336/2013.

4. Nos termos do art. 9º da supracitada Resolução, o horário de atendimento da agência deve ser de, no mínimo, oito horas ininterruptas, compreendidas entre as 7 horas e as 19 horas, o que tem sido observado.

5. Os guichês para atendimento prioritário dos advogados, assim, funcionam durante todo o horário de expediente da Agência da Previdência Social, pelo período de dez horas (superior ao mínimo exigido), possibilitando aos patronos o exercício pleno de sua profissão.

6. A continuidade do atendimento após o horário de expediente ocorre conforme a necessidade e decorre do poder discricionário da autarquia previdenciária, não se tratando de norma obrigatória a ser prestada aos advogados, os quais já possuem atendimento prioritário em guichê próprio, sem agendamento prévio.

7. Remessa necessária provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: FUNDACAO PADRE ALBINO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FERNANDO APARECIDO ZERBINATTI - SP226178-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002126-69.2013.4.03.6136
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: FUNDACAO PADRE ALBINO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FERNANDO APARECIDO ZERBINATTI - SP226178-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de atos administrativos e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Fundação Padre Albino - Padre Albino Saúde, em 16 de abril de 2013, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das 11 Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 45.504.037.959-3 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, o excesso de cobrança. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 43.254,97 (quarenta e três mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos). Com a inicial, acostou documentos.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada (ID 89866014 – pág. 132/134), “para determinar que a autarquia-ré Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (1) não inclua o nome da autora (Fundação Padre Albino - Albino Saúde - CNPJ 47.074.851/0001-42) no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, e (2) não inscreva o título em Dívida Ativa da ANS, ficando a autarquia impedida, por dedução lógica, de ajuizar a execução fiscal”.

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 89866014 – págs. 144/157 e ID 89866015 – págs. 1/24).

Após a réplica (ID 89866015 – págs. 32/45), foi proferida sentença de improcedência dos pedidos (ID 89866015 – págs. 72/89). A autora foi condenada ao pagamento de custas e honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

A autora opôs embargos de declaração (ID 89866015 – págs. 91/93), os quais foram rejeitados (ID 89866015 – págs. 95/97).

Irresignada, apelou a autora (ID 89866015 – págs. 100/133), tempestivamente, pugnano pela reforma *in totum* da r. sentença. Alegou preliminar de cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide. No mais, repôs os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 89865716 – págs. 6/40), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002126-69.2013.4.03.6136
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: FUNDACAO PADRE ALBINO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FERNANDO APARECIDO ZERBINATTI - SP226178-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente.

Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento.

No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente desprovida a realização das provas pleiteadas.

No que tange à prescrição, por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

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

(REsp 177949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfindável com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33902349952/2010-02, foi gerada a competente GRU nº 45.504.037.959-3, com vencimento em 17/04/2013 (ID 89866014 –pág. 87).

A presente ação anulatória foi ajuizada em 16/04/2013, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID 89866014 –pág. 130), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão de fls. 120/121 (ID 89866014 –pág. 132/134) e, consequentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento das guias supracitadas como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com interações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para reaplicação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta obter-se que, conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se revele de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.

6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.

7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

(ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.
2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.
3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.
4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.
5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os instâncias amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias. (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, melhor sorte não ocorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V e VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

Outrossim, a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado" (AgRg no AREsp 213169/RS, REsp 1055199/SP), bem assim nos atendimentos de urgência (REsp 222339/PB).

Tampouco prospera a alegação de excesso de cobrança.

O ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que temporariamente institucionalizou a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um virgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados pela Autarquia estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente. Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de provas ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento. No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente despropositada a produção das provas pleiteadas.
3. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
4. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
5. Insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
6. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33902349952/2010-02 foi gerada a competente GRU nº 45.504.037.959-3, com vencimento em 17/04/2013. A presente ação anulatória foi ajuizada em 16/04/2013, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos, restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada e, consequentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento das guias supracitadas como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.
7. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
8. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
9. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
10. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
11. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, melhor sorte não ocorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V e VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.
12. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados pela Autarquia estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
13. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007897-18.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: NILSON JOSE BARBOSA
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO LACERDA DA SILVA - SP296557-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007897-18.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: NILSON JOSE BARBOSA
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO LACERDA DA SILVA - SP296557-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **NILSON JOSÉ BARBOSA** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PIMENTAS - GUARULHOS**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para o imediato julgamento de seu pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduziu o impetrante que protocolizou, em 10/07/2018, sob o nº 160.213.978, pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 e nos artigos 541 e 542 da IN 77/2015 para a prolação de decisão em processo administrativo na esfera federal. Sustentou, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos princípios que regem a atividade administrativa. Reforçou a necessidade de comando explícito por parte da autoridade impetrada e o caráter alimentar da demanda (artigo 5º, incisos LV e LXXVIII, da CF e artigos 2º, 48 e 49 da Lei 9.784/99). Requereu, por fim, a fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 56706664).

Liminar concedida parcialmente para determinar à autoridade impetrada a análise e conclusão do pedido administrativo de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, relativamente ao protocolo de requerimento nº 160213978, no prazo de 15 (quinze) dias, salvo fato impeditivo devidamente justificado (Id 56706672).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 56706677).

Informou a autoridade impetrada o encaminhamento do mandado de segurança ao APS Pimentas (Id 56706683).

Noticiou, outrossim, a Autarquia Previdenciária que o *requerimento de nº 160213978 foi analisado, gerando processo de benefício de espécie e número 421.185.198.015-3, que se encontra com parecer concedido em 11/02/2019* (Id 56706686).

O MPF manifestou-se no sentido da extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do CPC (Id 56706688).

O juízo de origem concedeu a segurança, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, a fim de ratificar integralmente a decisão em que parcialmente deferida a medida liminar. Custas na forma da lei. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, bem como do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Sentença submetida ao reexame necessário, nos termos do §1º do artigo 14 da Lei nº 12.016/2009 (Id 56706690).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovisionamento da remessa oficial (Id 66451272).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 122938500).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007897-18.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: NILSON JOSE BARBOSA
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROGERIO LACERDA DA SILVA - SP296557-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição formulado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante protocolizou, em 10/07/2018, sob o nº 160.213.978, pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida parcialmente a liminar para determinar à autoridade impetrada a análise e conclusão do pedido administrativo, no prazo de 15 (quinze) dias (Id 56706672), informou a Autarquia Previdenciária a análise e concessão do benefício nº 421.185.198.015-3, em 11/02/2019 (Id 56706686).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.
2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).
4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.
5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.
6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.
7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.
8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.
9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.
10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENAÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.
2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.
3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.
4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009673-76.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO, PRESIDENTE CONSELHO REGIONAL EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO
APELADO: CLEBER ELIAS FERREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO JOSE FERREIRA DE LIMA - SP387898-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009673-76.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO, PRESIDENTE CONSELHO REGIONAL EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO
APELADO: CLEBER ELIAS FERREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO JOSE FERREIRA DE LIMA - SP387898-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo **Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região**, contra sentença que concedeu a segurança postulada pelo impetrante **Cleber Elias Ferreira dos Santos**, para assegurar-lhe o direito de ministrar aulas de tênis de quadra, independentemente do registro no referido Conselho, por entender que a atividade de técnico esportivo não é exclusiva do profissional de Educação Física.

Irresignado, o Conselho Regional de Educação Física apela, sustentando, em síntese, que:

- a) é coerente a exigência de registro para treinadores e técnicos de atividades esportivas, devendo a questão ser analisada sob a ótica do interesse público;
- b) a Lei nº 9.696/98, no seu art. 3º, prevê como competência do profissional de educação física "realizar treinamentos especializados", "atividades físicas" e "desporto. Assim, em sendo o tênis uma atividade esportiva, é evidente que "realizar treinamentos especializados" desse esporte é competência do profissional de educação física;
- c) existe interesse público na atuação do Conselho Regional de Educação Física na fiscalização dos instrutores de tênis;
- d) compete ao Conselho Regional de Educação Física a fiscalização de todo e qualquer local onde estejam sendo oferecidas e dinamizadas atividades físicas e esportivas;
- e) a atividade exercida pelo apelado é esportiva, sendo a sua instrução ato privativo do profissional de educação física, nos termos da Lei nº 9.696/98, inexistindo o cabimento para se eximir o instrutor de se submeter à fiscalização do Conselho Regional de Educação Física.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esse E. Tribunal.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do e. Procurador Regional da República, Robério Nunes dos Anjos Filho, opinou pelo desprovimento da apelação e do reexame necessário.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009673-76.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO, PRESIDENTE CONSELHO REGIONAL EDUCAÇÃO FÍSICA DA 4ª REGIÃO
APELADO: CLEBER ELIAS FERREIRA DOS SANTOS

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A controvérsia apresentada nos autos, diz respeito à necessidade de inscrição do instrutor de tênis de quadra junto ao Conselho Regional de Educação Física da 4ª Região - CREF4/SP.

A Constituição Federal garante, em seu Art. 5º, XIII, que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

A Lei nº 9.696/98, que dispõe sobre a regulamentação da profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e Conselhos Regionais de Educação Física, estabelece, no Art. 1º, que "o exercício das atividades de Educação Física e a designação de Profissional de Educação Física é prerrogativa dos profissionais regularmente registrados nos Conselhos Regionais de Educação Física", e, no Art. 3º, que "compete ao Profissional de Educação Física coordenar, planejar, programar, supervisionar, dinamizar, dirigir, organizar, avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos, bem como prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos, todos nas áreas de atividades físicas e do esporte".

É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão, resta claro que as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça - STJ e desta E. Turma. Vejam-se:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. TÉCNICO DE TÊNIS. DESNECESSIDADE DO REGISTRO. PRECEDENTES. 1. "Consoante a jurisprudência desta Corte - firmada em casos análogos -, a atividade de um técnico, instrutor ou treinador está associada às táticas do esporte em si, e não à atividade física propriamente dita, o que torna dispensável a graduação específica em Educação Física. Tais competências não estão contempladas no rol do art. 3º da Lei 9.696/98, que delimita tão somente as atribuições dos profissionais de educação física." (AgInt no AREsp 904.218/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/6/2016). 2. Agravo interno não provido. ..EMEN: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator." (AINTARESP - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1176148.2017.02.37900-5, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA: 16/10/2018)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. TÉCNICO EM TÊNIS DE CAMPO. REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º E 3º DA LEI 9.696/1998. 1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado contra ato atribuído ao Presidente do Conselho Regional de Educação Física de Santa Catarina (CREF3/SC), com o fim de obter provimento jurisdicional que lhe assegure o exercício da profissão de treinador de tênis de campo independentemente de registro na entidade de classe. 2. O art. 1º da Lei 9.696/1998 define que apenas profissionais com registro regular no respectivo Conselho Regional poderão atuar na atividade de Educação Física e receber a designação de "Profissional de Educação Física". 3. Em relação à letra dos dispositivos legais apontados como violados (arts. 2º e 3º da Lei 9.696/98), não há comando normativo que obrigue a inscrição dos treinadores de tênis de campo nos Conselhos de Educação Física, porquanto, à luz do que dispõe o art. 3º da referida Lei, essas atividades, no momento, não são próprias dos profissionais de educação física. 4. Interpretação contrária, que extrairia da Lei 9.696/98 o sentido de que o exercício da profissão de treinador ou instrutor de tênis de campo é prerrogativa exclusiva dos profissionais que têm o diploma de Educação Física e o respectivo registro no Conselho Regional de Educação Física, ofenderia o direito fundamental assecutorio da liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição Federal. 5. Desse modo, o treinador ou instrutor de tênis de campo não está obrigado a inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física para exercer essa atividade, assim como não pode o exercício dela sofrer qualquer restrição para quem não tem diploma em Educação Física nem é inscrito naquele Conselho Profissional. 6. Em relação à alegada ofensa à Resolução 46/2002, do Conselho Federal de Educação Física, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar seus termos, uma vez que não se encontra inserida no conceito de lei federal, nos termos do art. 105, inciso III, da Carta Magna. 7. Agravo Regimental não provido." (AGRESP 201500234202, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 04/08/2015)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. REGISTRO DE TREINADOR/TÉCNICO DE TÊNIS DE CAMPO. REGISTRO NO DESNECESSIDADE. 1. O artigo 3º da Lei nº 9.696/1998, apenas elenca de forma ampla as atribuições executáveis pelos profissionais de educação física "nas áreas de atividade física e esporte". 2. Não confere unicamente a esse profissional o exercício daquela lista de funções relacionadas com esportes, mas tão somente ressalta que o desempenho das atividades descritas no dispositivo pelo profissional de educação física se restringe às áreas de atividades físicas e esporte. 4. Esse entendimento se mostra adequado principalmente em razão da larga abstração e generalidade das competências descritas no corpo do dispositivo - como "coordenar; planejar; programar; supervisionar; dinamizar; dirigir; organizar; avaliar e executar trabalhos, programas, planos e projetos" e "prestar serviços de auditoria, consultoria e assessoria, realizar treinamentos especializados, participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares e elaborar informes técnicos, científicos e pedagógicos" - cujo desempenho deve, obviamente, estar vinculado à função típica de um profissional da área de Educação Física, sob pena de se incluir na esfera de atribuições exclusivas desta categoria de trabalhadores toda e qualquer atividade correlata ao esporte. 5. As atividades realizadas pelo treinador da modalidade esportiva de tênis de campo estão vinculadas aos aspectos técnicos e táticos envolvendo o treinamento da equipe e a peleja esportiva. 6. Ao referido profissional incumbe arranjar a forma de atuação da sua equipe, treinando jogadas, de fundamentos básicos e de habilidades específicas de cada indivíduo, análise do elenco e do modo de jogar da equipe adversária, acompanhamento da partida, orientando os atletas no local de realização do evento esportivo, além da parte relacionada ao incentivo e estímulo dos atletas, jovens em sua maioria, que compõem as equipes de tênis de campo. 7. E, para possuir conhecimentos relacionados a essas incumbências e exercê-las de forma satisfatória, não necessita o instrutor/treinador obter graduação em faculdade de educação física. 8. Não se pode esperar, na mesma linha de raciocínio que vem exigir do treinador formação em educação física por envolver o tênis de campo a prática de exercícios físicos, que o técnico ostente também conhecimentos ou seja graduado em curso superior de fisioterapia e ortopedia, considerando-se a circunstância de a prática da referida modalidade esportiva resultar, invariavelmente, em lesões nos músculos, ossos, ligamentos e cartilagens, impondo aos atletas o afastamento das competições e a realização de sessões de reabilitação por longos períodos. 9. Competindo à lei a regulação da profissão, não há no diploma legal correspondente regras que vinculem ou obriguem o técnico a possuir diploma de nível superior. 10. Dessa forma, pode ou não o treinador da modalidade esportiva de tênis de campo ser graduado em curso superior de Educação Física, e, apenas nesse último caso, deve inscrever-se no Conselho Regional de Educação Física correspondente, sujeitando-se assim à fiscalização da entidade, consoante dispõe o estatuto regulador da profissão, situação que reforça o direito líquido e certo do impetrante. 11. Precedentes do STJ." (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5020495-61.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 04/04/2019, Intimação via sistema DATA: 08/04/2019)

"APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. TREINADOR DE TÊNIS DE CAMPO. INSCRIÇÃO NO CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DA 4ª REGIÃO. DESNECESSIDADE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO NÃO PROVIDAS. 1. Não é necessário o registro do técnico ou treinador em tênis de campo para tais profissionais atuarem na modalidade tênis de campo. 2. A exigência de registro junto ao Conselho Regional de Educação Física ocorre apenas para os treinadores graduados. Não se estende a necessidade de inscrição para técnicos e treinadores de tênis em geral, cuja atividade não é privativa de profissionais com formação em educação física. 3. Remessa oficial, tida por interposta, e apelação às quais se nega provimento. " (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001614-36.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 23/01/2019, Intimação via sistema DATA: 24/01/2019).

Desse modo, conclui-se que o exercício da profissão instrutor de tênis de quadra, não se enquadra como atividade privativa do profissional de Educação física.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONSELHO REGIONAL DE EDUCAÇÃO FÍSICA. INSTRUTOR DE TÊNIS DE QUADRA. INEXIGIBILIDADE DE REGISTRO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. O cerne da presente controvérsia cinge-se em aferir direito do impetrante de exercer as atividades de instrutor de tênis de quadra, sem a obrigatoriedade de filiação ao Conselho Regional de Educação Física.
2. O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estabeleceu o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, desde que atendidas as qualificações fixadas em lei.
3. É vedado aos Conselhos Federais ou Regionais de Educação Física ampliar, por meio de ato infralegal, o rol de atividades sujeitas à sua fiscalização. Da análise da legislação que regulamenta a profissão de Educação Física (Lei nº 9.696/98), resta claro que as atividades do instrutor de tênis não se enquadram como atividade privativa do profissional de Educação Física. Desse modo, conclui-se que o exercício da profissão instrutor de tênis de quadra, não se enquadra como atividade privativa do profissional de Educação física (precedentes do STJ e deste Tribunal).
4. Remessa oficial e apelação do Conselho Regional de Educação Física desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003861-24.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: VOLARE COMERCIO E DISTRIBUICAO DE VEICULOS E PECAS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003861-24.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: VOLARE COMERCIO E DISTRIBUICAO DE VEICULOS E PECAS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação em mandado de segurança interposto por **VOLARE COMERCIO E DISTRIBUICAO DE VEICULOS E PECAS LTDA.**, objetivando provimento jurisdicional para a declaração de inexigibilidade da contribuição social geral denominada salário-educação e a compensação do indébito no quinquênio anterior à impetração.

O Juízo *a quo* denegou a segurança, por entender pela constitucionalidade da exação.

Em sede de apelação, a impetrante requer:

- a) a **suspensão do presente feito** na fase em que se encontra, até que seja proferida decisão no Recurso Extraordinário nº 603.624— Tema nº 325, para posterior aplicação do disposto no art. 1.039 do CPC;
- b) a declaração de indevida a exigência de pagamento da contribuição ao FNDE/salário-educação, após o advento da Emenda Constitucional n. 33/2001, que limita a incidência de contribuições sociais gerais sobre a faturamento, receita bruta e valor da operação, no caso de importação, de modo que **não poderia incidir sobre a folha de salários;**
- c) a repetição dos valores indevidamente recolhidos a título da Contribuição, nos últimos 5 (cinco) anos, com a devida correção monetária pela Taxa SELIC.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional

O Ministério Público Federal, em parecer da e. Procuradora Regional da República, Marcela Moraes Peixoto, opinou pelo não provimento do recurso da impetrante.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003861-24.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: VOLARE COMERCIO E DISTRIBUICAO DE VEICULOS E PECAS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - RJ139475-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O mandado de segurança foi impetrado para afastar a exigibilidade da contribuição do salário-educação, após edição da Emenda Constitucional 33/2001, para efeito de compensação, tendo a sentença, porém, denegado a segurança.

Primeiramente, rejeita-se a preliminar de suspensão do presente feito na fase em que se encontra, pois o reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.

Passo ao exame do mérito.

Discute-se, na espécie, a inconstitucionalidade da contribuição ao salário-educação a partir de alterações feitas pela EC 33, de 11/12/2001, que teriam limitado a incidência tributária às hipóteses ou bases de cálculo relacionadas a faturamento, receita bruta, valor de operação ou valor aduaneiro.

A EC 33/2001 acresceou o artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo as possíveis hipóteses de incidência das contribuições sociais gerais e das de intervenção no domínio econômico, nos seguintes termos:

"2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada."

Como se verifica, o preceito constitucional não é proibitivo, como se alegou, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas estabelece que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota *ad valorem*.

O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, como sempre se fez relativamente às contribuições do artigo 195, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.

A jurisprudência da Turma assim firmou-se:

AC 0004782-78.2011.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, D.E. 01/07/2013: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO INCRA. EC 33/2001. VALIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensivo da respectiva tramitação, como ocorre na espécie. 2. Não cabe admitir, diante da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, que a EC 33/01 inviabilizou a contribuição ao salário-educação e ao INCRA, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Carta Federal, o qual não instituiu apenas normas obrigatórias, mas igualmente diversas faculdades ao legislador ordinário. 3. A decisão agravada enfrentou todos os pontos da controvérsia, inclusive a de que haveria inconstitucionalidade superveniente na cobrança pelo advento da EC 33/2001, rejeitando a pretensão em conformidade com a jurisprudência firmada, a demonstrar a inexistência de fundamento para a reforma do julgamento monocrático. 4. O precedente citado pelo agravante é isolado e contrário à orientação prevalecente, na atualidade. Note-se que a decisão agravada adotou a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte, assim como a orientação dominante perante o Supremo Tribunal Federal, não cabendo, pois, cogitar-se de inexigibilidade da contribuição ao salário-educação e ao INCRA. 5. Agravo inominado desprovido."

Na mesma linha, outros precedentes regionais:

AC 2009.61.05.003646-8, Rel. Des. Fed. LAZARANO NETO, D.E. 07/04/2011: "AGRAVO LEGAL. MATÉRIA JÁ DECIDIDA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES. INCIDÊNCIA DO ART. 557 DO CPC. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO MESMO APÓS A EC 33/01. 1-A constitucionalidade da contribuição ao salário-educação não encontra resistência em nossos Tribunais, sobretudo após a edição da súmula 732 do STF. 2- A STF estabeleceu que a contribuição ao salário-educação possui como fundamento de validade o art. 212, § 5º, da Lei Maior, sendo irrelevante, para esta exação, a modificação operada pela EC 33/01 ao artigo 149, § 2º, inciso III, do mesmo diploma normativo. 3- Inexistindo qualquer fundamento que demonstre o desacerto quanto à aplicação do art. 557 do CPC, sobretudo em razão da falta de similitude da matéria tratada nos autos quando em cotejo com os precedentes nos quais a decisão recorrida se apóia, carece, o recurso, de pressuposto lógico para sua interposição. 4- Agravo legal improvido."

AC 2009.51.01.014537-1, Rel. Des. Fed. LANA REGUEIRA, D.E. 04/12/2012: "TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORIDADE RESPONSÁVEL POR ARRECADAR OS TRIBUTOS E IMPOR AS SANÇÕES FISCAIS RESPECTIVAS. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS A EC 33/2001. DESCABIMENTO. I- A jurisprudência tem reconhecido que a autoridade coatora é o agente que, no exercício de atribuições do Poder Público, é o responsável pela prática do ato impugnado e detém poderes para ordenar a prática, ou não, do mesmo. II- Afigura-se como parte legítima para figurar no polo passivo do presente mandado de segurança, portanto, a autoridade responsável por arrecadar os tributos e impor as sanções fiscais respectivas, vale dizer, o Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro, porquanto a contribuição para o salário-educação que se pretende afastar, no caso concreto, encontra-se no âmbito de sua jurisdição. III- Deve-se prosseguir no julgamento do mérito, como requereu o apelante, conforme autoriza o art. 515, § 3º, do CPC, por se tratar de questão exclusivamente de direito e se encontrar a causa madura para apreciação. IV- Inexiste óbice constitucional de que a remuneração paga ou creditada, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da, seja a base de cálculo de contribuição para o salário-educação, como dispõe o art. 15 da Lei 9.424/96, porquanto o rol previsto no art. 149, § 2º, III, alínea "a", da Lei Maior, incluído pela Emenda Constitucional nº 33/2001, não é taxativo. V- Até que haja pronunciamento do STF sobre a revogação da contribuição ao salário-educação pela EC 33/2001, é razoável entender que a exação continua exigível, vez que inexistente incompatibilidade evidente entre o texto do art. 15 da Lei 9.424/96 e o art. 149, § 2º, III, "a", da Constituição Cidadã, diante da presunção de constitucionalidade que milita em favor das normas. VI- Apelo do impetrante provido, no que tange à questão preliminar, para afastar a ilegitimidade passiva declarada na sentença e, no mérito, conforme autoriza o art. 515, § 3º, do CPC, desprovido, para se denegar a segurança, diante da ausência de direito líquido e certo."

Logo, o advento da EC 33/2001, no que alterou a redação do artigo 149 da Constituição Federal, com a inserção do § 2º, III, "a", não tomou, como se alegou, supervenientemente inconstitucional a contribuição ao salário-educação, a qual permanece válida e exigível, desde a sua origem, conforme assentado na jurisprudência consolidada.

Configurada, pois, a exigibilidade plena da contribuição do salário-educação, resta prejudicada, por evidente, a possibilidade de sua compensação.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação.

É o voto.

EMENTA

1. O reconhecimento de repercussão geral de tema constitucional não impede o julgamento pelas instâncias ordinárias, se não houve decisão da Suprema Corte impeditiva ou suspensiva da respectiva tramitação, como ocorre na espécie.
2. A EC 33/2001 acresceu ao artigo 149 da Carta Federal o § 2º, definindo possíveis hipóteses de incidência das contribuições, sem, porém, instituir norma proibitiva, no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo, pois apenas prevê que faturamento, receita, valor da operação e valor aduaneiro, este no caso de importação, podem ser considerados na aplicação de alíquota ad valorem.
3. O objetivo do constituinte derivado, no artigo 149, não foi o de restringir a ação do legislador, mas o de preencher o enorme vazio normativo da redação anterior, indicando, agora, possibilidades, que ficam de logo asseguradas para a imposição fiscal, sem prejuízo de que a lei preveja, em cada situação concreta, a base de cálculo ou material respectiva, e a alíquota pertinente, específica ou *ad valorem*.
4. Configurada a exigibilidade da contribuição do salário-educação, resta prejudicada a possibilidade de compensação.
5. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018535-29.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
APELADO: VALENTINE CASSETTI DASSOUKI - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL MOURAD MAJZOUN - SP209481-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018535-29.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
APELADO: VALENTINE CASSETTI DASSOUKI - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL MOURAD MAJZOUN - SP209481-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Valentine Cassetti Dassouki Epp, em 23 de agosto de 2016, em face de Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com o escopo de obter provimento jurisdicional que autorize o recolhimento da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS de acordo com o valor anterior ao aumento autorizado pela MP nº 685/2015. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 108.611,71 (cento e oito mil, seiscentos e onze reais e setenta e um centavos). Como inicial, acostou documentos.

A autora defende, em síntese, a ilegalidade da Portaria Interministerial nº 701/2015, derivada da MP nº 685/2015, que teria arbitrariamente elevado os valores da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS em quase 200%.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada (ID 123339305 - págs. 30/33).

Citada, a ANVISA apresentou contestação (ID 123339305 - págs. 38/55).

Foi proferida sentença de parcial procedência do pedido (ID 123339305 - págs. 62/69), “para declarar inexigível a cobrança da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS) com base na Portaria Interministerial nº 701/15, até que seja editada nova Portaria nos termos da lei 13.202/15, reconhecendo-se como devida a atualização monetária da referida taxa na base de 50% da variação inflacionária do período, nos termos do artigo 8º, inciso V, da referida lei, devendo a ré efetuar a devolução dos valores indevidamente recolhidos no período, a ser atualizado, nos termos da Resolução CJF nº 267/2013”. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, à proporção de 2/4 em favor da autora e 2/4 em favor da ré, devendo o valor das custas processuais ser igualmente rateado, em face da sucumbência recíproca. Decisão submetida ao duplo grau de jurisdição.

Inresignada, apelou a ANVISA (ID 123339305 - págs. 73/91), tempestivamente, pugnano pela reforma da r. sentença. Alegou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, defendeu a legalidade da cobrança da TFVS de acordo com a Portaria Interministerial MF/MS nº 701/2015.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0018535-29.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA
APELADO: VALENTINE CASSETTI DASSOUKI - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL MOURAD MAJZOUN - SP209481-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A princípio, verifico que a sentença recorrida apreciou objeto não contido na inicial (repetição de indébito), ofendendo, desse modo, o quanto disposto nos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil. No entanto, considerando que tal fato não trouxe prejuízo ao deslinde da causa, reduzo-a aos limites do pedido.

Afasto a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS, objeto da lide, constitui receita da ANVISA (art. 22, I, Lei nº 9.782/99), a quem compete a sua cobrança e arrecadação.

Passo à análise do mérito.

A Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS, instituída pelo artigo 23 da Lei nº 9.782/99, decorre do exercício regular do poder de polícia e da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (art. 77, CTN).

Com a edição da Medida Provisória nº 685, de 21 de julho de 2015, o Poder Executivo foi autorizado a atualizar monetariamente o valor da TFVS (art. 14, V), o que culminou no Decreto nº 8.510, de 31 de agosto de 2015, através do qual foi permitida a atualização monetária “por ato conjunto do Ministro de Estado da Fazenda e do Ministro de Estado ao qual esteja vinculado o órgão ou a entidade que preste o serviço público ou exerça o poder de polícia relacionados à exigência do tributo, quanto às taxas a que se referem os incisos I a III e incisos V a X do caput do art. 14 da Medida Provisória nº 685, de 2015” (art. 1º, II).

Editou-se, assim, a Portaria Interministerial MF/MS nº 701, de 31 de agosto de 2015, que atualizou os valores da TFVS em 193,5%, correspondente à inflação do período desde a sua instituição em 1999, mediante a aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, conforme o disposto na Nota Técnica GEGAR/GGGAF/SUGES/ANVISA nº 085/2015.

A Medida Provisória nº 685/2015 foi então convertida, com alteração do texto original (art. 14, V), na Lei nº 13.202, de 8 de dezembro de 2015, que trouxe a limitação prevista no artigo 8º, § 1º, *in verbis*:

Art. 8º Fica o Poder Executivo autorizado a atualizar monetariamente, desde que o valor da atualização não exceda a variação do índice oficial de inflação apurado no período desde a última correção, em periodicidade não inferior a um ano, na forma do regulamento, o valor das taxas instituídas:

(...)

V - no art. 23 da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999;

(...)

§ 1º A primeira atualização monetária relativa às taxas previstas no caput fica limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a instituição da taxa.

§ 2º Caso o Poder Executivo tenha determinado a atualização monetária em montante superior ao previsto no § 1º do caput, poderá o contribuinte requerer a restituição do valor pago em excesso.

A atualização monetária da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS é devida, portanto, desde a edição da Portaria Interministerial MF/MS nº 701/2015, limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a instituição da taxa, até a edição de nova Portaria, com base na Lei nº 13.202/2015.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA. TFVS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. PORTARIA INTERMINISTERIAL 701/15. SUSPENSÃO. LIMITE DE 50%. ART. 8º, LEI 13.202/15. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. O artigo 14, V, da MP nº 685/2015, autorizou o Poder Executivo a atualizar monetariamente o valor da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária (TFVS), prevista no artigo 23 da Lei 9.782/1999, motivo pelo qual os Ministérios da Fazenda e da Saúde editaram a Portaria Interministerial 701/2015, efetuando a atualização dos valores da taxa em 193,5%, correspondente à inflação do período desde a sua instituição (em 1999), mediante a aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme a Nota Técnica 085/2015-GEGAR/GGGAF/SUGES/ANVISA.

2. Dispõe o artigo 62, § 12, da Constituição Federal, que a medida provisória cujo texto for modificado, no processo de conversão, apenas preserva sua eficácia até a aprovação de projeto de lei de conversão de medida provisória. No caso, a redação originária do artigo 14, V, da MP 685/2015, perdeu eficácia no processo de conversão, passando a vigorar a limitação de 50% prevista no artigo 8º da Lei 13.202/2015.

3. Desta forma, não pode ser integralmente aplicada a Portaria Interministerial 701/2015. Por outro lado, também não pode ser acolhida a pretensão de excluir toda e qualquer atualização, com a cobrança de valores anteriores à Portaria Interministerial 701/2015, pois foi validada a majoração, nos termos do § 1º do artigo 8º da Lei 13.202/2015. Assim, a majoração da taxa deve observar o limite de atualização imposto pela Lei 13.202/2015.

4. Apelação provida em parte para assegurar à autora o direito ao recolhimento da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária - TFVS observando-se os valores reajustados pela Portaria Ministerial 701/2015 limitados na forma do parágrafo 1º do artigo 8º da Lei nº 13.202/2015. Assegurado à apelante o direito à restituição, após o trânsito em julgado, dos valores recolhidos a maior a este título, com atualização monetária a partir do efetivo desembolso, além de juros de mora a partir da citação, conforme o disposto no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

5. Reconhecida a sucumbência recíproca, com a fixação dos honorários advocatícios no percentual mínimo previsto no § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil sobre o valor atualizado da causa, a serem suportados na proporção de 50% por cada uma das partes em litígio.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0014683-94.2016.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 02/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 07/04/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – TFVS. LEI Nº 9.782/99. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 685/2015. DECRETO Nº 8.510/2015. PORTARIA INTERMINISTERIAL MF/MS Nº 701/2015. LEI Nº 13.202/2015.

1. A princípio, verifico que a sentença recorrida apreciou objeto não contido na inicial (repetição de indébito), ofendendo, desse modo, o quanto disposto nos artigos 141 e 492 do Código de Processo Civil. No entanto, considerando que tal fato não trouxe prejuízo ao deslinde da causa, reduzo-a aos limites do pedido.

2. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que a Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS, objeto da lide, constitui receita da ANVISA (art. 22, I, Lei nº 9.782/99), a quem compete a sua cobrança e arrecadação.

3. A Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS, instituída pelo artigo 23 da Lei nº 9.782/99, decorre do exercício regular do poder de polícia e da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (art. 77, CTN).

4. Com a edição da Medida Provisória nº 685/2015, o Poder Executivo foi autorizado a atualizar monetariamente o valor da TFVS (art. 14, V), o que culminou no Decreto nº 8.510/2015, através do qual foi permitida a atualização monetária “por ato conjunto do Ministro de Estado da Fazenda e do Ministro de Estado ao qual esteja vinculado o órgão ou a entidade que preste o serviço público ou exerça o poder de polícia relacionados à exigência do tributo, quanto às taxas a que se referem os incisos I a III e incisos V a X do caput do art. 14 da Medida Provisória nº 685, de 2015” (art. 1º, II).

5. Editou-se, assim, a Portaria Interministerial MF/MS nº 701/2015, que atualizou os valores da TFVS em 193,5%, correspondente à inflação do período desde a sua instituição em 1999, mediante a aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, conforme o disposto na Nota Técnica GEGAR/GGGAF/SUGES/ANVISA nº 085/2015.

6. A Medida Provisória nº 685/15 foi então convertida, com alteração do texto original (art. 14, V), na Lei nº 13.202/2015, que trouxe a limitação prevista no § 1º, do artigo 8º.

7. A atualização monetária da Taxa de Fiscalização de Vigilância Sanitária – TFVS é devida, portanto, desde a edição da Portaria Interministerial MF/MS nº 701/2015, limitada ao montante de 50% (cinquenta por cento) do valor total de recomposição referente à aplicação do índice oficial desde a instituição da taxa, até a edição de nova Portaria, com base na Lei nº 13.202/2015.

8. Apelação e remessa oficial não providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022727-80.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: AMILASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONALS.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022727-80.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: AMILASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONALS.A.

Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de débito, precedida de pedido de tutela cautelar, ajuizada por Amil Assistência Médica Internacional S/A, em 30 de novembro de 2017, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das 193 Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 29412040002076470 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 371.756,68 (trezentos e setenta e um mil, setecentos e cinquenta e seis reais e sessenta e oito centavos). Com a inicial, acostou documentos.

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 125508290).

Após a réplica (ID 125508292) foi proferida sentença de improcedência do pedido (ID's 125508307 e 125508308), nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. A autora foi condenada ao pagamento de honorários de sucumbência fixados "nos percentuais mínimos estabelecidos no art. 85, § 3º, incisos I a III, CPC e sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 4º, III, CPC)". Custas *ex lege*.

A autora opôs embargos de declaração (ID 125508310), os quais foram parcialmente acolhidos, sem alteração do resultado do julgamento (ID's 125508318 e 125508319).

Irresignada, apelou a autora (ID 125508321), tempestivamente, pugnano pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 125508329), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5022727-80.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: AMIL ASSISTENCIA MEDICA INTERNACIONAL S.A.
Advogado do(a) APELANTE: DAGOBERTO JOSE STEINMEYER LIMA - SP17513-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

A princípio, afasta a preliminar de nulidade da sentença recorrida, uma vez que enfrentadas, de forma suficientemente motivada, as questões arguidas em sede de embargos de declaração.

Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o c. Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1777949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRADO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfundível com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do processo administrativo foi gerada a competente GRU nº 29412040002076470, com vencimento em 13/11/2017.

A presente ação anulatória foi ajuizada em 30/11/2017, com depósito judicial do valor discutido conforme documento acostado aos autos (ID 125508288), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para realocação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta obter-se que, conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se reveste de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.

6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.

7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18/99, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.

(ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assimmentado:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.

2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.

3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.

4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os instâncias amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.

(RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

Quanto à suscitada violação ao princípio da irretroatividade, cumpre observar que se trata de norma de ordem pública, a qual os planos de saúde devem se sujeitar, dependendo a cobrança da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário (que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98) e não da data de celebração do contrato entre a operadora de saúde e o consumidor.

Não se vislumbra violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não demonstrada qualquer irregularidade no processo administrativo relativo às impugnações e à cobrança do ressarcimento.

No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou da abrangência geográfica dos planos, bem como de que não estavam cobertos pelo contrato, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

Ressalte-se que o ato administrativo de formulação da Autorização de Internação Hospitalar (AIH) é dotado de presunção de legalidade, competindo à autora, ora apelante, a produção de prova em contrário, o que não ocorreu no caso vertente.

Tampouco prospera a alegação de excesso de cobrança.

O ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que temporariamente promove a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um virgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Afastada a preliminar de nulidade da sentença recorrida, uma vez que enfrentadas, de forma suficientemente motivada, as questões arguidas em sede de embargos de declaração.
3. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
4. O c. Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
5. O prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
6. *In casu*, após o término do processo administrativo foi gerada a competente GRU nº 29412040002076470, com vencimento em 13/11/2017. A presente ação anulatória foi ajuizada em 30/11/2017, com depósito judicial do valor discutido conforme documento acostado aos autos, restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.
7. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
8. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
9. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
10. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
11. Quanto à suscitada violação ao princípio da irretroatividade, cumpre observar que se trata de norma de ordem pública, a qual os planos de saúde devem se sujeitar, dependendo a cobrança da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário (que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98) e não da data de celebração do contrato entre a operadora de saúde e o consumidor.
12. Não se vislumbra violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não demonstrada qualquer irregularidade no processo administrativo relativo às impugnações e à cobrança do ressarcimento.
13. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada ou da abrangência geográfica dos planos, bem como de que não estavam cobertos pelo contrato, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.
14. Ressalte-se que o ato administrativo de formulação da Autorização de Internação Hospitalar (AIH) é dotado de presunção de legalidade, competindo à autora, ora apelante, a produção de prova em contrário, o que não ocorreu no caso vertente.
15. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
16. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011161-85.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO
APELADO: MARCIO RUBENS INHAUSER
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011161-85.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: MARCIO RUBENS INHAUSER

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo **Conselho Regional de Contabilidade do Estado de São Paulo CRC/SP**, contra a sentença proferida na execução fiscal, ajuizada em face de **Marcio Rubens Inhauser**.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou extinta a execução fiscal, nos termos do art. 485, IV, c/c art. 803, I, ambos do Código de Processo Civil, por entender que os títulos executivos padecem de nulidade, visto que não apresentam como fundamento legal para cobrança das anuidades a Lei n.º 12.514/11.

Irresignado, o apelante alega, em síntese, que:

- a) é legítima a cobrança das anuidades, pois os débitos foram fixados em conformidade com a Lei n.º 12.249/2010 que alterou a redação do artigo 21 do Decreto de n.º 9.295/46;
- b) o Decreto de n.º 9.295/46 e a Lei n.º 12.249/2010 constam como fundamento legal das Certidões de Dívida Ativa.

Sem contrarrazões, os autos vieram este Tribunal.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011161-85.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO SAO PAULO

APELADO: MARCIO RUBENS INHAUSER

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de n.º 104594460, páginas 2-6, posteriormente substituídas pelas CDA's de ID de n.º 104594483, páginas 1-5.

As anuidades devidas aos conselhos profissionais são débitos de natureza tributária, conforme entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal - STF. Veja-se:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. I. - Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições para-fiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida. (MS 21797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2000, DJ 18-05-2001 PP-00434 EMENT VOL-02031-04 PP-00711 RTJ VOL-00177-02 PP-00751).

Assim, a legislação que regula o presente tema deve respeitar o princípio da legalidade tributária, uma vez que as anuidades cobradas pelos Conselhos Profissionais constituem verdadeira contribuição instituída no interesse de categorias profissionais, que não podem ser criadas ou majoradas por meio de simples resolução.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIn n.º 1.717/DF, declarou a inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, do art. 58, da Lei n.º 9.649/1998. Vejam-se: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (STF, Tribunal Pleno, ADIn n.º 1717/DF, Relator Min. Sidney Sanches, DJ 28/03/2003, p. 61)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONTRIBUIÇÕES ANUAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - As contribuições anualmente devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza tributária e, desse modo, sujeitam-se ao princípio da legalidade tributária, previsto no art. 150, I, da Lei Maior. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 1.717/DF, Rel. Min. Sidney Sanches, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo legal que autorizava os conselhos de fiscalização profissional a fixar suas contribuições anuais. III - Agravo regimental improvido." (ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362)

Igualmente, com a promulgação da Lei n.º 11.000/2004 houve expressa delegação de competência aos conselhos para fixação do montante devido a título de contribuição à entidade profissional, em clara ofensa, mais uma vez, ao princípio da legalidade tributária.

Portanto, pelo fato das anuidades devidas aos conselhos profissionais terem inegável natureza jurídica tributária, mais precisamente de contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais, de rigor que sejam instituídas ou majoradas exclusivamente por meio de lei em sentido estrito sob pena de indubitável afronta ao princípio da legalidade.

A questão já restou apreciada por este E. Tribunal. Veja-se:

"CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AOS CONSELHOS PROFISSIONAIS - INSTITUIÇÃO DE ANUIDADES POR MEIO DE RESOLUÇÃO OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS INCIDENTES. 1. As contribuições destinadas aos Conselhos Profissionais têm natureza jurídica tributária. Subordina-se sua instituição à observância dos preceitos contidos no art. 149 e nos arts. 146, III e 150 I e III da Constituição Federal. 2. A instituição de anuidades por meio de resolução viola os princípios constitucionais tributários incidentes." (TRF3, AMS n.º 0009092-74.2004.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, Sexta Turma, j. 15/12/2011, e-DJF3 12/01/2012).

Ademais, em decisão proferida no julgamento do RE 704292, ocorrido em 19/10/2016, de Relatoria do Ministro Dias Toffli, com repercussão geral, a Suprema Corte decidiu que "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

Assim, a cobrança de anuidades deve obedecer ao princípio da legalidade.

No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA. Veja-se:

"Art. 21. Os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de Contabilidade são obrigados ao pagamento da anuidade. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 1º O pagamento da anuidade será efetuado até 31 de março de cada ano, devendo, no primeiro ano de exercício da profissão, realizar-se por ocasião de ser expedida a carteira profissional.

§ 2º As anuidades pagas após 31 de março serão acrescidas de multa, juros de mora e atualização monetária, nos termos da legislação vigente. (Redação dada pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 3º Na fixação do valor das anuidades devidas ao Conselho Federal e aos Conselhos Regionais de Contabilidade, serão observados os seguintes limites: (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

I - R\$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), para pessoas físicas; (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

II - R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais), para pessoas jurídicas. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)

§ 4º Os valores fixados no § 3º deste artigo poderão ser corrigidos anualmente pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Incluído pela Lei nº 12.249, de 2010)"

Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária.

Nesse sentido, trago a colação precedentes desta C. Turma. Vejam-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE. COBRANÇA DE ANUIDADES. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI 12.514/2011. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. A Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) estabelece em seu Art. 1.022 que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento e corrigir erro material. Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo, considera-se omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º.

2. Com razão o embargante, uma vez que a decisão embargada deixou de observar o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que, recepcionado pela CF/88 com status de lei ordinária em razão da matéria e com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.

3. Verifica-se, portanto, que resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.

4. Estabelece o art. 8º, da Lei nº 12.514/2011, que "os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente".

5. A anuidade cobrada do contador em 2015, ano do ajuizamento da execução fiscal, era de R\$472,00, de forma que o valor da dívida cobrada (R\$2.492,48) supera o equivalente a 4 anuidades vigentes quando do protocolo da inicial.

6. Embargos de declaração acolhidos para dar provimento à apelação, determinando-se o regular prosseguimento da execução.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCív - APELAÇÃO CÍVEL - 2314114 - 0001271-46.2015.4.03.6128, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 03/07/2019, e- DJF3 Judicial1 DATA:11/07/2019)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ANUIDADES. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 8º DA LEI Nº 12.514/2011. VALOR EXEQUENDO SUPERIOR AO EQUIVALENTE A 4 (QUATRO) ANUIDADES. APELAÇÃO PROVIDA.

1- O C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.717/DF decidiu pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 58 da Lei nº 9.649/98.

2- Além disso, a Suprema Corte, em repercussão geral, no julgamento do RE 704292, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu: "É inconstitucional, por ofensa ao princípio da legalidade tributária, lei que delega aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a competência de fixar ou majorar, sem parâmetro legal, o valor das contribuições de interesse das categorias profissionais e econômicas, usualmente cobradas sob o título de anuidades, vedada, ademais, a atualização desse valor pelos conselhos em percentual superior aos índices legalmente previstos".

3- Com relação ao Conselho de Contabilidade, a Lei nº 12.249/2010, que deu nova redação ao Decreto-Lei nº 9.245/46, regularizou a questão acerca da fixação ou majoração dos valores exigidos a título de anuidades devidas. Dessa forma, resta atendido o princípio da legalidade tributária para as anuidades cobradas a partir do exercício de 2011.

(...)

6 - Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCív - APELAÇÃO CÍVEL - 0001499-90.2015.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONÇALVES MAIA JUNIOR, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019)

No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (seja as CDA's de ID de nº 104594460, páginas 2-6 - seja as de ID de nº 104594483, páginas 1-5), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRC/SP. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DECRETO-LEI Nº 9.295/46, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 12.249/2010. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo Conselho Regional de Contabilidade, visando à cobrança das anuidades de 2014 a 2018, CDA's de ID de nº 104594460, páginas 2-6, posteriormente substituídas pelas CDA's de ID de nº 104594483, páginas 1-5.

2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362).

4. No caso específico dos contabilistas o Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, fixou a partir de 2010 o valor máximo das anuidades cobradas dos profissionais e previu sua correção anual pelo IPCA.

5. Desse modo, com relação à cobrança das anuidades pelo Conselho Regional de Contabilidade, a partir da edição do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, restou atendido o princípio da legalidade tributária (precedentes deste E. Tribunal).

6. No caso dos autos, a execução se refere a anuidades dos exercícios de 2014 a 2018, sendo que o art. 21 do Decreto-Lei nº 9.295/1946, com a redação conferida pela Lei nº 12.249/2010, consta como fundamento legal das CDA's que instruem a inicial (seja as CDA's de ID de nº 104594460, páginas 2-6 - seja as de ID de nº 104594483, páginas 1-5), de forma que não há óbice ao regular prosseguimento da execução fiscal.

7. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000338-72.2016.4.03.6117
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELANTE: FAUSTO PAGIOLI FALEIROS - SP233878-A
APELADO: DOMENEGHETTI & CORREALTDA - ME
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELADO: RUTE CORREA LOFRANO - SP197179-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000338-72.2016.4.03.6117
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELANTE: FAUSTO PAGIOLI FALEIROS - SP233878-A
APELADO: DOMENEGHETTI & CORREALTDA - ME
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELADO: RUTE CORREA LOFRANO - SP197179-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação anulatória de auto de infração e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Domeneghetti & Corrêa Ltda., em 7 de março de 2016, em face de Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo – CRMV/SP, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça que a atividade de fabricação e comércio de alimentos para animais pode ser exercida concorrentemente por veterinário, agrônomo ou zootecnista, declarando a nulidade dos Autos de Infração ns. 2153/2011 e 822/2013 e, consequentemente, a inexigibilidade dos respectivos débitos. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais). Coma inicial, acostou documentos.

A autora alega ter como finalidade o desenvolvimento e a exploração das atividades de indústria e comércio de ração animal, premix, dietas experimentais e ingredientes para alimentação animal.

Outrossim, assevera ter, como responsável técnico de suas atividades, engenheiro agrônomo devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo – CREA/SP.

Defende, em síntese, a nulidade dos Autos de Infração ns. 2153/2011 e 822/2013, ao fundamento de que a atividade por ela exercida pode ser realizada concorrentemente por veterinário, agrônomo ou zootecnista.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada (ID 107849378).

Citado, o Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo apresentou contestação (ID 107849380).

Após réplica (ID 107849433), foi proferida sentença de procedência do pedido (ID 107849434), para declarar a nulidade dos Autos de Infração (ns. 2153/2011 e 822/2013) lavrados pelo Conselho de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo. O réu foi condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, *caput*, do Código de Processo Civil.

Irresignado, apelou o CRMV/SP (ID 107849435), tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Defendeu, em suma, a legalidade dos atos questionados, sob o argumento de que a atividade de fabricação de ração é privativa de médico veterinário, sendo, portanto, obrigatório o registro no Conselho Profissional de Medicina Veterinária.

Com contrarrazões (ID 107849438), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000338-72.2016.4.03.6117
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELANTE: FAUSTO PAGIOLI FALEIROS - SP233878-A
APELADO: DOMENEGHETTI & CORREALTDA - ME
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
Advogado do(a) APELADO: RUTE CORREA LOFRANO - SP197179-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Compulsando os autos, verifico que objeto social da autora é a fabricação e o comércio de alimentos para animais (ID 107849375 – pág. 2), bem assim que foi atuada com fulcro nos artigos 27 e 28 da Lei nº 5.517/68 c/c artigo 1º da Resolução CFMV nº 672/2000, por não possuir registro nem responsável técnico anotado no CRMV/SP, tampouco certificado de regularidade (ID 107849373 – págs. 5/6).

O artigo 1º, da Lei nº 6.839/80 preconiza que “o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros”.

Neste passo, o c. Superior Tribunal de Justiça entende que “o registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades” (REsp 1338942/SP).

Por seu turno, estabelecemos artigos 5º e 6º, da Lei nº 5.517/68, que dispõe sobre o exercício da profissão de médico veterinário, *in verbis*:

Art 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares:

- a) a prática da clínica em todas as suas modalidades;
- b) a direção dos hospitais para animais;
- c) a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma;
- d) o planejamento e a execução da defesa sanitária animal;
- e) a direção técnica sanitária dos estabelecimentos industriais e, sempre que possível, dos comerciais ou de finalidades recreativas, desportivas ou de proteção onde estejam, permanentemente, em exposição, em serviço ou para qualquer outro fim animais ou produtos de sua origem;
- f) a inspeção e a fiscalização sob o ponto-de-vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado, fábricas de banha e gorduras em que se empregam produtos de origem animal, usinas e fábricas de laticínios, entrepostos de carne, leite peixe, ovos, mel, cêra e demais derivados da indústria pecuária e, de um modo geral, quando possível, de todos os produtos de origem animal nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização;
- g) a peritagem sobre animais, identificação, defeitos, vícios, doenças, acidentes, e exames técnicos em questões judiciais;
- h) as perícias, os exames e as pesquisas reveladores de fraudes ou operação dolosa nos animais inscritos nas competições desportivas ou nas exposições pecuárias;
- i) o ensino, a direção, o controle e a orientação dos serviços de inseminação artificial;
- j) a regência de cadeiras ou disciplinas especificamente médico-veterinárias, bem como a direção das respectivas seções e laboratórios;
- l) a direção e a fiscalização do ensino da medicina-veterinária, bem, como do ensino agrícola-médio, nos estabelecimentos em que a natureza dos trabalhos tenha por objetivo exclusivo a indústria animal;
- m) a organização dos congressos, comissões, seminários e outros tipos de reuniões destinados ao estudo da Medicina Veterinária, bem como a assessoria técnica do Ministério das Relações Exteriores, no país e no estrangeiro, no que diz com os problemas relativos à produção e à indústria animal.

Art 6º Constitui, ainda, competência do médico-veterinário o exercício de atividades ou funções públicas e particulares, relacionadas com:

- a) as pesquisas, o planejamento, a direção técnica, o fomento, a orientação e a execução dos trabalhos de qualquer natureza relativos à produção animal e às indústrias derivadas, inclusive as de caça e pesca;
- b) o estudo e a aplicação de medidas de saúde pública no tocante às doenças de animais transmissíveis ao homem;
- c) a avaliação e peritagem relativas aos animais para fins administrativos de crédito e de seguro;
- d) a padronização e a classificação dos produtos de origem animal;
- e) a responsabilidade pelas fórmulas e preparação de rações para animais e a sua fiscalização;
- f) a participação nos exames dos animais para efeito de inscrição nas Sociedades de Registros Genealógicos;
- g) os exames periciais tecnológicos e sanitários dos subprodutos da indústria animal;
- h) as pesquisas e trabalhos ligados à biologia geral, à zoologia, à zootecnia bem como à bromatologia animal em especial;
- i) a defesa da fauna, especialmente o controle da exploração das espécies animais silvestres, bem como dos seus produtos;
- j) os estudos e a organização de trabalhos sobre economia e estatística ligados à profissão;
- l) a organização da educação rural relativa à pecuária.

Depreende-se da leitura dos dispositivos supratranscritos, que a fabricação de ração para animais não é atividade privativa de médico veterinário, bem assim que a sua comercialização sequer consta do rol de competências da referida profissão.

Por sua vez, o *caput*, do artigo 24, do Decreto nº 6.296/2007, que regula a Lei nº 6.198/74, a qual dispõe sobre a inspeção e a fiscalização obrigatórias dos produtos destinados à alimentação animal, prescreve:

Art. 24. Será exigida do estabelecimento que se dedicar à fabricação, manipulação, fracionamento ou importação dos produtos de que trata este Regulamento a responsabilidade técnica de profissional com formação em medicina veterinária, zootecnia ou engenharia agrônoma, com a correspondente anotação no conselho profissional.

Vê-se, pois, que as atividades desenvolvidas pela autora não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário, razão pela qual se mostra desnecessária a exigência de registro no CRMV/SP, bem como a obrigação de manter em seus quadros profissional habilitado nessa área.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA - CRMV. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE RAÇÕES E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS. MANUTENÇÃO DE MÉDICO VETERINÁRIO AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- Da análise da legislação pertinente, observa-se que a fabricação de produtos destinados à alimentação animal é regulada pela Lei n.º 6.198/74 e pelo Decreto n.º 6.296/07, no qual há a previsão expressa, em seu artigo 24, de que a responsabilidade técnica da empresa pode ser atribuída a profissional com formação em medicina veterinária, zootecnia ou engenharia agrônoma, com a correspondente anotação no conselho profissional.

- As atividades desenvolvidas pela apelada não se relacionam com a execução direta dos serviços específicos de medicina veterinária (artigos 5º e 6º, da Lei n.º 5.517/66) e, portanto, não há a obrigatoriedade de registro no CRMV.

(...)

- Apelação parcialmente provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA. Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1688767 - 0041654-35.2011.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 21/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/07/2017)

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRMV/SP. FABRICAÇÃO E COMÉRCIO DE RAÇÃO. REGISTRO NO CONSELHO PROFISSIONAL E CONTRATAÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO. DESNECESSIDADE. INVALIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO.

1. Compulsando os autos, verifico que objeto social da autora é a fabricação e o comércio de alimentos para animais, bem assim que foi autuada com fôlo nos arts. 27 e 28 da Lei nº 5.517/68 c/c art. 1º da Resolução CFMV nº 672/2000, por não possuir registro nem responsável técnico anotado no CRMV/SP, tampouco certificado de regularidade.

2. O art. 1º da Lei nº 6.839/80 preconiza que "o registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros".

3. O c. Superior Tribunal de Justiça entende que "o registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades" (REsp 1338942/SP).

4. Depreende-se da leitura dos arts. 5º e 6º, da Lei nº 5.517/68, que a fabricação de ração para animais não é atividade privativa de médico veterinário, bem assim que a sua comercialização sequer consta do rol de competências da referida profissão.

5. Por sua vez, o *caput*, do artigo 24, do Decreto nº 6.296/2007, que regula a Lei nº 6.198/74, a qual dispõe sobre a inspeção e a fiscalização obrigatórias dos produtos destinados à alimentação animal, prescreve: "Será exigida do estabelecimento que se dedicar à fabricação, manipulação, fracionamento ou importação dos produtos de que trata este Regulamento a responsabilidade técnica de profissional com formação em medicina veterinária, zootecnia ou engenharia agrônoma, com a correspondente anotação no conselho profissional".

6. Vê-se, pois, que as atividades desenvolvidas pela autora não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário, razão pela qual se mostra desnecessária a exigência de registro no CRMV/SP, bem como a obrigação de manter em seus quadros profissional habilitado nessa área.

7. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006208-22.2016.4.03.6110

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006208-22.2016.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de atos administrativos e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Unimed Sorocaba Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., em 29 de julho de 2016, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 45.504.059.943-7 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na ilegalidade das cobranças referentes aos atendimentos prestados fora da área de abrangência do plano ou em período de carência contratual, ou, ainda, caso não seja verificada a nulidade do débito, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 25.711,83 (vinte e cinco mil, setecentos e onze reais e oitenta e três centavos). Coma inicial, acostou documentos.

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 57632785).

Após a réplica (ID 57632787), foi proferida sentença de parcial procedência dos pedidos (ID 57632791), para declarar a nulidade das cobranças baseadas nas Autorizações de Internação Hospitalar (AIH) n. 3509103026968 e n. 3509107415572, por versarem sobre atendimento fora da área geográfica de abrangência, e n. 3508121102750, n. 3509104541525 e n. 3509104817779, por tratarem de atendimento prestado a usuário em carência, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Em face da sucumbência recíproca, a ANS foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios, em favor da autora, fixados em 10% sobre o valor das AIH's declaradas nulas, e a autora a pagar à agência autárquica honorários arbitrados em 10% sobre o valor das AIH's remanescentes, que foram reputadas íntegras. Custas *ex lege*. Decisão não submetida ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a autora (ID 57632793), tempestivamente, pugnano pela reforma da r. sentença. Defendeu a prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 45.504.059.943-7, bem como a ilegalidade da aplicação do IVR no cálculo da cobrança dos atendimentos.

Apelou também a ANS (ID 57632795), tempestivamente, pugnano pela reforma da r. sentença. Alegou, em síntese, não ter sido comprovado que os atendimentos realizados fora da área geográfica de cobertura ou no período de carência contratual não foram prestados em situação de urgência ou emergência.

Com contrarrazões da autora (ID 57632799), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006208-22.2016.4.03.6110
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

No que tange à prescrição, por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

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

(REsp 1777949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfundível com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33902.817.365/2011-22 foi gerada a competente GRU nº 45.504.059.943-7, com vencimento em 05/08/2016.

A presente ação anulatória foi ajuizada em 29/07/2016, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovantes acostados aos autos (ID 57631915 – págs. 3/4), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento das guias supracitadas como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da área de abrangência geográfica dos planos, bem como de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, melhor sorte não socorre a autora, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V e VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado" (AgRg no AREsp 213169/RS, REsp 1055199/SP), bem assim nos atendimentos de urgência (REsp 222339/PB).

Ressalte-se que o ato administrativo de formulação da Autorização de Internação Hospitalar (AIH) é dotado de presunção de legalidade, competindo à autora a produção de prova em contrário, o que não ocorreu no caso vertente.

Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961/2000, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, como no caso em comento, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora e dou provimento à apelação da ANS, nos termos da fundamentação.

Condeno a autora ao pagamento de honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 4º, III, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória como escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.

2. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

3. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-Lei nº 20.910/32.

4. Insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

5. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33902.817.365/2011-22 foi gerada a competente GRU nº 45.504.059.943-7, com vencimento em 05/08/2016. A presente ação anulatória foi ajuizada em 29/07/2016, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovantes acostados aos autos (ID 57631915 – págs. 3/4), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da mencionada GRU e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

6. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da área de abrangência geográfica dos planos, bem como de que foram prestados a beneficiários em período de carência contratual, melhor sorte não socorre a autora, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, incisos V e VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

7. Ressalte-se que o ato administrativo de formulação da Autorização de Internação Hospitalar (AIH) é dotado de presunção de legalidade, competindo à autora a produção de prova em contrário, o que não ocorreu no caso vertente.

8. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

9. Apelação da autora não provida. Apelação da ANS provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação da ANS, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000896-33.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ADVANCE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: BRUNA KARINA CASAROTTI BRASIL - SP374389-A, CARLOS EDUARDO DONADELLI GRECHI - SP221823-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000896-33.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ADVANCE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: BRUNA KARINA CASAROTTI BRASIL - SP374389-A, CARLOS EDUARDO DONADELLI GRECHI - SP221823-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pela União Federal (ID 89328804) e reexame necessário em face do *decisum* que julgou o feito parcialmente procedente.

No dia 24/05/2019, a empresa ADVANCE EMBALAGENS LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado da Receita Federal do Brasil em Jundiaí/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 89328790).

O órgão do Ministério Público Federal deixou de se manifestar sobre o mérito da demanda (ID 89328795).

Sobreveio sentença que concedeu parcialmente a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante restituir/compensar os tributos a partir da competência de março de 2017 (ID 89328796).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando, preliminarmente, a suspensão do feito. No mérito, requer a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 89328810).

O *Parquet* pugna pela rejeição da preliminar e pelo regular prosseguimento do feito (ID 107495757).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000896-33.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ADVANCE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: BRUNA KARINA CASAROTTI BRASIL - SP374389-A, CARLOS EDUARDO DONADELLI GRECHI - SP221823-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede de preliminar, passo à análise do pedido de sobrestamento do feito, dada a possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União.

Não assiste razão à apelante. Com efeito, não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.

2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).

3. A pacificação do tema, por meio de julgamento proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição de Processo Civil de 2015.

4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.

6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.

9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).

10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exações em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).

11. Apelação da Impetrante provida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores retem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei n.º 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.

7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."

(AgInt nos REsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguarar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele houverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Em igual sentido, não se sustenta, inclusive, o pedido subsidiário da Fazenda Nacional, em sede de apelação, para "readequação da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS", dada a necessidade de se destacar o valor do ICMS. Com efeito, repita-se, o entendimento consolidado no âmbito do RE 574.706/PE é cristalino no sentido de que seja excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS todo o ICMS faturado, sem qualquer ressalva quanto à necessidade de realizar nova readequação daquela base de cálculo. Pretende a Fazenda Nacional verdadeiro esvaziamento do conteúdo do julgado acima destacado.

Quanto à possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, observo que a impetrante, na exordial, formulou apenas pedido de compensação. Desta forma, considerando que a sentença a quo julgou pleito não formulado, deverá ser reduzida aos limites do pedido a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em relação ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, *sponte própria*, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. *Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*"

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Assim sendo, reconheço o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), abrangendo eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos efetuados a partir competência de março de 2017 e, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Sendo a compensação forma de extinção do crédito tributário, a teor do art. 156, II, do Código Tributário Nacional, deve ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, cumpre destacar primeiramente, com base em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, que é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, **em caráter geral**, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. Diga-se em caráter geral pois deve ser **obedecido o regramento contido no art. 26-A do diploma referido**.

Com relação à comprovação do indébito, destaco que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sob a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, firmou as seguintes teses:

(a) *tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e*

(b) *tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental.*

No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, enquadrando-se no entendimento fixado na primeira tese acima transcrita. Nesse sentido, basta a comprovação da qualidade de credora tributária, não sendo necessária a juntada dos demonstrativos de recolhimento do tributo no momento do ajuizamento da ação, sendo exigível a sua apresentação no momento em que o pedido de compensação for submetido ao Fisco.

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. PLEITO NÃO FORMULADO. REDUÇÃO AOS LIMITES DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO. PARÂMETROS.

1. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
3. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
4. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
5. A impetrante não formulou pedido de restituição administrativa na exordial, motivo pelo qual a sentença deve ser reduzida aos limites do pedido, a fim de que seja autorizada apenas a compensação dos valores indevidamente recolhidos.
6. Reconhecido o direito à compensação pelo regime jurídico vigente à época do ajuizamento (Lei nº 10.637/2002), abrangendo eventuais créditos oriundos dos recolhimentos indevidos efetuados a partir competência de março de 2017.
7. Deve a compensação ser realizada nos termos da legislação específica do ente federativo (art. 170, *caput*, do CTN). Assim, primeiramente, é devida apenas após o trânsito em julgado da decisão (art. 170-A, do CTN). Por sua vez, com o advento da Lei nº 13.670/18 e revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/07, não subsiste, em caráter geral, o óbice à possibilidade da compensação ser realizada com as contribuições previdenciárias. No caso concreto, todavia, deve ser obedecido o regramento contido no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. No caso dos autos, a impetrante almeja a declaração do direito de compensação, bastando apenas a comprovação da qualidade de credora tributária, consoante o entendimento consagrado nos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP.
10. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação e à remessa oficial, para reduzir a sentença aos limites do pedido e para determinar que a compensação deverá observar os termos dos artigos 26 e 26-A da Lei nº 11.457/07, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005268-16.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDA ALICE LEMOS - SP50862-A
APELADO: FERNAO GUEDES DE SOUZA JUNIOR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005268-16.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDA ALICE LEMOS - SP50862-A
APELADO: FERNAO GUEDES DE SOUZA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis.

A r. sentença, de ofício, extinguiu a execução fiscal, ao fundamento de que indevida a cobrança de multa eleitoral de inadimplente e que a CDA não goza de certeza, pois não respeita o princípio da legalidade.

Aduz a apelante que as anuidades e a multa eleitoral em cobro estão lastreadas na Lei nº 10.795/03.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005268-16.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: APARECIDA ALICE LEMOS - SP50862-A
APELADO: FERNAO GUEDES DE SOUZA JUNIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso do *CRECI/SP*, a Lei nº 6.530/78, na sua redação original, no artigo 16, inciso VII, atribuía ao Conselho Federal fixar multas, anuidades e emolumentos devidos aos conselhos regionais, em total descompasso com a jurisprudência do STF (RE nº 704.292).

Em 05.12.2003, adveio a Lei nº 10.795/2003, que estabeleceu valores e limites máximos para as multas e anuidades e corrigiu o vício da norma anterior.

Com efeito, sabido que os requisitos essenciais da certidão de dívida ativa estão descritos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e no artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80.

Na hipótese, a legislação mencionada na certidão de dívida ativa (Lei nº 6.530/78 art. 16 inc. VII c/c art. 34 e 35 do Decreto nº 8.1871/78), não permite ao contribuinte a identificação do fundamento legal do tributo exigido, já que as anuidades só se tomaram exigíveis a partir da vigência da Lei nº 10.795/2003.

Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80, evadindo de nulidade a CDA.

Destaco, ainda, que é inviável a substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentir, é o precedente desta Corte:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CRECI 2ª REGIÃO. APELAÇÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. VEDAÇÃO À ALTERAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO OU DA NORMA LEGAL QUE FUNDAMENTA O LANÇAMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão devolvida a esta E. Corte diz respeito à cobrança de anuidades (2007 a 2010).

2. As anuidades exigidas detêm natureza jurídica tributária, motivo pelo qual devem submeter-se aos princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade, inclusive no tocante à fixação e alteração de alíquotas e base de cálculo (precedentes: STF, MS 21.797/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJU 18/05/2001; STJ, REsp 273674/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 27/05/2002).

3. No caso dos corretores de imóveis, há lei específica - 6.530/1978 - que regula a profissão e estabelece, no art. 16, §1º, os valores máximos das anuidades que poderão ser cobradas das pessoas físicas e jurídicas sujeitas a inscrição/registro nos CRECI. A mesma Lei, no art. 16, §2º, prevê a correção anual desses valores pelo índice oficial de preços ao consumidor.

4. No caso em tela, não obstante exista previsão legal para a cobrança de anuidades, verifica-se que as CDAs trazem fundamentação legal distinta, a saber, o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/1978, c/c arts. 34 e 35, do Decreto nº 81.871/1978, sendo que o primeiro dispositivo citado permite ao COFECI fixar o valor das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais e os últimos estabelecem que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35).

5. As CDAs não fazem qualquer menção ao art. 16, §1º, que fixa o valor máximo das anuidades. Deixou-se, portanto, de atender aos requisitos previstos no art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80.

6. Quanto à possibilidade de emenda ou substituição da CDA, o art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/1980, prevê que "até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos". A jurisprudência do C. STJ e desta C. turma, porém, restringe a possibilidade de emenda ou substituição à correção de erro material ou formal, vedada a alteração do sujeito passivo (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário. Precedentes (STJ, 1ª Turma, AGA de n.º 1293504, Rel. Min. Luiz Fux, data da decisão: 16/12/2010, DJE de 21/02/2011 / STJ, 2ª Turma, Resp n.º 1210968, Rel. Min. Castro Meira, data da decisão: 07/12/2010, DJE de 14/02/2011 / TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2093864 - 0003127-48.2013.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016).

7. É de rigor, portanto, o reconhecimento da nulidade das CDAs.

8. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0001811-53.2013.4.03.6132, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 18/10/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/10/2019)

Por fim, não se sustenta, também, a cobrança da multa eleitoral descrita na CDA, uma vez que no referido ano o executado estava inadimplente. Precedente: (TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5020671-70.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 05/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/03/2020).

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL. ANUIDADES. MULTA ELEITORAL. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA CDA INADMISSÍVEL. APELAÇÃO DESPROVIDA

1.No caso do CRECI/SP, a Lei nº 6.530/78, na sua redação original, no artigo 16, inciso VII, atribuiu ao Conselho Federal fixar multas, anuidades e emolumentos devidos aos conselhos regionais, em total descompasso com a jurisprudência do STF (RE nº 704.292).

2.Os requisitos essenciais da certidão de dívida ativa estão descritos no artigo 202 do Código Tributário Nacional e no artigo 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80.

3.A legislação mencionada na certidão de dívida ativa (Lei nº 6.530/78 art. 16 inc. VII c/c art. 34 e 35 do Decreto nº 8.1871/78), não permite ao contribuinte a identificação do fundamento legal do tributo exigido, já que as anuidades só se tornaram exigíveis a partir da vigência da Lei nº 10.795/2003.

4.Não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80, evando de nulidade a CDA.

5.Inviável a substituição da CDA, pois tal operação importaria em modificação substancial do próprio lançamento, como já destacado no REsp nº 1.045.472/BA, submetido ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

6. Não se sustenta a cobrança da multa eleitoral descrita na CDA, uma vez que no referido ano o executado estava inadimplente. Precedente.

7.Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009183-45.2010.4.03.6104

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RAFAEL FIUMARELI NETO, ENILDA DAMIANA FIUMARELI

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A

APELADO: MUNICIPIO DE IGUAPE, INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE

Advogado do(a) APELADO: MIGUEL MARIO RIBEIRO NETO - SP211426-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0009183-45.2010.4.03.6104

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: RAFAEL FIUMARELI NETO, ENILDA DAMIANA FIUMARELI

Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A
Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A
APELADO: MUNICIPIO DE IGUAPE, INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
Advogado do(a) APELADO: MIGUEL MARIO RIBEIRO NETO - SP211426-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ajuizada por **Rafael Fiumarelli Neto** em face do **Município de Iguape/SP** e do **Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio**, objetivando a anulação do auto de infração nº 18764, que culminou em uma multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e no embargo da obra, por construir em área de preservação permanente, sem autorização do órgão ambiental competente.

Da decisão que indeferiu a tutela antecipada, o autor interpôs agravo de instrumento, o qual não foi sequer conhecido e os autos remetidos à Justiça Federal (ID 65808429 - Pág. 84-86).

O autor interpôs outro agravo de instrumento, dessa vez, em relação à decisão que indeferiu seu pedido de aditamento da petição inicial, cujo recurso teve seu seguimento negado por este Tribunal (ID 65808833 - Pág. 9-12).

Diante do interesse jurídico de Rafael Fiumarelli Neto na presente demanda, na qualidade de co-possuidor do imóvel objeto da autuação, foi concedido prazo para inclusão de sua esposa no polo passivo, contra quem foi lavrado o auto de infração (ID 65808833 - Pág. 72).

Ao final, o MM. Juiz *a quo* declarou extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, VI, do CPC, em relação ao Município de Iguape, por ausência de legitimidade passiva, bem como julgou improcedente o pedido em relação ao ICMBio, vindo a condenar a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, para cada um dos réus (ID 65808834 - Pág. 36-48).

Os autores apelaram, sustentando, em síntese, que:

- a) o auto de infração deve ser anulado ou, ao menos, reduzida a pena de multa, pois o fato não derivou de dolo ou negligência dos apelantes, que procederam com toda a cautela e diligência antes de dar início à obra, obtendo alvará municipal e construindo em bairro amplamente povoado;
- b) o imóvel está localizado em área urbana do Município, com fornecimento de água, rede de esgoto, rede elétrica e coleta seletiva de resíduos;
- c) a autuação direta, com aplicação de multa em valor muito elevado, não permitiu que os apelantes pudessem tentar regularizar a situação da obra, além disso, a penalidade pecuniária somente pode ser imposta em caso de dolo ou negligência do autuado, nos termos do artigo 72, II, parágrafo 3º da Lei nº 9.605/98, o que não se verifica na hipótese dos autos;
- d) o laudo pericial indicou como mínimo o impacto ambiental decorrente da obra em questão, de modo que a multa foi fixada em valor completamente desproporcional aos supostos danos;
- e) o local não é área de reserva federal, sendo competência da CETESB e não do ICMBio proceder à fiscalização e regularização da obra, com possível demolição parcial (pequena fração da garagem) do imóvel para adequação à legislação ambiental.

Com contrarrazões, vieram os autos para este Tribunal.

A Procuradoria Regional da República, emparecer da lavra da Dra. Fátima Aparecida de Souza Borghi, opinou pelo desprovimento da apelação (ID 129672112).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009183-45.2010.4.03.6104
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: RAFAEL FIUMARELLI NETO, ENILDA DAMIANA FIUMARELLI
Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A
Advogado do(a) APELANTE: LUIS AUGUSTO FERREIRA CASALLE - SP301146-A
APELADO: MUNICIPIO DE IGUAPE, INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE
Advogado do(a) APELADO: MIGUEL MARIO RIBEIRO NETO - SP211426-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do Auto de Infração nº 18764, lavrado pelo ICMBio, em razão de os autores estarem construindo residência em área de preservação permanente, sem autorização do órgão ambiental competente.

Extrai-se dos autos que, no dia 04.03.2010, agentes fiscalizadores do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio autuaram Enilda Damiana Fiumarelli e embargaram a obra, com fundamento nos artigos 72, II e VII, e 64 da Lei nº 9.605/98, artigo 74 do Decreto nº 6.514/2008 e artigo 3º da Resolução CONAMA nº 303/2002.

Inconformados, os autores ajuizaram a presente demanda, alegando que a edificação está localizada em área urbana e não em área de preservação permanente.

Em primeiro lugar, reconheço a competência do ICMBio, autarquia federal, para realizar fiscalização em área de preservação permanente, pois, além de uma de suas atribuições ser o exercício do poder de polícia ambiental, o artigo 23 da Constituição Federal dispõe ser competência comum da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal executar as normas de proteção do meio ambiente.

Especificamente acerca das áreas de preservação permanente, preconizava o artigo 2º da Lei nº 4.771/65, Código Florestal vigente à época da autuação e da construção do imóvel, o seguinte:

"Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

(...)

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues".

Sobreveio, então, a Resolução CONAMA nº 303/2002, assim dispondo:

"Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

(...)

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

X - em manguezal, em toda a sua extensão. (grifei)''

Por sua vez, o Decreto nº 6.514/2008 estabelece pena de multa a quem promover construção em solo não edificável, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com tal autorização, *in verbis*:

"Art. 74. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)''.

Assim, do cotejo da legislação em comento com o caso concreto versado nos autos, conclui-se que se considera área de preservação permanente o local em que os autores procederam à edificação da sua residência, em área típica de restinga, composta de gramíneas e a apenas 6,5 metros da linha de bordadura do mangue (ID 65808833 - Pág. 249), o que é corroborado pelas fotografias acostadas aos autos (ID 65808847 - Pág. 38-40).

Constata-se, ainda, que a área edificada é de 153,3 m², num terreno de 350 m², evidenciando-se o dano ambiental; cabe destacar que o perito técnico indicado pelo juízo, embora tenha dado parecer favorável à construção, informou que a vegetação de mangue, desde a época da construção até a data do exame pericial – ou seja, em 5 anos – já havia avançado mais de 2 metros em relação ao recuo do lote, ou seja, sua área havia reduzido.

Outrossim, ressalte-se que o reconhecimento por parte do Município de que um determinado local é área urbana, servindo-o de rede de esgoto, energia elétrica e coleta de resíduos, não afasta a aplicação da legislação ambiental, até mesmo porque a supressão de vegetação em área de preservação permanente ou qualquer tipo de modificação no solo depende de prévia autorização do órgão ambiental competente, fundamentada em parecer técnico.

Cumprassever, ademais, que a aplicação da pena de multa não está condicionada à prévia advertência. Isto porque, embora o art. 72 da Lei n. 9.605/98 traga um rol sucessivo das sanções, a Administração não está obrigada a estabelecer uma antes da outra.

A respeito da questão, colhem-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. MULTA SIMPLES. PRÉVIA ADVERTÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE. VIOLAÇÃO À LEI. PREQUESTIONAMENTO. INDISPENSABILIDADE. SÚMULA 211/STJ. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO FICTO NÃO CARACTERIZADO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, para a validade da aplicação das multas administrativas previstas na Lei n. 9.605/1998, não há obrigatoriedade da prévia imposição de advertência. 2. O Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do art. 50 da Lei n. 9.784/1999, apontado como violado, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ. 3. Ressalta-se que esta Corte firmou a compreensão de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/4/2017, DJe 10/4/2017). 4. Agravo interno a que se nega provimento". ..EMEN: (AIRES - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - 1830188 2019.02.29685-2, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:12/12/2019 ..DTPB:.) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. UTILIZAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. ART. 72 DA LEI 9.605/1998. INEXISTÊNCIA DE GRADAÇÃO DE PENALIDADES. MULTA. CABIMENTO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. Hipótese em que o Tribunal local reconheceu que a prática da infração ambiental é incontroversa. Porém, afastou a incidência da multa basicamente por dois fundamentos: a) mesmo utilizando uma APP, não teria sido comprovado que o recorrente teria destruído ou danificado o mencionado terreno ou se tal fato teria sido ocasionado por terceiros que ocuparam as terras antes do recorrido; e b) deveria ter sido aplicada a penalidade de advertência para, somente nos casos de reiteração da conduta infracional, haver incidência da multa. (...) 4. Sem amparo legal ou lógico a alegação de que a imposição da multa depende de advertência prévia. A escolha do tipo de sanção para o caso concreto é verificada de acordo com o grau de gravidade da conduta infracional, os antecedentes do infrator e a situação econômica, conforme previsto no artigo 6º da Lei 9.605/1998. Nesse sentido: REsp 1.426.132/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.11.2015. 5. Não se pode conhecer da irrisignação contra a ofensa aos dispositivos legais invocados pelo particular, uma vez que não foram analisados pela instância de origem. (...) 7. Recurso Especial do Ibama provido e do particular não provido". ..EMEN: (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1263952 2011.01.56357-1, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:30/10/2019 ..DTPB:.) (grifei)

A jurisprudência desta Corte Regional segue a linha do mesmo entendimento:

"ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. IBAMA. PASSERIFORMES. AUTO DE INFRAÇÃO. ART. 72 DA LEI 9.605/98. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA MULTA. ART. 17, § 1º DA IN 01/2003. PROCEDIMENTO PREVISTO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO QUE COMPROVE A LEGALIDADE DO PLANTEL, NÃO PARA CORREÇÃO DAS IRREGULARIDADES CONSTATADAS PELO AGENTE FISCALIZADOR. 1. A impetrada foi autuada por "utilizar espécies da fauna silvestre nativa em desacordo com a licença outorgada pela Autoridade competente, sendo que constam 92 pássaros na relação do criadouro, e foram encontrados 18 no local fiscalizado", e apenada com multa de R\$ 46.000,00. 2. A pena de multa simples não pressupõe prévia sanção de advertência, uma vez que o a Lei 9.605/98 admite a aplicação desta sem prejuízo das demais. Tampouco o Decreto 6.514/08 impõe uma ordem de prioridade entre as sanções. Ao revés, específica, em seu art. 4º que na aplicação das sanções administrativas deve-se observar a "gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente". Precedentes do C. STJ e deste Tribunal. 3. Na hipótese, não há como enquadrar a infração cometida pelo apelante como de menor lesividade. Isto porque dentre os passeriformes não encontrados no criatório, vários são de espécies que figuram na lista oficial da fauna brasileira ameaçada de extinção, para os quais a multa prevista no art. 24 do referido decreto é de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por indivíduo. 4. Não socorre ao impetrante a alegação de que a lista de pássaros mantida pelo IBAMA se encontrava desatualizada em razão dos "óbitos não informados" e transferências pendentes de confirmação no sistema por "não possuir internet em casa", porquanto é dever do criador manter atualizado seu cadastro no SisPass - Sistema de Cadastramento de Passeriformes, justamente para evitar autuações, como ocorreu no caso dos autos. 5. O prazo concedido pelo § 1º do art. 17 da IN 01/2003 do IBAMA é para que o autuado apresente a documentação que comprove a legalidade de seu plantel, não para que ele corrija as irregularidades constatadas pelo agente fiscalizador. 6. Apelação desprovida". (ApCiv 0012034-34.2008.4.03.6102, DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/06/2018.) (grifei)

Registre-se que, conquanto o § 3º do art. 72 do supracitado diploma legal estabeleça as hipóteses fáticas que implicam sempre a aplicação de multa simples, isso não significa que tal sanção não possa ser adotada também em outras situações concretas, considerando-se o caráter pedagógico da advertência, não indicado para infrações graves ao meio ambiente.

Reconhecida, desta maneira, a legalidade do auto de infração nº 18764, é de rigor avaliar a quantia fixada a título de multa pela autoridade fiscalizadora, logo, atentando-se para a situação econômica da parte, a extensão dos danos e para o fato de que não consta em nome dos autores outros ilícitos ambientais, é de rigor a redução da pena de multa para o mínimo legal, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Considerando, à vista disso, que o ICMBio decaiu de parte mínima do pedido, a parte autora deverá arcar com o pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, para cada um dos réus.

Diante do exposto, voto por **DAR PROVIMENTO PARCIAL** à apelação para reduzir o valor da pena de multa imposta aos autores.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ICMBIO. CONSTRUÇÃO DE CASA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LEI 4.771/65. LEI 9.605/98. PRÉVIA ADVERTÊNCIA. DESNECESSIDADE. PENA DE MULTA. REDUÇÃO. CABIMENTO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

1. Trata-se de ação ajuizada com o fito de obter a anulação do Auto de Infração nº 18764, lavrado pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, em razão de os autores estarem construindo residência em área de preservação permanente, sem autorização do órgão ambiental competente.
2. O artigo 2º da Lei nº 4.771/65, Código Florestal vigente à época da autuação e da construção do imóvel, estabelecia que a vegetação natural situada em restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues, era considerada área de preservação permanente.
3. A Resolução CONAMA nº 303/2002, por sua vez, prevê como APP a área situada nas restingas, em qualquer localização ou extensão, quando recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues.
4. Do cotejo da legislação em comento com o caso concreto versado nos autos, conclui-se que se considera área de preservação permanente o local em que os autores procederam à edificação da sua residência, em área típica de restinga, composta de gramíneas e a apenas 6,5 metros da linha de bordadura do mangue.
5. Ressalte-se que o reconhecimento por parte do Município de que um determinado local é área urbana, servindo-o de rede de esgoto, energia elétrica e coleta de resíduos, não afasta a aplicação da legislação ambiental, até mesmo porque a supressão de vegetação em área de preservação permanente ou qualquer tipo de modificação no solo depende de prévia autorização do órgão ambiental competente, fundamentada em parecer técnico.
6. A aplicação da pena de multa não está condicionada à prévia advertência, visto que, embora o art. 72 da Lei nº 9.605/98 traga um rol sucessivo das sanções, a Administração não está obrigada a estabelecer uma antes da outra. Precedentes.
7. Conquanto o § 3º do art. 72 do supracitado diploma legal estabeleça as hipóteses fáticas que implicam sempre a aplicação de multa simples, isso não significa que tal sanção não possa ser adotada também em outras situações concretas, considerando-se o caráter pedagógico da advertência, não indicado para infrações graves ao meio ambiente.
8. O artigo 74 do Decreto nº 6.514/2008 prevê pena de multa a quem promover construção em solo não edificável, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com tal autorização, sendo que, na hipótese dos autos, ficou devidamente comprovada a legalidade do auto de infração.
9. Reconhecida, desta maneira, a legalidade do auto de infração nº 18764, é de rigor avaliar a quantia fixada a título de multa pela autoridade fiscalizadora, logo, atentando-se para a situação econômica da parte, a extensão dos danos e para o fato de que não consta em nome dos autores outros ilícitos ambientais, é de rigor a redução da pena de multa para o mínimo legal, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).
10. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO PARCIAL à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011036-91.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PLASAC PLANO DE SAUDE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011036-91.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PLASAC PLANO DE SAUDE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Plasac Plano de Saúde Ltda., em 17 de maio de 2016, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 45.504.058.016-7 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 18.031,37 (dezoito mil, trinta e um reais e trinta e sete centavos). Coma inicial, acostou documentos.

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 69810987 – págs. 44/66).

Após a réplica (ID 69810987 – págs. 70/89), foi proferida sentença de improcedência do pedido (ID 69810987 – págs. 98/112). Honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa. Custas *ex lege*.

Irresignada, apelou a autora (ID 69810988), tempestivamente, pugnano pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 69810996), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011036-91.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: PLASAC PLANO DE SAUDE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ TORO DA SILVA - SP76996-A, VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA - SP181164-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o c. Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1777949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfundível com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33902.918839/2013-14 foi gerada a competente GRU nº 45.504.058.016-7 (ID 69810986 – pág. 58), com vencimento em 20/05/2016.

A presente ação anulatória foi ajuizada em 17/05/2016, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID 69810987 – pág. 36), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes das GRU supracitada, nos termos da decisão de fl. 167 (ID 69810987 – pág. 68) e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para reaplicação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta obter-se, conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se reveste de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.
2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.
3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.
4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.
5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.
6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.
7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-E, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.
(ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assimmentado:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.
2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória ex lege (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.
3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.
4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitarem matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.
5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.
(RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

Quanto à suscitada violação ao princípio da irretroatividade, cumpre observar que se trata de norma de ordem pública, a qual os planos de saúde devem se sujeitar, dependendo a cobrança da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário (que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98) e não da data de celebração do contrato entre a operadora de saúde e o consumidor.

Não se vislumbra violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não demonstrada qualquer irregularidade no processo administrativo relativo às impugnações e à cobrança do ressarcimento.

Tampouco prospera a alegação de excesso de cobrança.

O ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que temporariamente instituiu a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (caput), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
3. O c. Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
4. O prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
5. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33902.918839/2013-14 foi gerada a competente GRU nº 45.504.058.016-7, com vencimento em 20/05/2016. A presente ação anulatória foi ajuizada em 17/05/2016, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos, restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão de fl. 167 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.
6. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
7. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
8. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
9. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
10. Quanto à suscitada violação ao princípio da irretroatividade, cumpre observar que se trata de norma de ordem pública, a qual os planos de saúde devem se sujeitar, dependendo a cobrança da data do atendimento prestado pelo SUS ao beneficiário (que deve ser posterior à vigência da Lei nº 9.656/98) e não da data de celebração do contrato entre a operadora de saúde e o consumidor.
11. Não se vislumbra violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não demonstrada qualquer irregularidade no processo administrativo relativo às impugnações e à cobrança do ressarcimento.
12. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
13. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002454-13.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002454-13.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela NESTLÉ BRASIL LTDA.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

Em grau de apelação, busca-se a reforma da r. sentença ao argumento de que ocorrido cerceamento de defesa diante do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado; a inocorrência de violação da regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos clientes da Apelante, bem como diante da ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa para que fosse aplicada penalidade de multa em valor arbitrário e excessivo, reconhecendo a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e afastando a penalidade de multa imposta. Por fim, postula o afastamento da condenação ao pagamento de honorários diante da previsão do valor incluso na CDA.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002454-13.2018.4.03.6111

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, como no caso.

Ressalte-se, ainda, que a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

Quanto ao mérito, a Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

No caso vertido, conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

Ressalte-se, ainda, que é legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

Ademais, não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram ao prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

Prosseguindo, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

No caso dos autos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

Neste sentido, trago à colação julgados desta C. Turma Julgadora, que já enfrentou a questão posta em casos análogos envolvendo inclusive as mesmas partes ora litigantes, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.

2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.

3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discorância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.

4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.

5. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.

6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. É de se notar que os critérios para graduação da pena de multa estão suficientemente previstos nos parágrafos 1º a 3º do próprio artigo 9º da Lei 9.933/99, de modo que eventual regulamento não poderia de qualquer modo desbortar o disposto no artigo 9º, o qual por si só basta para a quantificação da penalidade.

9. Veja-se que a multa foi aplicada no valor de R\$15.000,00, enquadrando-se, pois, nos padrões elencados pelo art. 9º, caput, da Lei 9.933/99.

10. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repete-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001064-23.2019.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. Caso em que a empresa-embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto aprovado no critério médio e no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metrologia acerca da matéria. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que apõe sua marca. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001210-98.2018.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 02/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

Por fim, no que tange a condenação ao pagamento de honorários, razão assiste a Embargante, pois em se tratando de embargos à execução fiscal, julgados improcedentes, a condenação do executado em honorários de sucumbência substitui a presente condenação, tema inclusive já pacificado por meio da Súmula nº 168 do extinto TFR.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIO. INDEVIDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1.O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos.

2.A avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

3.A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

4.Conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

5.É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

6.Não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram ao prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

7.A sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

8.Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.

9.A multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

10.Em se tratando de embargos à execução fiscal, julgados improcedentes, a condenação do executado em honorários de sucumbência, substitui a presente condenação, tema inclusive já pacificado por meio da Súmula nº 168 do extinto TFR.

11.Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação, apenas para afastar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006463-42.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ADEMIR MOTA DA SILVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE OMIR VENEZIANI JUNIOR - SP224631-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO JOSE DOS CAMPOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006463-42.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ADEMIR MOTA DA SILVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE OMIR VENEZIANI JUNIOR - SP224631-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO JOSE DOS CAMPOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança, para determinar à autoridade impetrada que conclua a análise do requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição formulado por **ADEMIR MOTADA SILVEIRA**.

A d. Procuradoria Regional da República opinou pelo não provimento da remessa.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006463-42.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ADEMIR MOTADA SILVEIRA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE OMIR VENEZIANI JUNIOR - SP224631-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO JOSE DOS CAMPOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O impetrante pretende, com o presente *writ*, obter uma determinação para que a autoridade impetrada conclua o processo administrativo referente ao requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição.

Aduz que, embora tenha apresentado o requerimento administrativo em 12.07.2018, não houve a conclusão do processo até a data da impetração do mandado de segurança, em 30.11.2018.

Afirma que a não conclusão de seu processo administrativo configura demora injustificável, afrontando o princípio constitucional da razoável duração do processo.

O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.

Demais disso, a própria Constituição Federal estabelece, em seu artigo 37, o princípio da eficiência, aplicável à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Cumpre ao INSS, por conseguinte, agir de modo a assegurar a eficiência, ou seja, a presteza e a agilidade no decorrer dos processos sob sua responsabilidade.

Cite-se, ainda, o disposto no artigo 49 da Lei nº 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.

No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99, pelo que se impõe a concessão de ordem para determinar à autarquia previdenciária que proceda à apreciação do requerimento administrativo.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em casos semelhantes:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, § 1º, CPC/73. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil. 2. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. 3. In casu, o INCRA violou os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei 9.784/99, tendo em vista o prazo decorrido do protocolo do processo administrativo de georreferenciamento (em 01.2012 - f. 27) e a sua apreciação pela autoridade impetrada. 4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 5. Agravo legal desprovido." (AMS 00089549220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE CERTIFICAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO DO IMÓVEL RURAL. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. 1. Dispondo sobre a Administração Tributária Federal (como preceito especial que prevalece sobre a disposição normativa geral), a Lei 11.457/2007, em seu art. 24, estabelece a obrigatoriedade de decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte. Mesmo em vista do art. 5º, LXXVIII da Constituição que prevê a duração do processo como uma garantia fundamental, particularmente acredito que o prazo de 360 dias é excessivo em se tratando de requerimentos simples em forma de petições relacionadas a feitos não contenciosos na via administrativa (tais como pedidos de restituição etc.), embora não o seja em se tratando de feitos litigiosos (impugnações e recursos). 2. Contudo, o E. STJ, ao apreciar o Recurso Especial nº. 1.138.206/RS, representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, concluiu que, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei nº 11.457/2007, quanto aos pedidos protocolados após o advento da referida lei, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos. 3. Contudo, creio que o pleito formulado junto à Superintendência Regional do INCRA não assume contornos tributários, pois não me parece que essa seja a natureza de pleitos envolvendo a certificação de georreferenciamento da área rural. Inexistindo regra específica, nesses casos creio ser aplicável o comando geral trazido pelo art. 49 da Lei 9.784/1999, firmando o prazo de até 30 dias para a administração proceder suas obrigações, concluída a instrução de processo administrativo, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 4. Na hipótese, tendo transcorrido prazo razoável para que a Administração concluisse a certificação de georreferenciamento da área rural, ou seja, há mais de um ano, deve a sentença que concedeu a segurança ser mantida. 5. Remessa oficial improvida." (REOMS 00089503520114036000, JUÍZA CONVOCADA MARCELE CARVALHO, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/02/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.) (grifei)

Sendo assim, não merece reparos a sentença, devendo ser mantida tal como lançada.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. INSS. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF/88. ART. 49 DA LEI 9.784/99. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

1. O princípio da razoável duração do processo está consagrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, e aplica-se aos três Poderes. O INSS, por ser autarquia federal, integra o Poder Executivo, e deve, portanto, finalizar seus processos em prazo razoável.
2. O artigo 49 da Lei nº 9.784/99 fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos.
3. No caso em tela, o INSS violou tanto os princípios constitucionais da razoável duração do processo e da eficiência quanto o dispositivo legal da Lei nº 9.784/99.
4. Reexame necessário não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008403-59.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: WEBER SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SILVANA JOSE DA SILVA - SP288433-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008403-59.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: WEBER SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SILVANA JOSE DA SILVA - SP288433-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Weber Silva** em face do Gerente Executivo do Instituto Nacional do Seguro Social de Cidade Ademar/São Paulo, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do seu requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição.

O MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a segurança, reconhecendo o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº. 3.048/99) (ID 124224103).

Vieram os autos para o reexame necessário.

A Procuradoria Regional da República, em parecer da lavra do Dr. Marlon Alberto Weichert, opinou pelo desprovimento da remessa necessária (ID 129069448).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5008403-59.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: WEBER SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SILVANA JOSE DA SILVA - SP288433-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A **Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora)**: Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fito de obter provimento jurisdicional que determine à autoridade coatora concluir a análise do requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Como é cediço, cabe à Administração Pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 determina ao Poder Público o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência. *In verbis*:

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

O impetrante alega que requereu a concessão de benefício previdenciário em 19.02.2019, mas até a data da impetração do presente *mandamus* (04.07.2019), não havia qualquer perspectiva de decisão por parte da autarquia previdenciária.

Depreende-se, assim, que a autarquia previdenciária extrapolou os limites da razoabilidade, vindo a analisar o requerimento administrativo somente após a prolação da sentença (ID 129069448), o que, de fato, configura ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência e continuidade do serviço público.

A respeito do tema, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são asseguradas a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ..EMEN:(RESP200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010..DTPB:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis ns. 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. [...] II - De acordo com os documentos juntados aos autos demonstram, de plano a delonga da Administração na verificação do preenchimento das exigências legais para o deferimento do pleito. Portanto, não há qualquer justificação plausível por parte da autoridade para a demora na análise do processo administrativo, em ofensa aos princípios constitucionais e administrativos da moralidade, eficiência, continuidade do serviço público e razoabilidade. III - Agravo legal não provido". (AMS 00218437820134036100, DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/12/2014..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"DIREITO DE PETIÇÃO. OBTENÇÃO DE RESPOSTA. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE. 1. Assiste direito líquido e certo à impetrante, de receber uma resposta da Administração Pública, acerca do requerimento formulado. 2. Todas as pessoas, físicas e jurídicas, têm assegurado o direito de invocar o Poder Público, a fim de receber uma resposta acerca de uma determinada questão ou situação considerada abusiva ou contrária ao direito. 3. Cuida-se do direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CF), no qual se encontra, implícito, o direito de receber a respectiva resposta, dentro de prazo razoável (Princípio da Eficiência da Administração Pública - art. 37, caput, da CF). 4. Protocolado o pleito de restituição em 17/02/05 (cf. fls. 29), sem que o mesmo houvesse sido analisado até a data do ajuizamento deste mandado de segurança (em 06/07/05), resta configurada a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa. 5. Ao tratar do dever de decidir, a Lei 9784/99, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, fixa o prazo de 30 dias para tanto. 6. Correta a sentença ao fixar o prazo de 15 dias para conclusão do processo administrativo. 7. Apelação e remessa oficial improvidas". (AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 279903. TRF3. e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/09/2011 PÁGINA: 1229. 24/08/2011. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA).

A r. sentença, portanto, deve ser mantida tal como lançada.

Diante do exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** à remessa necessária.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI Nº 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.
2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.
3. Remessa necessária desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa necessária, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027615-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSTRUTORA CATALDO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027615-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSTRUTORA CATALDO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a penhora de debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce e determinou a penhora de ativos financeiros por meio do BACENJUD.

Em suas razões recursais, sustenta a agravante que “ao lado da preocupação com a efetividade da execução em prol do credor, deve-se buscar sempre o caminho menos gravoso para o devedor”, que “não possui outros bens ou recursos financeiros suficiente à garantia da execução fiscal sem prejuízo de sua própria subsistência, o que afetaria a continuação de suas atividades e o pagamento de fornecedores, bem como de funcionários” e que “a ordem contida no artigo 11 da Lei nº 6830/80 não é taxativa, podendo sofrer variação segundo o princípio da menor onerosidade que propõe que a execução fiscal sempre deve tramitar da forma menos onerosa ao executado”. Alega que “as debêntures oferecidas demonstram-se plenamente viáveis à garantia da execução” e “se revestem de liquidez e possuem cotação em bolsa, tal fato, inclusive, já foi matéria de discussão no Egrégio Superior Tribunal de Justiça”. Invocou o disposto no art. 11, II, Lei nº 6.830/80.

Asseverou, ainda, que as debêntures, mesmo quando emitidas com vencimento indeterminado, equivalem a títulos de crédito, e, por serem dotados de cotação em bolsa de valores, não podem ser tomados como bens de difícil alienação, principalmente, quando emitidas por empresa de reconhecida solidez como é o caso da Vale do Rio Doce. Ressaltou que o regime jurídico aplicado às debêntures foi regulamentado pelo artigo 52 da Lei das S/A (6.404/1976).

A União apresentou contraminuta, sustentando a possibilidade de recusa das debêntures pois “o E. STJ já definiu, em sede de recurso repetitivo, que a penhora em dinheiro é prioritária”. Defendeu, ainda, “não se pode pensar que o princípio da menor onerosidade concede ao executado o direito de ter penhorado o bem que lhe convém, pois, ao lado da regra segundo a qual a execução deve se desenvolver de modo menos gravoso ao devedor, convive a regra de que a execução se dá em favor do credor (art. 797 do CPC/15) e que este tem o legítimo interesse em ver satisfeito o seu crédito”. Por fim, afirmou que “a jurisprudência do E. STJ é remansosa sobre o ponto, no sentido de ser legítima a recusa da Fazenda Pública à oferta de debêntures da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD como garantia da execução fiscal”.

A antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferida (id 107477366).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027615-88.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONSTRUTORA CATALDO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cumpra-se, anotar, inicialmente, que as questões levantadas neste recurso já foram devidamente enfrentadas e superadas pelo e. Superior Tribunal de Justiça.

Em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, o e. STJ definiu que, após a vigência da Lei 11.382/2006, é possível o deferimento da penhora “on line” mesmo antes do esgotamento de outras diligências (REsp 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.11.2010; e REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJe no dia 3.12.2010), porquanto os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 835 do CPC).

Por sua vez, a tese firmada no tema repetitivo de nº 578, do STJ, no sentido de que “em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal” e que “é dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC”, tem como fundamento decisório a necessidade de a ordem legal instituída nos artigos 11 da Lei 6.830/1980 e 835 do CPC ser preservada.

Nesta linha, o STJ reconheceu que as debêntures da Companhia Vale do Rio Doce apresentadas podem ser recusadas pela exequente por inobservância da ordem legal e por serem títulos de baixa liquidez.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AFASTAMENTO DAS SÚMULAS 7/STJ; 283/STF E 284/STF. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO APLICOU OS REFERIDOS ENUNCIADOS. SÚMULA 284/STF. NOMEAÇÃO À PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Estado exequente ao fundamento de que as obrigações (debêntures da Companhia Vale do Rio Doce) podem ser recusadas pelo credor por inobservância da ordem legal.

2. No tocante ao pleito de afastamento da incidência das Súmulas 7/STJ, 283/STF e 284/STF, o agravo regimental não se faz cognoscível, tendo em vista que a decisão ora combatida não aplicou o entendimento consubstanciado nos referidos enunciados.

3. O Tribunal local concluiu que as debêntures da Companhia Vale do rio doce são bens penhoráveis por se tratar de título de crédito que se ajusta ao disposto no art. 655, IV, do CPC. Verifica-se que esse entendimento filia-se à jurisprudência do STJ no sentido de que é possível a penhora das referidas debêntures, por se tratar de títulos com cotação em bolsa.

4. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça também firmou entendimento de que essas obrigações (debêntures da Companhia Vale do rio doce) têm natureza de títulos de crédito (REsp 857.043/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 25/9/2006) e, por isso, podem ser recusadas pela exequente, porquanto não observada a ordem legal, não havendo falar em violação do art. 620 do CPC.

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, no ponto, não provido.

(STJ, AGRESP 201000639616, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE DATA: 26/10/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, não obstante a possibilidade de nomeação à penhora, as debêntures da Companhia Vale do Rio Doce são títulos dotados de baixa liquidez e difícil alienação, sendo lícito à Fazenda recusá-los diante da ordem de preferência estipulada no art. 11 da Lei 6.830/80, não importando tal medida em afronta ao princípio da menor onerosidade, visto que a execução se dá no interesse da satisfação do credor. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 841.373, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJE: 10/04/2017)

Vê-se, portanto, que mesmo havendo o reconhecimento de que as debêntures são títulos de crédito penhoráveis, elas podem ser recusadas diante de sua baixa liquidez e por não atenderem à ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC.

Por fim, em que pese o disposto no art. 805 do CPC, é certo que a execução se realiza no interesse do credor, nos termos do art. 797, também do CPC, sendo imprescindível, para que se cogite a mitigação da ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC, a efetiva demonstração, no caso concreto, de outros meios mais eficazes e menos onerosos pelo executado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. OFERECIMENTO À PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA DA UNIÃO. POSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do artigo CPC, no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, é possível o deferimento da penhora "on line" mesmo antes do esgotamento de outras diligências.
2. A tese firmada no tema repetitivo de n.º 578, do STJ, no sentido de que "em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal" e que "é dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC", tem como fundamento decisório a necessidade de a ordem legal instituída nos artigos 11 da Lei 6.830/1980 e 835 do CPF ser preservada.
3. O STJ reconheceu que as debêntures apresentadas podem ser recusadas pela exequente por inobservância da ordem legal e por serem títulos de baixa liquidez. Precedentes (AGRESP 201000639616, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE DATA:26/10/2010; AgRg no AREsp 841.373, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJE:10/04/2017).
4. Em que pese o disposto no art. 805 do CPC/2015, é certo que a execução se realiza no interesse do credor, nos termos do art. 797 do CPC/2015.
5. Para que se cogite a mitigação da ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC, é imprescindível a efetiva demonstração, no caso concreto, de outros meios mais eficazes e menos onerosos pelo executado.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001423-54.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ABED MALHAS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: WESLEY OLIVEIRA DO CARMO ALBUQUERQUE - SP330584-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001423-54.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

PARTE AUTORA: ABED MALHAS LTDA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: WESLEY OLIVEIRA DO CARMO ALBUQUERQUE - SP330584-A

PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa oficial em face da sentença que concedeu a ordem para determinar a exclusão do ICMS destacado, da base de cálculo do PIS e da COFINS e reconhecer o direito à compensação, após o trânsito em julgado, a partir da competência de fevereiro de 2014.

O Ministério Público Federal, em manifestação de lavra da e. Procuradora Regional da República Eugênia Augusta Gonzaga, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001423-54.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
PARTE AUTORA: ABED MALHAS LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: WESLEY OLIVEIRA DO CARMO ALBUQUERQUE - SP330584-A
PARTE RÉ: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): De início, ressalte-se que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RG, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), que constou coma seguinte decisão:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da cofins ". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS .

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS , não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS . 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS ."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o E. Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Indo adiante, a questão não carece de maiores debates, visto que a novel jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS , da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS , confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS . O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da cofins , porque estranho ao conceito de faturamento."

(RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS . COFINS . BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS . POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituindo receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS .

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida coma realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumprido asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, visto que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

Ressalto, por oportuno, que a falta de definitividade da entrada de valores a título de ICMS no caixa da pessoa jurídica caracteriza a ausência da natureza jurídica adrede mencionada, que, repita-se, tem natureza de receita para o Estado-membro.

Ademais, o termo "faturamento" deve ser conceituado no sentido técnico consagrado pela jurisprudência e pela doutrina.

Ainda, o ICMS é imposto indireto no qual o ônus financeiro é transferido para o consumidor final, tornando-se este o contribuinte de fato da exação. Assim, o sujeito passivo do tributo - aquele que realiza a operação de circulação de mercadorias - apenas tem o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, qual seja, o Estado-membro ou o Distrito Federal, mostrando-se, incontestavelmente, despido da natureza jurídica de receita para o sujeito passivo.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS . INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS . DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS .

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS , afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS .

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS . EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS / COFINS . VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS , conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESp 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Por fim, diga-se que, considerando o julgamento do RE nº 240.785-2 que declarou inconstitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, o advento da Lei nº 12.973/2014 em nada altera o entendimento proferido pela Suprema Corte.

Com efeito, a superveniência da Lei, modificando o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é direito da impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação, conforme os termos delineados a seguir.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, visto a data que o presente *mandamus* foi impetrado e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação , posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constitui pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, como o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 48892/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação , sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei n.º 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei n.º 11.457/2007, incluído pela Lei n.º 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Akir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo *plus* que se acrescenta ao crédito, mas *minus* que se evita.

4. A Tabela Única a prova da pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, uma um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, como advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Aggravos regimentais improvidos."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Quanto à parte atinente ao valor do ICMS a ser extirpado da base de cálculo do PIS e da COFINS, toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnaturada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO. REPETIÇÃO.

1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.

4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.

5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, é assegurada à impetrante a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação.

6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nºs 10.637/02 e 13.670/2018. Precedentes do STJ.

7. Em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei nº 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei nº 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

8. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

9. Toda e qualquer parcela relativa ao ICMS é desnatada do conceito de receita, impedindo a incidência do PIS e da COFINS, sendo certo que a integralidade do tributo destacado na operação de circulação de mercadorias não pode compor a base de cálculo das exações federais em debate.

10. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, NEGOU PROVIMENTO à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000761-60.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ARROW BRASIL S/A

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000761-60.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ARROW BRASIL S/A

Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **Arrow Brasil S/A**, em face da sentença que denegou a ordem, no mandado de segurança impetrado em face do **Sr. Delegado da Receita Federal em Sorocaba**, tendente a obter a declaração de inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX, no valor fixado por meio da Portaria MF nº 257/2011, bem como o reconhecimento do direito de compensar e/ou restituir os valores recolhidos indevidamente, respeitada a prescrição quinquenal.

A apelante alega, em síntese, que:

a) viola a Constituição Federal, a delegação ao Ministério da Fazenda, para reajustar a taxa de utilização do SISCOMEX, tema já enfrentado pela jurisprudência (ADI nº 1.444 e RE nº 959.274);

b) é inconstitucional e ilegal a Portaria do Ministério da Fazenda nº 257/2011, no que tange o aumento da taxa SISCOMEX, por violação ao princípio da legalidade, bem como porque não fora respeitado o artigo 3º, § 2º, da Lei nº 9.716/98;

c) a Lei nº 9.716/1998 não estabelece qualquer critério para a correta determinação do aspecto quantitativo da Taxa de Utilização do SISCOMEX;

d) reconhecido o direito acima invocado, a União deve ser condenada na repetição do indébito tributário, através da compensação e/ou restituição, corrigidos pela taxa SELIC, respeitando-se o prazo prescricional de cinco anos da data da impetração.

Com contrarrazões vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do e. Procurador Regional da República Uendel Domingues Ugatti, deixou de exarar parecer, por entender que não há interesse público primário que justifique sua intervenção no feito.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000761-60.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ARROW BRASIS S/A
Advogado do(a) APELANTE: FLAVIA LORENA PEIXOTO HOLANDA - SP280721-S
APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM SOROCABA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora): A questão trazida aos presentes autos refere-se à possibilidade de a impetrante obter, em síntese, a declaração de inexigibilidade do recolhimento da Taxa de Utilização do SISCOMEX no valor fixado por meio da Portaria MF n.º 257/2011 e IN RFB n.º 1.158/2011, bem como o reconhecimento do direito de compensar e/ou restituir os valores recolhidos indevidamente nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, nos termos do artigo 74 da Lei 9.430/96.

Na verdade, a Taxa de Utilização do SISCOMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98, nos seguintes termos:

“Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (Vide Medida Provisória n.º 320, 2006)

I - R\$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II - R\$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.” (grifei)

Resta claro, portanto, que o artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/1998 delegou ao Ministro da Fazenda, por meio de ato infralegal, o estabelecimento do reajuste anual da referida taxa, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX.

Ocorre que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara.

Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOMEX restou pacificada no Supremo Tribunal Federal e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do Supremo Tribunal Federal.

Citem-se, a respeito, os seguintes precedentes recentes desta Terceira Turma:

“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO. ART. 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 E PORTARIA MF 257/2011. INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PACIFICADA NO STF. LIMITAÇÃO DO REAJUSTE AOS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA IMPETRANTE PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA UNIÃO E REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

1. Sentença que concedeu parcialmente a ordem, para limitar o valor de cobrança da taxa SISCOMEX ao índice de reajuste de 131, 60% (INPC) e declarou o direito da impetrante à compensação ou restituição dos valores recolhidos em montante superior ao devido.

2. Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade da majoração dos valores da Taxa de Siscomex promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, editada com fundamento no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei n.º 9.716/98 e ao afastamento do limite do índice acumulado do INPC, fixado pela sentença, in casu.

3. Tendo em vista a existência de recentes precedentes proferidos pelo C. STF pela inconstitucionalidade da majoração, os quais conduzem a conclusão no sentido de que atualmente se encontra pacificada a questão tanto na Primeira quanto na Segunda Turma da Suprema Corte, impõe-se a revisão do posicionamento que até então vinha sendo adotado.

4. A 2ª Turma do STF concluiu que “a delegação contida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 9.716/98 restou incompleta ou defeituosa, pois o legislador não estabeleceu o desenho mínimo que evitasse o arbítrio fiscal”. (RE 1095001 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-103 DIVULG 25-05-2018 PUBLIC 28-05-2018). Assim, decidiu que a majoração estabelecida pela Portaria MF n.º 257/2011, considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOMEX, viola o princípio da legalidade, entendimento este que passou a ser perfilhado pela 1ª Turma da Suprema Corte, consoante restou consignado no julgamento do RE 1155381, em 22-03-2019.

5. A questão foi incluída pela própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na lista de dispensa de contestação e recursos de que trata o art. 2º, VII e §§ 4º e 5º, da Portaria PGFN n.º 502/2016.

6. O afastamento do reajuste, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, não impede a incidência de atualização monetária, por meio da aplicação de índices oficiais, consoante o entendimento firmado pelo STF. A propósito, o C. STF, ao afastar a majoração promovida pela Portaria MF n.º 257/2011, reiteradamente vem decidindo por limitar o reajuste da taxa aos índices oficiais de correção monetária acumulados no período.

7. Como consectário lógico, de rigor o acolhimento do pedido formulado pela parte autora no tocante à repetição de indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

8. Aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito a partir do recolhimento indevido a título de correção monetária. A SELIC, por englobar correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com nenhum outro índice.

9. A sentença deve ser reformada para que seja julgado parcialmente procedente o pedido a fim de afastar a majoração da Taxa Siscomex, na forma promovida pela Portaria MF n.º 257/11, bem como para afastar o limite do índice acumulado do INPC, aplicado in casu, ressalvando-se a incidência de atualização monetária com a aplicação de índices oficiais acumulados no período (janeiro de 1999 e abril de 2011), bem como para assegurar a repetição do indébito dos valores recolhidos em montante superior ao devido, referentes aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação, a qual poderá ser efetivada em fase de cumprimento de sentença ou na via administrativa.

10. Apelação da impetrante parcialmente provida. Apelação da União e reexame necessário não providos.” (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5000715-44.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 23/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2019) (grifei)

“TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. AUMENTO PELA PORTARIA MF 257/11. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO QUANTITATIVO NO ARTIGO 3º, §2º, DA LEI 9.716/98 PARA MAJORAÇÃO PRETENDIDA. COMPENSAÇÃO DEFERIDA COM TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL, À EXCEÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. APELO DO CONTRIBUINTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Em primeiro, não se perca de vista que a fiscalização do comércio exterior é atividade relacionada ao Poder de Polícia estatal, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional:

2. Nos termos da legislação que rege o SISCOMEX, a taxa de utilização do sistema, prevista no artigo 3º da Lei 9.716/98, aplica-se às importações realizadas a partir de 1º de janeiro de 1999, decorrendo a Portaria MF n.º 257/11 de delegação ao Ministro da Fazenda, observada a variação dos custos de operação e de investimentos no sistema eletrônico.

3. Contudo, na esteira do que decidiu, por unanimidade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no RE/SC 1095001 AgR, a lei de regência haveria de ter fixado parâmetros mínimos para majoração da taxa de modo a evitar eventual arbitrariedade por parte do executivo, o que não ocorreu.

4. A Lei 9.716/98, ao não fixar critérios mínimos para majoração da taxa (aspecto quantitativo), deu plena liberdade ao executivo para exercer, ao seu alvedrio, o poder de legislar sobre a matéria, o que vai de encontro ao princípio da estrita legalidade tributária, o qual estatui a vedação de exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

5. Tenha-se em vista, ademais, que a Portaria MF nº 257/2011 acabou por majorar a taxa SISCOMEX em cerca de 500%, restando configurada também a clara desproporcionalidade da medida.

6. Caracterizada a infringência ao princípio da legalidade já que a Lei nº 9.716/98, artigo 3º, § 2º, delegou ao Ministro da Fazenda o estabelecimento, por meio de ato infralegal, do reajuste anual da taxa Siscomex sem a fixação de critérios mínimos a tal.

7. **Reconhecimento do direito, exsurge a possibilidade à compensação. A compensação, contudo, deverá observar a diferença entre o valor recolhido com base na Portaria MF nº 257/2011, ora afastada, e aquele previsto na Lei 9.716/98, devidamente atualizado com índices oficiais, de modo a propiciar equilíbrio na relação entre as partes e evitar indevido prejuízo ao Fisco.**

8. A compensação será efetuada, observada a prescrição quinzenal dos valores recolhidos indevidamente, com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com exceção das contribuições previdenciárias, bem como observando-se a regra do artigo 170-A do CTN e a lei em vigor no momento do ajuizamento da ação, com correção monetária pela SELIC.

9. Apelo do contribuinte parcialmente provido. "

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003859-11.2018.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 29/07/2019) (grifei)

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE UTILIZAÇÃO DO SISCOMEX. MAJORAÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. AFRONTA À LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. DIREITO À COMPENSAÇÃO.

1. Questão decidida pelo Supremo Tribunal Federal cujos precedentes se seguem: RE 959.284-AgR, relator do acórdão Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJE 29/08/2017; RE-AgR 1.095, relator Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJE 28/05/2018; RE 1.126.958-AgR, relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 27/04/2018 e RE 1.132.699, relator Ministro Edson Fachin, DJE; 18/06/2018.

2. Reconhecimento do direito de a impetrante recolher a taxa de utilização do sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX a partir dos valores vigentes anteriormente à edição da Portaria nº 257/11, reajustados pela SELIC.

3. Conforme entendimento pacificado no STF (RE 566.621/RS) e no STJ (REsp 1.269.570/MG), para as ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (de 09.06.2005), o prazo de prescrição é quinzenal.

4. A compensação deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02. Precedentes do STJ.

5. A compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, nos termos da jurisprudência sedimentada do Superior Tribunal de Justiça.

6. A taxa SELIC é o índice aplicável como critério de correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.

7. Ressalvado o direito da autoridade administrativa em proceder à plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, exatidão dos números e documentos comprobatórios, "quantum" a compensar e conformidade do procedimento adotado com a legislação de regência." (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003574-52.2017.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal Nelson Agnaldo Moraes Dos Santos, Rel. para acórdão Juiz Federal Márcio Catapani, julgado em 01/07/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2019)

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis nº 10.637/02 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJE 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJE 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJE 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Ademais, conforme a jurisprudência acima colacionada e tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cabe acrescentar, por fim, que, em razão do presente *mandamus* ter sido impetrado após a entrada em vigor da Lei n.º 13.670/2018, que revogou o art. 26 da Lei n.º 11.457/2007, não se aplica mais a vedação da compensação dos valores recolhidos indevidamente com as contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991. No entanto, deve-se observar o quanto disposto no art. 26-A da Lei nº 11.457/2007, incluído pela Lei nº 13.670/2018.

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Voz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que depende de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescente ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPC A série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário é a data do pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ainda, anote-se ser imperioso destacar que, a restituição na via administrativa deve observar a necessidade de expedição de precatórios, segundo o contido no art. 100 da Constituição Federal.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO ao recurso de apelação para, reformando a sentença, conceder a ordem pleiteada no mandado de segurança para afastar a majoração da Taxa Siscomex, promovida pela Portaria MF nº 257/2011, bem como reconhecer o direito à repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal, nos termos da fundamentação supra.**

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA SISCOEMEX. INCONSTITUCIONALIDADE DA MAJORAÇÃO.

1. A Taxa de Utilização do SISCOEMEX foi instituída por meio da Lei n.º 9.716/98.

2. O entendimento do STF foi o de que viola o princípio da legalidade a possibilidade de reajuste anual, por ato do Ministro da Fazenda, “considerando a variação dos custos de operação e dos investimentos no SISCOEMEX”, por se tratar de expressão aberta e pouco clara. Art. 3º, §2º, Lei n.º 9.716/98.

3. Assim, a questão da inconstitucionalidade da majoração da Taxa SISCOEMEX restou pacificada no STF e nesta Terceira Turma, que reviu sua posição e passou a adotar a do STF. Precedentes.

4. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96 com as modificações perpetradas pelas Leis n.ºs 10.637/2002 e 13.670/2018, uma vez que era essa a legislação vigente na data do ajuizamento da presente demanda. REsp n.º 1137738/SP.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do CTN, sendo aplicável a taxa SELIC como índice de correção monetária, desde a data do pagamento indevido. REsp n.º 1112524/DF; AgRg no AgRg no AREsp n.º 536.348.

6. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, DEU PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017933-46.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: OVETRIL OLEOS VEGETAIS LTDA, ALFREDO ERVINO SCHOLL, MARIA LUCIA OKADA SCHOLL, WERNER ADOLFO ALTENBURGER, ERICA MARIA ALTENBURGER, MARLENE ANTONIA SCHOLL BARBIERI, SERGIO BARBIERI, OVETRILAGROPECUARIA LTDA - ME, SIPAL INDUSTRIA COMERCIO E AGROPECUARIA, AGROINDUSTRIAL MARINGA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALCEU CONCEICAO MACHADO NETO - PR32767-A, PRISCILA ESPERANCA PELANDRE - PR45941, ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017933-46.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: OVETRIL OLEOS VEGETAIS LTDA, ALFREDO ERVINO SCHOLL, MARIA LUCIA OKADA SCHOLL, WERNER ADOLFO ALTENBURGER, ERICA MARIA ALTENBURGER, MARLENE ANTONIA SCHOLL BARBIERI, SERGIO BARBIERI, OVETRILAGROPECUARIA LTDA - ME, SIPAL INDUSTRIA COMERCIO E AGROPECUARIA, AGROINDUSTRIAL MARINGA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALCEU CONCEICAO MACHADO NETO - PR32767-A, PRISCILA ESPERANCA PELANDRE - PR45941, ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por OVETRIL ÓLEOS VEGETAIS LTDA.E OUTROS em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - BEM IMÓVEL - RECUSA MANIFESTADA PELA EXEQUENTE.

1. Nos termos do art. 797 do CPC, a execução se realiza no interesse do exequente que, adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

2. A penhora consiste em ato serial do processo executivo objetivando a expropriação de bens do executado, a fim de satisfazer o direito do credor já reconhecido e representado por título executivo. Necessariamente, deve recair sobre o patrimônio do devedor, constando "tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios", nos precisos termos do art. 831 do Código de Processo Civil.

3. Os bens penhorados têm por escopo precípuo a satisfação do crédito inadimplido. A seu turno, estipula o art. 805 do Código de Processo Civil dever ser promovida a execução pelo modo menos gravoso ao devedor. Contudo, o dispositivo em epígrafe não pode ser interpretado de tal modo que afaste o direito do credor-exequente de ver realizada a penhora sobre bens aptos para assegurar o juízo.

4. Tratando-se de pretensão com o fim de indicar bens à penhora, deve-se ater o juízo à análise da aptidão dos bens indicados para garantia da execução. Assim, se é certo que a execução deve processar-se pelo modo menos gravoso ao devedor, a garantia do juízo, contudo, deve ser apta e suficiente a satisfazer o crédito exequendo.

5. A teor do disposto no art. 8º da Lei de Execuções Fiscais, o executado será citado para no prazo de cinco dias pagar a dívida ou garantir a execução, que poderá se dar por meio de nomeação de bens à penhora, observada a ordem do art. 11. Por seu turno, o artigo 11, da Lei nº 6.830/80 determina que a penhora ou arresto obedeça à seguinte ordem: 1- dinheiro; 2- títulos da dívida pública ou de crédito que tenham aceitação no mercado; 3- pedras e metais preciosos; 4- imóveis; 5- navios e aeronaves; 6- veículos; 7- móveis ou semoventes; e, 8- direitos e ações.

6. A agravante indicou à penhora bens imóveis situados em Francisco Beltrão - PR, localidade diversa daquela em que se processa a execução fiscal, possibilitando, assim, a recusa por parte do exequente. Precedentes do E. STJ e desta C. Turma.

Alegamos embargantes a existência de omissão na decisão embargada, posto que proferida "sem considerar que foram indicados à penhora os próprios bens dados em garantia no contrato exequendo" e que esta omissão "acarretou a negativa de vigência ao artigo 489, IV do CPC".

Argumentam que "no momento em que os bens foram dados em garantia, ocorreu a alteração da ordem legal de nomeação(o bem dado em garantia passou para o primeiro lugar da lista de preferência), por expressa disposição do artigo 835, §3º. do CPC".

Alertam que não foi observado que "o contrato exequendo estabelecia uma garantia real (os imóveis indicados à penhora)".

Prequestionam a aplicabilidade do artigo 835, §3º. do CPC.

A embargada UNIÃO FEDERAL apresentou resposta, pugnano pela sua rejeição.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017933-46.2018.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: OVETRIL OLEOS VEGETAIS LTDA, ALFREDO ERVINO SCHOLL, MARIA LUCIA OKADA SCHOLL, WERNER ADOLFO ALTENBURGER, ERICA MARIA ALTENBURGER, MARLENE ANTONIA SCHOLL BARBIERI, SERGIO BARBIERI, OVETRIL AGROPECUARIA LTDA - ME, SIPAL INDUSTRIA COMERCIO E AGROPECUARIA, AGROINDUSTRIAL MARINGÁ LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALCEU CONCEICAO MACHADO NETO - PR32767-A, PRISCILA ESPERANCA PELANDRE - PR45941, ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE LUIZ BONAT CORDEIRO - PR25697-A

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, padecem de razão os embargantes, posto que, na hipótese, executam-se tributos inadimplidos, não havendo "contrato exequendo", no qual, eventualmente, tenha se dado imóvel em garantia, que justificasse a aplicação do art. 835, § 3º, CPC.

Caráter de prequestionamento, como acesso aos tribunais superiores.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – ART. 835, § 3º, CPC – EXECUÇÃO FISCAL – COBRANÇA DE TRIBUTOS – EMBARGOS REJEITADOS.

1. Na hipótese, executam-se tributos inadimplidos, não havendo “contrato exequendo”, no qual, eventualmente, tenha se dado imóvel em garantia, que justificasse a aplicação do art. 835, § 3º, CPC.

2. Caráter de prequestionamento, como acesso aos tribunais superiores.

3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004442-35.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: COMPANHIA NACIONAL DE BEBIDAS NOBRES

Advogados do(a) AGRAVANTE: TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004442-35.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: COMPANHIA NACIONAL DE BEBIDAS NOBRES

Advogados do(a) AGRAVANTE: TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por COMPANHIA NACIONAL DE BEBIDAS NOBRES em face de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXECUÇÃO FISCAL - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

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

2. *Dispõe a Lei nº 6.830/80: "Art. 3º. A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.*

3. *Destaca-se a Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça: 'A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória'.*

Alega a embargante a existência de omissão no acórdão embargado, “ao não serem analisados os argumentos aduzidos na exceção e os documentos que a acompanharam, os quais, por si só, demonstram a ocorrência da prescrição em face dos débitos ora exigidos”.

Alerta que a própria embargada não se manifestou acerca da necessidade de produção de novas provas, limitando-se a debater o que já foi demonstrado na exceção.

Invoca a Súmula 393/STJ.

Defende que a alegação de prescrição não depende de dilação probatória.

Requer o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes.

A embargada UNIÃO FEDERAL apresentou resposta, pugando pela sua rejeição.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004442-35.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

AGRAVANTE: COMPANHIA NACIONAL DE BEBIDAS NOBRES

Advogados do(a) AGRAVANTE: TULLIO VICENTINI PAULINO - SP225150-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A, CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, cumpre ressaltar a tempestividade dos presentes aclaratórios.

Quanto ao mérito, ao contrário do sustentado pela embargante, o voto condutor apreciou a alegação de prescrição do crédito tributário, afastando-a, nos seguintes termos:

A análise dos elementos constantes do processo, conforme destacado pelo Juízo de origem, o “crédito em cobro nestes autos permaneceu suspenso de 14/11/2009 a 24/01/2014 (fls. 154), período em que houve adesão a parcelamento administrativo pela devedora, restando, desta forma, plenamente tempestivos, quer o ajuizamento da execução fiscal, quer o despacho ordinatório da citação do devedor; fatos ocorridos, respectivamente, aos 02/03/2016 (fls. 02) e 09/03/2016 (fls. 24)” – ID 34638926. Durante o tempo em que o parcelamento esteve vigente entre as partes, a exigibilidade do crédito estava suspensa e como consequência a interrupção do prazo prescricional, por força do artigo 151, VI e artigo 174, IV do CTN.

Com efeito, não se verifica o transcurso de lapso superior a cinco anos desde a última causa interruptiva da prescrição.

Destarte, inexistente a omissão alegada.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – INOCORRÊNCIA-PRESCRIÇÃO – APRECIACÃO – EMBARGOS REJEITADOS.

1. Ao contrário do sustentado pela embargante, o voto condutor apreciou a alegação de prescrição do crédito tributário, afastando-a, nos seguintes termos: “A análise dos elementos constantes do processo, conforme destacado pelo Juízo de origem, o “crédito em cobro nestes autos permaneceu suspenso de 14/11/2009 a 24/01/2014 (fls. 154), período em que houve adesão a parcelamento administrativo pela devedora, restando, desta forma, plenamente tempestivos, quer o ajuizamento da execução fiscal, quer o despacho ordinatório da citação do devedor; fatos ocorridos, respectivamente, aos 02/03/2016 (fls. 02) e 09/03/2016 (fls. 24)” – ID 34638926. Durante o tempo em que o parcelamento esteve vigente entre as partes, a exigibilidade do crédito estava suspensa e como consequência a interrupção do prazo prescricional, por força do artigo 151, VI e artigo 174, IV do CTN. Com efeito, não se verifica o transcurso de lapso superior a cinco anos desde a última causa interruptiva da prescrição.”

2. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000561-24.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ITUBOMBAS LOCACAO, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITUBOMBAS LOCACAO, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) APELADO: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000561-24.2017.4.03.6110

RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS

APELANTE: ITUBOMBAS LOCACAO, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITUBOMBAS LOCACAO, COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.

Advogado do(a) APELADO: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária, tida por ocorrida, e de recursos de apelação interpostos por ambas as partes em face da sentença que concedeu parcialmente a segurança para declarar o direito da impetrante **ITUBOMBAS LOCAÇÃO, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA** à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e ao COFINS, bem como à repetição dos valores indevidamente recolhidos, nos cinco últimos anos anteriores à impetração, por meio de restituição ou compensação, a serem requeridas administrativamente.

O Juízo *a quo* julgou extinta a ação com julgamento do mérito, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, para tão-somente autorizar a impetrante a recolher a contribuição ao PIS e COFINS sem a inclusão do ICMS em sua base de cálculo, a partir da data da concessão da medida liminar. Por fim, julgou improcedente o pedido de compensação.

Em suas razões de apelação, a União sustentou, em síntese, que:

- a) ainda há pedido pendente da PGFN de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706, que concluiu ser indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo de PIS e Cofins – o que justifica a **suspensão do processo** até o julgamento dos embargos declaratórios;
- b) a base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS está definida em lei, que, em momento algum determinou a exclusão do valor do ICMS;
- c) o ICMS compõe o valor da atividade que gera receita ao contribuinte, não havendo como dissociá-lo dos ingressos havidos a título de faturamento;
- d) o conceito de receita bruta compreende, entre outros, os próprios tributos incidentes;
- e) por compor o custo do produto, o tributo indireto acaba por ser agregado em seu preço.

A impetrante apelou, requerendo a reforma na sentença, no que tange à data da declaração do direito de compensar os valores indevidamente recolhidos, que devem ser contados a partir dos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da demanda e não a partir da data da concessão da medida liminar, como constou da r. sentença.

Com contrarrazões, subiram os autos a essa E. Corte Regional.

O Ministério Público Federal, em manifestação do e. Procurador Regional da República, LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, deixou de exarar parecer por entender que a situação descrita nos autos não se enquadra nos direitos individuais indisponíveis, tutelados pelo *parquet*.

É o sucinto relatório.

srevi

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000561-24.2017.4.03.6110
RELATOR: Gab. 09 - DES. FED. NELTON DOS SANTOS
APELANTE: ITUBOMBAS LOCAÇÃO, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ITUBOMBAS LOCAÇÃO, COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GABRIELA FREIRE NOGUEIRA - SP213692-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Senhora Juíza Federal Convocada Denise Avelar (Relatora):

O ceme da presente controvérsia gravita em torno do pleito da impetrante acerca do reconhecimento judicial que declare seu direito à exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo das contribuições devidas a título de PIS e COFINS, bem como à declaração do direito de efetuar a compensação tributária dos valores recolhidos indevidamente nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Pois bem.

No caso em análise, face à sentença concessiva, em parte, de segurança contra a União, por força do disposto no §1º do art. 14, da Lei 12.016/2009, reconheço a hipótese da obrigatoriedade ao duplo grau de jurisdição, com a análise da remessa necessária.

Preliminarmente, no que toca ao pedido de sobrestamento do feito, realizado pela União, uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.

Quanto ao mérito, assiste razão à parte impetrante.

A questão não carece de maiores debates, haja vista que em sessão plenária do dia 15.03.2017 foi julgado o RE nº 574.706/RS, que trata do tema atinente à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob a sistemática da repercussão geral (artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973), nos seguintes termos:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Carmen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Nesta assentada o Ministro Dias Toffoli aditou seu voto. Plenário, 15.3.2017."

(RE 574706 RG, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 15/03/2017, DJe-053 DIVULG 17-03-2017 PUBLIC 20-03-2017)

Reforce-se a esse quadro que em 29.09.2017 foi disponibilizada a ementa do aludido acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

Em suma, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como a do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a exclusão da parcela relativa ao ICMS da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, confira-se:

"TRIBUTO - BASE DE INCIDÊNCIA - CUMULAÇÃO - IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alhívio a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS - BASE DE INCIDÊNCIA - FATURAMENTO - ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento." (RE 240785, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2014, DJe-246 DIVULG 15-12-2014 PUBLIC 16-12-2014 EMENT VOL-02762-01 PP-00001)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Conquanto a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido."

(AgRg no AREsp 593.627/RN, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 07/04/2015)

Cumpra asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

Na verdade, o ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Neste sentido é a jurisprudência desta Corte Regional e desta Terceira Turma, veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. ICMS. INCLUSÃO. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se, atualmente, consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme constou do Boletim de Notícias do Supremo Tribunal Federal nº 762 de 06 a 11 de Outubro de 2014 (RE 240.785-2/MG).

2. Embargos infringentes desprovidos."

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI 0000266-78.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, julgado em 04/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/11/2014)

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. INCLUSÃO DO ICMS e DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESCABIMENTO.

Questiona-se a inclusão na base de cálculo da COFINS e do PIS da parcela referente ao ISS e ao ICMS.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785-MG, sinaliza no sentido da impossibilidade de cômputo do valor do ICMS na base de cálculo da COFINS, afastando o entendimento sumulado sob o nº 94 do STJ que prescrevia que "A parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do FINSOCIAL."

Destarte, aplicando-se o entendimento do qual compartilho, indevida a inclusão do ISS e ICMS na base de cálculos das contribuições ao PIS e COFINS.

Apelação provida."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0015768-18.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 03/04/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/04/2014)

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DUPLO AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. VALIDADE. APROVEITAMENTO DO TÍTULO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Consolidada a jurisprudência da Suprema Corte, a quem cabe o exame definitivo da matéria constitucional, no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, conforme RE 240.785, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 16/12/2014.

2. A orientação no plano constitucional, a partir do precedente citado, foi adotada, recentemente, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, em que se afastou, inclusive, a incidência das respectivas Súmulas 68 e 94, conforme AgRg no ARESP 593.627, Rel. p/ acórdão Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 07/04/2015.

3. Embora cabível excluir o ICMS da base de cálculo das contribuições, não se reconhece a nulidade da execução fiscal, que deve prosseguir pelo saldo efetivamente devido, não se cogitando, de extinção da execução fiscal, na conformidade da jurisprudência consolidada.

4. Agravos inominados desprovidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0030027-53.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 21/05/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/05/2015)

Reconheço, portanto, o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela.

Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 15/03/2017 e, conforme jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgada sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, confira-se:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. **REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA.** LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EMSEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A compensação, posto modalidade extintiva do crédito tributário (artigo 156, do CTN), exsurge quando o sujeito passivo da obrigação tributária é, ao mesmo tempo, credor e devedor do erário público, sendo mister, para sua concretização, autorização por lei específica e créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do contribuinte para com a Fazenda Pública (artigo 170, do CTN).

2. A Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, ato normativo que, pela vez primeira, versou o instituto da compensação na seara tributária, autorizou-a apenas entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal (artigo 66).

3. Outrossim, a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996, na Seção intitulada "Restituição e compensação de Tributos e Contribuições", determina que a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal (artigo 73, caput), para efeito do disposto no artigo 7º, do Decreto-Lei 2.287/86.

4. A redação original do artigo 74, da Lei 9.430/96, dispõe: "Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração".

5. Conseqüentemente, a autorização da Secretaria da Receita Federal constituía pressuposto para a compensação pretendida pelo contribuinte, sob a égide da redação primitiva do artigo 74, da Lei 9.430/96, em se tratando de tributos sob a administração do aludido órgão público, compensáveis entre si.

6. A Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002 (regime jurídico atualmente em vigor) sedimentou a desnecessidade de equivalência da espécie dos tributos compensáveis, na esteira da Lei 9.430/96, a qual não mais albergava esta limitação.

7. Em consequência, após o advento do referido diploma legal, tratando-se de tributos arrecadados e administrados pela Secretaria da Receita Federal, tornou-se possível a compensação tributária, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações, mediante a entrega, pelo contribuinte, de declaração na qual constem informações acerca dos créditos utilizados e respectivos débitos compensados, termo a quo a partir do qual se considera extinto o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, que se deve operar no prazo de 5 (cinco) anos.

8. Deveras, com o advento da Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001, que acrescentou o artigo 170-A ao Código Tributário Nacional, agregou-se mais um requisito à compensação tributária a saber: "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial."

9. Entretanto, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (REsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

12. Ausência de interesse recursal quanto à não incidência do art. 170-A do CTN, porquanto: a) a sentença reconheceu o direito da recorrente à compensação tributária, sem imposição de qualquer restrição; b) cabia à Fazenda Nacional alegar, em sede de apelação, a aplicação do referido dispositivo legal, nos termos do art. 333, do CPC, posto fato restritivo do direito do autor, o que não ocorreu in casu; c) o Tribunal Regional não conheceu do recurso adesivo da recorrente, ao fundamento de que, não tendo a sentença se manifestado a respeito da limitação ao direito à compensação, não haveria sucumbência, nem, por conseguinte, interesse recursal.

13. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, verbis: "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior."

14. Conseqüentemente, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. (Precedentes da Corte: AgRg no REsp 858.035/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 17/03/2008; REsp 935.311/SP, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 764.526/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 07/05/2008; REsp 416154, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 25/02/2004; REsp 575.051, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 28/06/2004).

15. A revisão do critério adotado pela Corte de origem, por equidade, para a fixação dos honorários, encontra óbice na Súmula 07 do STJ. No mesmo sentido, o entendimento sumulado do Pretório Excelso: "Salvo limite legal, a fixação de honorários de advogado, em complemento da condenação, depende das circunstâncias da causa, não dando lugar a recurso extraordinário." (Súmula 389/STF). (Precedentes da Corte: EDcl no AgRg no REsp 707.795/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 16/11/2009; REsp 1000106/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 11/11/2009; REsp 857.942/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009; AgRg no Ag 1050032/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

16. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

Destarte, conforme a jurisprudência acima colacionada e, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Cumprе ressaltar que a compensação requerida nos presentes autos **não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias**, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 26 DA LEI N. 11.457/07. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, é impossível a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida pelo art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1469537/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2014, DJe 24/10/2014)

Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, veja-se:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDCI no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (i) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (ii) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (iii) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (iv) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (v) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (vii) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (viii) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (ix) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (x) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (xi) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. O prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/05 (09.06.2005), nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando rejeitados por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.") (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009).

7. Outrossim, o artigo 535, do CPC, resta incólume quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1112524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010)

Finalmente, o termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, que ora colaciono:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNBEN. REPETIÇÃO DE INDEBITO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. TERMO INICIAL. APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 9.250/95. DESDE O RECOLHIMENTO INDEVIDO. SÚMULA 83/STJ

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Nas ações de restituição de tributos federais, antes do advento da Lei 9.250/95, incide a correção monetária desde o pagamento indevido (no caso, no momento da indevida retenção do IR) até a restituição ou a compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros moratórios a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), na forma do art. 167, parágrafo único, do CTN.

3. Ocorre que, com o advento do referido diploma, passou-se a incidir a Taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou a partir de 1º de janeiro de 1996 (caso o recolhimento tenha ocorrido antes dessa data).

Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no AREsp 536.348/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 04/12/2014)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação da União, **dou parcial provimento** à apelação da impetrante para reconhecer seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda e **dou parcial provimento** à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR A COMPENSAÇÃO PLEITEADA COM AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECURSO DE APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDO EM PARTE. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da impetrante à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

3. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

4. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo nanto da coisa julgada desde 23.02.2015.

5. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

6. O ICMS não tem natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

7. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas até o ajuizamento da demanda, que ocorreu em 15/03/2017.

9. Cumpre asseverar que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias.

10. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

11. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

12. Recurso de apelação da União desprovido; recurso de apelação da parte impetrante parcialmente provida e remessa necessária parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União, deu parcial provimento à apelação da impetrante para reconhecer seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente demanda e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a impossibilidade de realizar a compensação pleiteada com as contribuições previdenciárias, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011202-49.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011202-49.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta pela NESTLÉ BRASIL LTDA.

A r. sentença julgou improcedentes os embargos à execução.

Em grau de apelação, busca-se a reforma da r. sentença ao argumento de que ocorreu cerceamento de defesa diante do indeferimento do pedido de produção de prova pericial; a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado; a inocorrência de violação da regulamentação vigente ou qualquer prejuízo aos clientes da Apelante, bem como diante da ausência de motivação e fundamentação da decisão administrativa para que fosse aplicada penalidade de multa em valor arbitrário e excessivo, reconhecendo a ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e afastando a penalidade de multa imposta. Caso assim não se entenda, seja determinada a redução do valor aplicado a título de multa.

É o Relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011202-49.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos, como no caso.

Ressalte-se, ainda, que a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo *INMETRO* seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

Quanto ao mérito, a Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

No caso vertido, conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

Ressalte-se, ainda, que é legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

Ademais, não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram os prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

Prosseguindo, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

No caso dos autos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

A r. sentença, portanto, não merece qualquer reparo.

Por fim, trago à colação julgados desta C. Turma Julgadora, que já enfrentou a questão posta em casos análogos envolvendo inclusive as mesmas partes ora litigantes, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA APLICADA PELO INMETRO. PESO DO PRODUTO DIVERGENTE DO INDICADO NA EMBALAGEM. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. AUTO DE INFRAÇÃO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE MULTA QUE RESPEITA OS LIMITES DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. Cabe precipuamente ao Magistrado, na condição de destinatário da prova, a avaliação quanto à sua pertinência. A respeito, prescreve o artigo 370 do Código de Processo Civil que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo.

2. Ainda que assim não fosse, o julgamento antecipado da lide não implicou cerceamento de defesa, porquanto a avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada. O conflito de interesses envolveu um lote específico, no qual as garantias processuais do fabricante devem se concentrar.

3. A ausência de menção da data de fabricação e do lote não gera a nulidade do auto de infração. O ato ilícito recebeu descrição clara e foi antecedido de instrução procedimental prévia, que detalhou todas as mercadorias em discordância com a metrologia legal – diferença entre o peso nominal e o real.

4. A apelante foi intimada do auto de infração, ofertando defesa administrativa, e foi intimada da perícia técnica, ostentando plenas condições de conhecer os produtos considerados irregulares e de exercer na plenitude as garantias da ampla defesa e do contraditório.

5. Quanto às demais alegações de nulidade do auto de infração tenho que também não procedem. Com efeito, não há qualquer exigência legal no sentido de que o AI deva conter informações específicas acerca dos produtos e das amostras coletados, as quais, contudo, podem ser obtidas pela simples leitura da perícia técnica, da qual, ressalta-se, foi intimada a acompanhar.

6. No que diz respeito à pena aplicada, não verifico nenhum abuso capaz de ensejar a atuação do Poder Judiciário, a qual somente é legítima quando caracterizada ilegalidade na atividade discricionária da Administração.

7. No caso, a multa não extrapolou os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, diante da constatação de que a empresa reincide na prática e a simples possibilidade de prejuízo a um número indeterminado de consumidores já inspira gravidade (artigo 9º, §1º e §2º, da Lei nº 9.933/1999).

8. É de se notar que os critérios para graduação da pena de multa estão suficientemente previstos nos parágrafos 1º a 3º do próprio artigo 9º da Lei 9.933/99, de modo que eventual regulamento não poderia de qualquer modo desbordar o disposto no artigo 9º, o qual por si só basta para a quantificação da penalidade.

9. Veja-se que a multa foi aplicada no valor de R\$15.000,00, enquadrando-se, pois, nos padrões elencados pelo art. 9º, caput, da Lei 9.933/99.

10. Se de fato a multa não foi aplicada no mínimo, é inegável estar muito aquém do máximo, não se revelando desproporção entre a infração apontada e o valor de multa fixado, tampouco ilegalidade ante a divergência de valores aplicados em casos análogos eis que, repise-se, foram observados os padrões legais aplicáveis.

11. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001064-23.2019.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. Caso em que a empresa-embargante sofreu a autuação administrativa em decorrência da divergência do peso constante na embalagem do produto e o apurado pela fiscalização. Alegação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa afastada. A realização de perícia sobre produtos semelhantes coletados na fábrica é irrelevante para o deslinde da controvérsia. Isso porque a perícia recairia sobre lotes de épocas diferentes, os quais não poderiam servir como parâmetro para invalidar a perícia do INMETRO sobre os produtos recolhidos nos pontos de venda em data pretérita. A apelante não logrou bom êxito em comprovar qualquer mácula na perícia administrativa que concluiu pela divergência de peso nos produtos indicados no laudo, bem como não apontou concretamente qualquer erro no procedimento adotado pelo INMETRO que pudesse enfraquecer as conclusões dos laudos produzidos pela autoridade administrativa, conclusivos no sentido de reprovar os produtos. O ato administrativo é revestido pela presunção de veracidade e legitimidade. Referida presunção não é absoluta, uma vez que pode ser afastada caso sejam trazidos elementos probatórios suficientes para comprovar eventual ilegalidade. No caso dos autos, não se trata de atribuir à perícia administrativa valor absoluto, mas, de outro modo, de constatar que a autuada não trouxe elementos robustos capazes de infirmar tal presunção. De acordo com o que restou apurado pela fiscalização, a autora é fabricante de produto reprovado no critério médio e no critério individual por divergência entre o peso encontrado e o que consta na embalagem, violando, pois, a legislação metroológica acerca da matéria. A violação aos direitos consumeristas atrai a responsabilidade objetiva e solidária do fabricante por vícios de quantidade dos produtos, nos termos do art. 18 do CDC. Tratando-se de responsabilidade objetiva, descabe fazer incursão no elemento subjetivo do fabricante, ou seja, se teve culpa ou dolo no tocante ao vício do produto verificado pela autoridade. Mesmo porque a responsabilização marcada por sua natureza solidária inviabiliza que sejam acolhidas as alegações da fabricante no sentido de existir a possibilidade de o vício ter se originado no transporte ou acondicionamento do produto. É dever do fabricante adotar as medidas adequadas para assegurar que o produto chegue ao consumidor com o peso indicado na embalagem. Por esse motivo, é possível que as amostras sejam colhidas fora do estabelecimento do fabricante, pois a fiscalização deve, de fato, recair sobre todas as fases da comercialização. O produto está sujeito a perdas previsíveis inerentes ao transporte e acondicionamento, a infração se configura diante da omissão do fabricante em diligenciar que ao curso da cadeia de fornecimento seja preservada a fidelidade quantitativa da mercadoria em que após sua marca. Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais. Além do caráter punitivo e repressivo no caso da ocorrência da infração, a multa também possui viés preventivo no que se refere à coerção sobre o comportamento do fabricante dos produtos para que observe a legislação protetiva ao consumidor. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001210-98.2018.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 02/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/04/2020)

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DIVERGÊNCIA ENTRE PESO REAL E PESO NOMINAL. REPROVAÇÃO DO PRODUTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADES NA PERÍCIA ADMINISTRATIVA. VALOR DA MULTA APLICADA DENTRO DOS LIMITES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1.O Código de Processo Civil prevê que ao juiz é dado decidir acerca das provas que julga necessárias ao deslinde de mérito do processo, vez que destinatário da prova, de modo que cabe ao Juízo a avaliação quanto à sua pertinência. Não se pode falar em cerceamento de defesa, ademais, quando o embargante não oferece nenhum elemento de convicção a fim de deixar clara a imprescindibilidade da prova pericial para o julgamento dos embargos.

2.A avaliação das amostras atuais não asseguraria que aquela verificada pelo INMETRO seguiu a regulamentação técnica, especificamente a exatidão da quantidade encontrada, já que referente a um lote específico.

3.A Lei n. 5.966/73 instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais. Criando, também o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema. Define, ainda, referida lei e suas posteriores alterações legislativas, as infrações ao sistema, o infrator e as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

4.Conforme documentos juntados, ficou constatado que a reprovação dos produtos da Embargante em exame quantitativo, por possuírem peso divergente ao indicado na embalagem.

Válida, portanto, a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista nos arts. 1º e 5º, da Lei nº 9933/99 a.a. Portaria do INMETRO 248/2008.

5.É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

6.Não há qualquer nulidade no que tange ao preenchimento dos formulários, já que obedeceram ao prescritos no art. 7º da Resolução 8/2006 do CONMETRO.

7.A sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

8.Quanto à fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais.

9.A multa aplicada se encontra dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, que dispõe em seu § 1º, ainda, que a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

10. Apelação improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003253-33.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: TECFLUX LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003253-33.2017.4.03.6130

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: TECFLUX LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Tecflux Ltda., em 12 de dezembro de 2017, contra ato do Delegado da Receita Federal do Brasil em Osasco, com o escopo de obter provimento jurisdicional que afaste a cobrança do adicional de 1% da COFINS-Importação, bem como declare o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos monetariamente pela Taxa SELIC, com parcelas vincendas de quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 960.678,90 (novecentos e sessenta mil, seiscentos e setenta e oito reais, e noventa centavos). Com a inicial, acostou documentos.

A impetrante alega que por ser a COFINS uma contribuição destinada exclusivamente ao financiamento da seguridade social, a COFINS-Importação não poderia ser utilizada como instrumento de controle da balança comercial/proteção dos produtos nacionais.

Outrossim, sustenta que a exigência do adicional de 1% afronta os compromissos assumidos perante o Acordo Geral de Tarifas e Comércio - GATT, para promoção da redução de obstáculos às trocas entre as nações, em particular, as tarifas e taxas aduaneiras entre seus membros signatários.

Defende, ainda, que a Medida Provisória nº 794/2017, por meio de sucessivas revogações, reinstalou tributo aos importadores, deixando de observar o princípio da anterioridade estabelecido pelo artigo 195, § 6º da Constituição Federal.

A União (Fazenda Nacional) requereu o ingresso no feito, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09 (ID 72892499).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 72892508).

Deferida parcialmente a liminar pleiteada (ID 72892509), para determinar que a exigibilidade do adicional de 1% da COFINS-Importação, em decorrência do restabelecimento pela Medida Provisória nº 794/2017, observe o princípio da anterioridade nonagesimal.

O Ministério Público Federal alegou a inexistência de interesse público a justificar sua manifestação quanto ao mérito da lide. (ID 72892514).

Foi proferida sentença concedendo parcialmente a segurança pleiteada (ID 72892517), para determinar que a exigibilidade do adicional de 1% da COFINS-Importação, em decorrência do restabelecimento pela Medida Provisória nº 794/2017, observe o princípio da anterioridade nonagesimal. Sem condenação em honorários. Custas *ex lege*. Decisão submetida ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a impetrante (ID 72892523), tempestivamente, pugrando pela reforma da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos.

Com contrarrazões (ID 72892585), vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo prosseguimento do feito (ID 88797822).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003253-33.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: TECFLUX LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: PAULO ROBERTO VIGNA - SP173477-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O artigo 149, §2º, inciso II, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003, atribuiu competência à União Federal para a instituição de contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços. Vejamos:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

(...)

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

(...)

II - incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

(...)

Neste passo, o artigo 195 da Carta Magna, ao tratar do financiamento da seguridade social, incluiu entre as possíveis fontes de recurso as contribuições sociais do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. Confira-se:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

(...)

Foi editada, então, a Medida Provisória nº 164/2004, que estabeleceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as operações de importação, sendo convertida na Lei nº 10.865/2004, cujo artigo 8º, inciso II, determinou a incidência da alíquota de 7,6% para a COFINS-Importação.

O adicional na alíquota da COFINS-Importação foi instituído pela Medida Provisória nº 540/2011 (art. 21), convertida na Lei nº 12.546/2011 (art. 21), visando à neutralidade e simetria na tributação do produto nacional e do importado, como se verifica do excerto da exposição de motivos da MP nº 540/2011, *in verbis*:

33. Por fim, propõe-se instituir adicional na alíquota da COFINS-Importação para os produtos que especifica.

34. Foi instituída contribuição sobre o faturamento de segmentos econômicos específicos, ou seja, os produtos vendidos no mercado interno passaram a ter o preço onerado, o que reduz a competitividade face aos mesmos produtos quantos importados.

35. Desta forma, a medida proposta trata da criação de adicional da COFINS-Importação sobre produtos específicos, correlatos àqueles já onerados no mercado interno. Entre os produtos importados sobre os quais deverá incidir o adicional estão os calçados, indústria de confecções e móveis.

36. A medida proposta se alinha à alteração na sistemática de tributação da nova contribuição incidente sobre os setores mencionados, a qual será exigida com base na receita auferida pelas empresas, ao invés da folha de salários. Assim, por simetria, passa-se a exigir o adicional da COFINS-Importação nas operações de importação destes mesmos produtos.

A Medida Provisória nº 563/2012 (art. 43), convertida na Lei nº 12.715/2012 (art. 53), por sua vez, alterou o § 21, do artigo 8º, da Lei nº 10.865/2004, instituindo o adicional de 1% sobre a alíquota da COFINS, relativa à importação dos bens relacionados no anexo da Lei nº 12.546/2011.

Note-se que as alterações das alíquotas da COFINS-Importação foram determinadas por critérios de extrafiscalidade, visando igualar a situação entre produtos importados e seus similares nacionais, tendo em vista a pesada carga tributária que recai sobre os produtos do mercado interno, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

Neste sentido são os precedentes do e. Supremo Tribunal Federal que trago à colação, *ipsis litteris*:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. COFINS INCIDENTE SOBRE A IMPORTAÇÃO. VIOLAÇÕES À ISONOMIA E NÃO CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que a majoração da alíquota da COFINS-importação para determinados produtos não ofende, per se, a isonomia, tampouco há possibilidade de o contribuinte deduzir, no âmbito do regime não cumulativo, o crédito adicional de 1% equivalente à alíquota majorada da COFINS-importação. Precedentes.

2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(ARE 1152074 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 07-05-2019 PUBLIC 08-05-2019)

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. COFINS-Importação. Majoração da alíquota em 1% Lei nº 12.715/2012. Lei Complementar. Desnecessidade. Princípio da Isonomia. Ausência de afronta. Orientação jurisprudencial consolidada no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida.

1. A instituição do adicional de 1% da COFINS-Importação, perpetrada pelo art. 8º, § 21, da Lei nº 10.865/2004, com a redação dada pelo art. 53 da Lei nº 12.715/2012, e direcionada a determinados setores da economia, prescindia de lei complementar, na esteira do que decidido no RE nº 559.937/RS, com repercussão geral reconhecida. É, portanto, plenamente constitucional a majoração da alíquota da contribuição por meio de lei ordinária.

2. A majoração da alíquota da COFINS-Importação para alguns produtos importados não caracteriza, por si só, violação do princípio da isonomia, tampouco afronta à norma do art. 195, § 9º, da Constituição. Possibilidade de tratamento diferenciado quando presente política tributária de extrafiscalidade devidamente justificada.

3. Agravo regimental não provido. Deixo de majorar os honorários advocatícios na forma do art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem.

(RE 969735 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 24/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017)

Tampouco prospera a alegada violação às disposições do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, uma vez que o princípio de não-discriminação não se aplica à COFINS-Importação, conforme entendimento esposado pela Segunda Turma do e. Superior Tribunal de Justiça no precedente abaixo colacionado:

TRIBUTÁRIO. COFINS-IMPORTAÇÃO. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA EM 1% § 21 DO ART. 8º DA LEI Nº 10.865/04. VIOLAÇÃO AO ART. 98 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282 DO STF. CLÁUSULA DE TRATAMENTO NACIONAL. ART. III DO GATT. NÃO APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AO PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. ENTENDIMENTO ADOTADO PELA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE NOS AUTOS DO RESP 1.437.172/RS. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. NÃO CUMULATIVIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DE CRÉDITO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Discute-se nos autos a legalidade ou não da majoração da alíquota de COFINS-Importação em 1% prevista no § 21 do art. 8º da Lei nº 10.865/04, com redação dada pela Lei nº 12.715/12, sem que haja o correspondente reconhecimento do direito ao crédito em etapa posterior em igual percentual, e se tal majoração implica tratamento desigual do produto estrangeiro em relação ao nacional, discriminação vedada pelo art. III do GATT que determina a igualdade de tratamento entre ambos os produtos.

2. O art. 98 do CTN não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem mesmo de forma implícita, o que impossibilita o conhecimento do recurso especial em relação a ele por ausência de prequestionamento. Incide, no ponto, a Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal.

3. A Segunda Turma desta Corte, na assentada de 15.9.2015, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.437.172/RS, Relator para acórdão, Min. Herman Benjamin, concluiu, por maioria, que a cláusula de "Obrigação de Tratamento Nacional" não se aplica ao PIS/COFINS-Importação, ressalvado meu entendimento pessoal em sentido contrário. Assim, despidendo a análise da existência efetiva de tratamento desvantajoso ao produto originário do exterior decorrente da majoração em 1% da alíquota da COFINS-Importação, visto que, ainda que se confirme tal desvantagem, não há que se falar em violação à referida cláusula, haja vista sua inaplicabilidade em relação às referidas contribuições.

4. O Tribunal de origem, ao interpretar o § 12 do art. 195 da Constituição Federal, concluiu pela possibilidade de concessão parcial do crédito de PIS/COFINS decorrente da não cumulatividade, tendo em vista que o referido dispositivo constitucional não estabeleceu a sistemática de compensação a ser aplicada em relação às referidas contribuições, diferentemente da não cumulatividade do ICMS e do IPI, na qual a compensação ocorre em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Dessa forma, não é possível a esta Corte conhecer do recurso especial no ponto, haja vista a índole constitucional que envolve o tema, cuja análise é da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1513436/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Melhor sorte não socorre a apelante, no que tange à alegada ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal.

Com efeito, a Medida Provisória nº 774/2017 (art. 2º, I) apenas suspendeu a vigência e eficácia do § 21, do artigo 8º, da Lei nº 10.865/2004, que voltou a produzir efeitos tal como antes, com a publicação da Medida Provisória nº 794/2017 (art. 1º, III), que revogou a MP nº 774/2017 antes que esta fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional, no prazo do § 3º, do artigo 62, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 32/2001, fazendo com que perdesse eficácia desde a sua edição.

Neste sentido são os precedentes desta Corte, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS-IMPORTAÇÃO. ADICIONAL DE 1% MP 774/2017. MP 794/2017. ANTERIORIDADE. ARTIGO 2º DA LINDB. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A questão controversa nos autos diz respeito à legalidade da cobrança do adicional de 1% referente à COFINS-importação, após a revogação da MP 774/2017 pela MP 794/2017.

2. Cumpre esclarecer, primeiramente, que a MP 774/2017 revogou o § 21 do artigo 8º da Lei 10.865/2004, ocasionando, todavia, não o término definitivo da cobrança do adicional, mas apenas a sua suspensão, até que fosse convertida em lei e, portanto, pudesse, de fato, provocar o fim da exação.

3. Entretanto, antes mesmo da conversão em lei da MP 774/2017, surgiu a MP 794/2017, que, por sua vez, procedeu à sua revogação, estabelecendo a situação anteriormente prevista.

4. Como bem esclareceu a impetrada em suas contrarrazões, a medida provisória não tem o condão de revogar lei, mas apenas de suspender sua vigência e eficácia, tanto que, caso a medida seja rejeitada, a lei anterior volta a produzir efeitos tais como antes.

5. Nesse prisma, não há falar em ofensa ao artigo 2º da LINDB, assim como também não há falar na necessidade de observância da anterioridade, já que não se trata de nova cobrança, mas tão somente do restabelecimento da cobrança suspensa pela medida provisória não convertida em lei e que, portanto, não produziu o efeito de revogação.

6. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005095-26.2017.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

TRIBUTÁRIO - COFINS-IMPORTAÇÃO - ADICIONAL DE ALÍQUOTA: LEGALIDADE - CREDITAMENTO: IMPOSSIBILIDADE.

1. A medida provisória 774/2017, não convalidada pelo Poder Legislativo, não produziu efeitos de revogação, mas de mera suspensão de eficácia da Lei Federal n.º 10.865/2004.

2. A revogação da Medida Provisória n.º 774/2017 pela Medida Provisória n.º 794/2017 ensejou, como efeito lógico, a manutenção do adicional.

3. O fato não caracteriza o instituto de repristinação da norma, vedado no ordenamento jurídico pátrio (artigo 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB).

4. Pelas mesmas razões, não há obrigatoriedade de observância da anterioridade nonagesimal.

5. Não há autorização legal para creditação da alíquota majorada da COFINS-Importação, nos termos da Lei Federal n.º 12.715/12.

6. O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditação tributário. Jurisprudência desta Corte.

7. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5007674-65.2018.4.03.6119, Rel. Juiz Federal Convocado LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 09/02/2020, Intimação via sistema DATA: 13/02/2020)

Prejudicada, pois, a questão referente à compensação.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da impetrante e dou provimento à remessa oficial, para denegar a segurança.

Sem condenação em verba honorária, a teor das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal, bem como do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL DE 1% DA COFINS-IMPORTAÇÃO. MEDIDAS PROVISÓRIAS NS. 774/17 E 794/17. OFENSA À ANTERIORIDADE NONAGESIMAL E À ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. AFRONTA ÀS DISPOSIÇÕES DO GATT. INEXISTÊNCIA.

1. O artigo 149, § 2º, inciso II, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003, atribuiu competência à União Federal para a instituição de contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços.

2. O artigo 195 da Carta Magna, ao tratar do financiamento da seguridade social, incluiu entre as possíveis fontes de recurso as contribuições sociais do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

3. Foi editada, então, a Medida Provisória nº 164/2004, que estabeleceu a incidência do PIS e da COFINS sobre as operações de importação, sendo convertida na Lei nº 10.865/2004, cujo artigo 8º, inciso II, determinou a incidência da alíquota de 7,6% para a COFINS-Importação.

4. O adicional na alíquota da COFINS-Importação foi instituído pela Medida Provisória nº 540/2011 (art. 21), convertida na Lei nº 12.546/2011 (art. 21), visando à neutralidade e simetria na tributação do produto nacional e do importado.

5. A Medida Provisória nº 563/2012 (art. 43), convertida na Lei nº 12.715/2012 (art. 53), por sua vez, alterou o § 21, do artigo 8º, da Lei nº 10.865/2004, instituindo o adicional de 1% sobre a alíquota da COFINS, relativa à importação dos bens relacionados no anexo da Lei nº 12.546/2011.

6. As alterações das alíquotas da COFINS-Importação foram determinadas por critérios de extrafiscalidade, visando igualar a situação entre produtos importados e seus similares nacionais, tendo em vista a pesada carga tributária que recai sobre os produtos do mercado interno, razão pela qual não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia.

7. Tampouco prospera a alegada violação às disposições do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, uma vez que o princípio de não-discriminação não se aplica à COFINS-Importação, conforme precedente do c. Superior Tribunal de Justiça.

8. Melhor sorte não socorre a apelante, no que tange à alegada ofensa ao princípio da anterioridade nonagesimal. A Medida Provisória nº 774/2017 (art. 2º, I) apenas suspendeu a vigência e eficácia do § 21, do artigo 8º, da Lei nº 10.865/2004, que voltou a produzir efeitos tal como antes, com a publicação da Medida Provisória nº 794/2017 (art. 1º, III), que revogou a MP nº 774/2017 antes que esta fosse convertida em lei pelo Congresso Nacional, no prazo do § 3º, do artigo 62, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 32/2001, fazendo com que perdesse eficácia desde a sua edição.

9. Apelação da impetrante não provida. Remessa oficial provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da impetrante e deu provimento à remessa oficial, para denegar a segurança, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002900-83.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIO DE TUBOS FERRO E ACO TEGIMALTA - EPP

Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002900-83.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIO DE TUBOS FERRO E AÇO TEGIMA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa oficial tida por interposta e apelação da União Federal (ID 124108346) em face do *decisum* que julgou o feito procedente.

No dia 15/03/2017, a empresa COMÉRCIO DE TUBOS, FERRO E AÇO TEGIMA LTDA. impetrou o presente mandado de segurança, contra ato praticado pelo Ilustríssimo Senhor Delegado de Administração Tributária da Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP, objetivando, em suma, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título. Deu-se à causa o valor de R\$ 10.000,00. Coma inicial, acostou documentos.

O juízo *a quo* adequou o valor da causa para R\$ 191.538,00 (ID 124108229).

Prestadas as informações pela autoridade impetrada (ID 124108337).

O órgão do Ministério Público Federal que funciona na primeira instância opinou pelo prosseguimento do feito (ID 124108340).

Sobreveio sentença que julgou o pedido procedente e concedeu a segurança, declarando indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito de a impetrante restituir/compensar os tributos nos cinco anos anteriores à propositura da ação (ID 124108341).

Sem condenação em honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Não resignada, apela a União Federal, pleiteando a reforma da sentença, em razão da alegada legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta corte (ID 124108349).

O *Parquet* pugna pelo prosseguimento da demanda, sem a sua intervenção (ID 127843664).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002900-83.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIO DE TUBOS FERRO E AÇO TEGIMA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: MARCELO MONZANI - SP170013-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Por primeiro, a despeito da sentença não ter sido submetida ao duplo grau de jurisdição, reconheço como tida por interposta a remessa oficial, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Observo, ainda, que não há como sobrestar o feito nesta fase processual, uma vez que os embargos de declaração opostos pela União no âmbito do RE 574.706/PR não são dotados de efeito suspensivo, assim como pelo fato do julgamento de precedente pela Suprema Corte pela sistemática da repercussão geral autorizar o imediato julgamento dos demais processos com o mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.

A esse respeito, o próprio STF vem devolvendo autos aos Tribunais de origem para aplicação do paradigma firmado, a despeito da inexistência do trânsito em julgado da decisão:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão assim ementado: "MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. CRÉDITOS PRESUMIDOS DE ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO. DESCABIMENTO. Tem o contribuinte o direito de não incluir créditos presumidos de ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, uma vez que esses créditos não constituem receita ou faturamento." O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 195, I, b, da CF. Sustenta, em essência, que "não há previsão legal de exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS". Em 21 de maio de 2015, determinei o sobrestamento do presente feito até o julgamento do RE 593.544-RG. Afasto o sobrestamento e passo à análise do recurso. Em que pese a decisão determinando o sobrestamento do presente recurso até o julgamento do Tema 504 da sistemática da repercussão geral, tenho que a controvérsia não se amolda ao paradigma, mas sim ao RE 835.818-RG (Tema 843), no qual será discutida à luz dos arts. 150, § 6º, e 195, I, b, da Constituição Federal, a possibilidade de excluir da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS os valores referentes a créditos presumidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal. Diante do exposto, com base no art. 328, parágrafo único, do RI/STF, determino o retorno dos autos à origem, a fim de que seja aplicada a sistemática de repercussão geral. Publique-se. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (RE 889424, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31/01/2020 PUBLIC 03/02/2020)

De outro lado, a controvérsia envolvendo a inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS da parcela referente ao ICMS não demanda maiores debates.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR - tema 69, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA, fixou a seguinte tese pela sistemática da repercussão geral:

"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"

(Acórdão publicado no DJE 02/10/2017, DJE nº 223, divulgado em 29/09/2017)

No mesmo sentido, colaciono a jurisprudência desta turma:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JULGAMENTO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL (RE Nº 574.706). ICMS - EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. COMPENSAÇÃO – PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS.

- 1. O mandado de segurança mostra-se adequado para se obter, do Poder Judiciário, a declaração do direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como do direito à compensação dos valores recolhidos a maior (Súmula nº 213 STJ). Reforma da sentença que extinguiu o feito aem julgamento do mérito. Análise do mérito da ação com fulcro no artigo 1.013, § 3º, I, do CPC.*
- 2. O STF pacificou a controvérsia referente ao ICMS, ao firmar a tese de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (RE nº 574.706/PR; Tema nº 69 da Repercussão Geral).*
- 3. A pacificação do tema, por meio de julgado proferido sob o regime da repercussão geral, impõe que as decisões proferidas pelos juízes e demais tribunais sigam o mesmo entendimento, máxime diante da disposição trazida pelo artigo 927, III, do Código de Processo Civil de 2015.*
- 4. A jurisprudência do STJ tem se pautado na possibilidade de julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático (Precedente: STJ; AgInt no AREsp 282.685/CE). A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apelo por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.*
- 5. Em suma: a pretensão de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS tem supedâneo em julgado proferido pelo STF em sede de repercussão geral.*
- 6. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.*
- 7. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.*
- 8. A compensação deverá observar a prescrição quanto aos valores pagos antes do quinquênio anterior à impetração (STF; RE nº 566.621/RS) e só poderá ser realizada após o trânsito em julgado destes autos, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Cabe acrescer que a compensação deve ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74, da Lei nº 9.430/1996, porém à exceção das contribuições sociais elencadas no artigo 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c" da Lei nº 8.212/1991 (conforme disposição do artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 11.457/2007). A atualização monetária dos valores pagos, por sua vez, deve ser realizada mediante aplicação da taxa Selic, nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/1995.*
- 9. Na presente ação apenas se declara a existência do direito do contribuinte (Súmula 213 do STJ). É na esfera administrativa que a compensação deve ser efetivada (artigo 74, § 1º, da Lei nº 9.430/1996), reservando-se à Administração o direito a ulterior verificação de sua plena regularidade, inclusive o encontro de contas (artigo 74, 2º, da Lei nº 9.430/1996).*
- 10. Para fins do simples reconhecimento/declaração do direito à compensação, entendo que os documentos colacionados aos autos são suficientes, pois demonstram a qualidade de contribuinte das exceções em apelo, assim também a "posição de credor tributário", nos termos do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n. 1365095/SP e n. 1715256/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe em 11/03/2019).*
- 11. Apelação da Impetrante provida."*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5022788-38.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 26/02/2020, Intimação via sistema DATA: 03/03/2020)

"TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO.

- 1. Primeiramente, resta prejudicado o pedido de suspensão do julgamento da presente demanda, haja vista que nos termos do art. 1.035, § 5º, do Código de Processo Civil, cabe ao relator dos autos no Supremo Tribunal Federal a determinação para que os processos nas instâncias inferiores resem sobrestados e, conforme pesquisa no endereço eletrônico daquela Corte, não há notícia de que tal suspensão tenha sido determinada.*
- 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse Tribunal Regional Federal da 3ª Região.*
- 3. A exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições em comento decorre da ausência de natureza jurídica de receita ou faturamento daquela parcela, uma vez que apenas representa o ingresso de valores no caixa da pessoa jurídica, que é obrigada a repassá-los ao Estado-membro.*
- 4. A superveniência da Lei nº 12.973/2014, que alargou o conceito de receita bruta, não tem o condão de alterar o entendimento sufragado pelo STF já que se considerou, naquela oportunidade, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, pois o ICMS não se encontra inserido no conceito de faturamento ou de receita bruta.*
- 5. Reconhecido o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS e respeitando-se a prescrição quinquenal, é assegurada ao autor a repetição dos valores recolhidos indevidamente, por meio de compensação ou restituição.*
- 6. A compensação deverá ser realizada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96 com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, observada a impossibilidade de compensação com contribuições previdenciárias. Precedentes do STJ.*
- 7. A taxa SELIC é o índice aplicável para a correção monetária, cujo termo inicial é a data do pagamento indevido. Precedentes do STJ.*
- 8. Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos."*

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5002835-88.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 21/02/2020, e - DJF 3 Judicial 1 DATA: 28/02/2020)

O próprio c. STJ alinhou seu entendimento ao quanto decidido pelo c. STF no bojo do RE 574.706/PR. Por oportuno, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO. RECENTE POSICIONAMENTO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 574.706/PR, REL. MIN. CARMEN LÚCIA). DECISÃO RECONSIDERADA.

- 1. Com o julgamento do RE n. 574.706/PR pelo Supremo Tribunal Federal, os autos foram devolvidos pela Vice-Presidência do STJ a esta relatoria em atenção ao disposto no art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, diante da necessidade de adequação do julgamento ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.*
- 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 574.706/PR, em repercussão geral, Relatora Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do Contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da Seguridade Social.*
- 3. Agravo interno provido em juízo de retratação, nos termos do art. 1.040 do CPC/2015. Embargos de divergência providos."*

(AgInt nos EREsp 1496581/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 03/12/2019)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ENTENDIMENTO FIXADO PELO STF NO RE 574.706/PR (REPERCUSSÃO GERAL). SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO, NA CORTE SUPREMA, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. MATÉRIA EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL.

- 1. A parte recorrente sustenta que o art. 1.022, II, do CPC/2015 foi violado, mas deixa de apontar, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. É inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia." Precedentes: REsp 1.728.921/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 24.10.2018; AgInt no REsp 1.738.778/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.9.2018; AgInt no AREsp 1.018.851/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27.9.2018; REsp 1.626.971/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 4.5.2018.*

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 574.706/PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS. É desnecessário aguardar a publicação do acórdão do recurso apreciado no STF, ou o julgamento dos Embargos de Declaração nela opostos, no rito da Repercussão Geral, para fins de julgamento de Recurso Especial no STJ. Precedentes: AgInt no RE nos EDcl no AgInt no REsp 1.355.713/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 29.6.2018; AgInt no REsp 1.742.075/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 20.8.2018; AgInt no REsp 1.341.049/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12.6.2018; EDcl no REsp 1.144.807/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 8.6.2018.

3. A Corte de origem não emitiu juízo de valor sobre os arts. 525, § 13, 926, 927, § 3º, 1.040 do CPC/2015, 27 da Lei 9.868/1999.

Perquirir, nesta via estreita, a ofensa às referidas normas legais, sem que se tenha explicitado a tese jurídica no juízo a quo, é frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. Ao ensejo, confira-se o teor da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". Precedentes: AgInt no AREsp 886.089/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 12.2.2019; AgInt no REsp 1.703.420/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.12.2018; AgInt no AREsp 1.237.571/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 25.9.2018; AgInt no REsp 1.693.829/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.2.2018; AgInt no AREsp 759.244/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 5.2.2018.

4. A matéria possui natureza eminentemente constitucional, não sendo possível sequer a apreciação do mérito do apelo nobre. O inconformismo da Fazenda Nacional, em última análise, diz respeito à definição de balizas para a aplicação do entendimento fixado pelo STF no RE 574.706/PR, o que compete apenas àquela Corte Superior.

5. Recurso Especial não conhecido."

(REsp 1833309/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 19/12/2019)

A propósito, a Primeira Seção do c. STJ, na sessão de 27/03/2019, ao julgar a Questão de Ordem nos REsp 1.624.297/RS, 1.629.001/SC e 1.638.772/SC, determinou o cancelamento das Súmulas 68 e 94 do Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, o ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Importante salientar que no julgamento do precedente qualificado (RE 574.706 - Tema 69/STF) o c. Supremo Tribunal Federal definiu com clareza que, por se tratar de mero ingresso de caixa, **todo o ICMS faturado** deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

A conclusão alcançada pela Ministra Relatora Carmen Lúcia espanca qualquer dúvida. Seu voto dispôs que o regime não cumulativo do ICMS (coma escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores) não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, possibilitando ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução. Cumpre transcrever trechos do voto condutor:

"Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

(...)

Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo que o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS. Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.

10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."

Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela. Trata-se, portanto, de critério material.

Por fim, faz jus a impetrante à restituição/compensação, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos 05 anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi impetrado em 15/03/2017.

Em relação especificamente ao pedido de compensação, sob a sistemática dos recursos repetitivos, o c. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, porquanto os novos preceitos normativos, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e não foi objeto de exame nas instâncias ordinárias, esbarrando no requisito do prequestionamento, viabilizador dos recursos extremos. Ainda assim, o c. STJ ressalva o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios. Vejamos:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. LEI 8.383/91. LEI 9.430/96. LEI 10.637/02. REGIME JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA DEMANDA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ART. 170-A DO CTN. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. HONORÁRIOS. VALOR DA CAUSA OU DA CONDENAÇÃO. MAJORAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

(...)

9. Entrementes, a Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que, em se tratando de compensação tributária, deve ser considerado o regime jurídico vigente à época do ajuizamento da demanda, não podendo ser a causa julgada à luz do direito superveniente, tendo em vista o inarredável requisito do prequestionamento, viabilizador do conhecimento do apelo extremo, ressalvando-se o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios (EREsp 488992/MG).

10. In casu, a empresa recorrente ajuizou a ação ordinária em 19/12/2005, pleiteando a compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS E COFINS com parcelas vencidas e vincendas de quaisquer tributos e/ou contribuições federais.

11. À época do ajuizamento da demanda, vigia a Lei 9.430/96, com as alterações levadas a efeito pela Lei 10.637/02, sendo admitida a compensação, sponte própria, entre quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, independentemente do destino de suas respectivas arrecadações.

(...)

17. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer o direito da recorrente à compensação tributária, nos termos da Lei 9.430/96. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

In casu, por se tratar de julgamento em instância ordinária, não há o óbice atinente ao requisito do prequestionamento, no qual se fundamentou o c. STJ no precedente retro. Contudo, de igual forma, tenho por inviável a apreciação da compensação à luz da legislação superveniente, uma vez que o preenchimento ou não das exigências das normas posteriores não foi objeto da causa de pedir, tampouco de contraditório.

Prosseguindo na análise dos referidos critérios, tenho que a remessa oficial tida por interposta merece parcial provimento, uma vez que a compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. CRÉDITOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL EXPRESSA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual incide contribuição previdenciária sobre o 13º salário proporcional pago em decorrência da dispensa do cumprimento do aviso prévio indenizado, porquanto tal verba integra o salário de contribuição. III - A orientação desta Corte é firme no sentido de que os valores recebidos a título de horas extras possuem natureza remuneratória sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. IV - É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 11.457/07.

Precedentes.

V - Não apresentados argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvemento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido.”

(AgInt no REsp 1661525/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Entretanto, tal qual fez o c. STJ no citado precedente julgado sob o regime dos recursos repetitivos, ressalvo o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios.

Destarte, embasado em alentada jurisprudência e, considerando a data do ajuizamento do *mandamus* em testilha, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, em consonância com o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Reconheço, ainda, a possibilidade de restituição administrativa dos tributos indevidamente recolhidos, nos termos do quanto decidido pelo c. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996.

4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. “O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que ‘o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado’. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos arts. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996” (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial.” - g.m.

(REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Os créditos da impetrante devem ser atualizados, desde a época do recolhimento indevido (Súmula STJ nº 162), na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal, com as alterações introduzidas pela Resolução nº 267/2013.

Esclareço que a taxa SELIC está prevista tanto na Resolução CJF nº 134/2010, como no Código Civil, tratando-se de índice legal que engloba a correção monetária e os juros de mora. Insta salientar, que o termo inicial para incidência de juros de mora ocorrerá, necessariamente, quando já houver a incidência da taxa SELIC a título de correção monetária.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, apenas para determinar que a compensação não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/1991, nos termos acima descritos.

É como voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Cuida-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de afastar a inclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, tendo a impetrante postulado o direito “ao ressarcimento e/ou direito de compensação tributária” dos valores indevidamente recolhidos a esse título (ID 124108220).

A sentença recorrida concedeu a segurança, reconhecendo o direito da impetrante à restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título nos últimos 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O termo “restituir” empregado no dispositivo não foi qualificado, isto é, não restou expresso se tal restituição se dará administrativamente ou na via judicial, mediante expedição por precatório.

A restituição administrativa, em espécie, mostra-se reservada às situações em que o pagamento indevido ou a maior do que o devido se encontra anparado em decisão emanada da própria administração tributária.

No caso em exame, o indébito tributário não resulta de pedido formulado em âmbito administrativo, hipótese em que seria possível a restituição na via administrativa.

Tratando-se de indébito reconhecido por decisão judicial, o direito de crédito respectivo só pode ser satisfeito mediante compensação, a ser operada na via administrativa, ou restituição, a ser efetivada em âmbito judicial, mediante expedição de precatório.

Não é admitido que o contribuinte solicite a restituição no âmbito administrativo, porque isso feriria a ordem de pagamento prevista no art. 100 da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional regula os pagamentos efetuados pelas Fazendas Públicas, decorrentes de execução de sentenças judiciais, que deverá ser efetuada exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos, sendo vedadas medidas que visem à instituição de privilégios nesse procedimento.

O entendimento da Receita Federal sobre a questão encontra-se prescrito na Solução de Consulta COSIT nº 239, de 19 de agosto de 2019, que apresenta a seguinte ementa:

INDÉBITO TRIBUTÁRIO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA.

Decisões judiciais que reconheçam indébito tributário não podem ser objeto de pedido administrativo de restituição, sob pena de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal. SOLUÇÃO DE CONSULTA PARCIALMENTE VINCULADA À SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 382, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2014. O disposto nos arts. 68 e 69 da Instrução Normativa nº 1.717, de 2017, não se aplica quando o crédito não seja passível de restituição. Dispositivos Legais: CF/1988, art. 100; RFB nº 1.717, de 2017, arts. 68, 69, 98, 100, 101 e 103.

No mesmo sentido, acompanhei o entendimento esposado pelo Des. Fed. Nilton dos Santos no julgamento do processo nº 5002527-52.2017.4.03.6100:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS/ISS. BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INDÉBITO FISCAL. COMPENSAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PRECATÓRIO.

1. Preliminarmente não se conhece do apelo fazendário, no que pleiteou a aplicação exclusiva da Taxa SELIC, pois inexistente sucumbência neste ponto.

2. Ainda antes do mérito, cabe rejeitar o pedido de suspensão do processo até o julgamento dos embargos de declaração opostos em face do RE 574.706. São diversas as razões que impedem a acolhida de tal pleito. O próprio artigo 1.040 do Código de Processo Civil prevê, expressamente, que, publicado o acórdão paradigma, os autos suspensos devem retomar o curso do julgamento para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior, o que se coaduna, em lógica processual e sistemática, com a própria inexistência de efeito suspensivo atribuível a embargos de declaração (artigo 1.026, CPC). Por outro lado, sem a deliberação da própria Corte Superior no sentido de suspender a eficácia do acórdão publicado - e, assim, dos casos em tramitação em outras instâncias - não cabe a este Tribunal descumprir a aplicação do precedente, sobrestando julgamento de modo indefinido, como pretendido. Ademais, a discussão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, objeto dos embargos de declaração, não obsta, como visto, que o mérito seja decidido em conformidade com a tese firmada em repercussão geral, sendo que eventual ajuste, se acolhida eventual redução do alcance temporal do precedente, pode ser promovido oportunamente, mesmo porque não se cogita, dado o empenho fazendário, do menor risco de trânsito em julgado, nestes autos, antes do julgamento dos embargos de declaração naquela instância superior:

3. No mérito, a questão da inclusão de imposto na base de cálculo do PIS/COFINS com vulneração da matriz constitucional que prevê a respectiva incidência sobre faturamento ou receita na dicção atualizada do artigo 195, I, b, da Constituição Federal, foi resolvida, pela Suprema Corte no RE 574.706, Tema 69 em repercussão geral, relativamente ao ICMS. A interpretação constitucional quanto à exclusão do ICMS da base de cálculo de tais contribuições é extensiva, por identidade de razão jurídico-constitucional, à pretensão formulada em face do ISS, ainda que pendente o julgamento do RE 592.616. Isto porque a centralidade da tese jurídica fixada pela Suprema Corte serve tanto para o imposto estadual como municipal. A resolução da questão encontra-se menos colocada na peculiaridade própria do tributo estadual do que na centralidade substancial de que a materialidade constitucionalmente definida sobre a qual pode incidir a cobrança de tais contribuições sociais não comporta a inserção de valores de impostos que não expressem o faturamento do contribuinte. É importante registrar, inclusive, que o ICMS alcança não apenas operações relativas à circulação de mercadorias, mas também prestações de serviço como os de transportes interestadual e intermunicipal, e de comunicação. Não teria sentido, portanto, incluir outros serviços, que são próprios do ISS, na base de cálculo de tais contribuições, quando já definida solução contrária ao Fisco no âmbito do ICMS. Existe, pois, simetria sistêmica que, considerada a centralidade da controvérsia resolvida no RE 574.706, não permite seja concebida, desde logo, interpretação ou solução distintas da fixada em precedente. Certo que ao Excelso Pretório compete estabelecer a exegese definitiva também no tocante à inclusão do ISS na base de cálculo de tais contribuições, porém disto não resulta que caiba, desde logo, negar eficácia ao precedente firmado no exame do ICMS em favor de orientação contrária.

4. A definição da base de cálculo do PIS/COFINS é matéria constitucional, não cabendo invocar orientação no plano do direito federal para afastar o juízo de inconstitucionalidade, menos ainda quando já vencida (Súmulas 68 e 94/STJ) no âmbito da respectiva Corte Superior. Ademais, o pronunciamento da Suprema Corte, sobretudo em repercussão geral, tem função primordial na tarefa de garantir segurança jurídica, estabilidade, integridade e coerência na aplicação do direito à luz da Constituição, a ser buscada por todos os órgãos do Poder Judiciário (artigos 926 e 927, III, CPC).

5. A pretensão em causa não envolve a dedução de parcela legalmente prevista, daí porque impertinente o argumento de que é taxativo o rol de exclusões constante do § 2º do artigo 3º da Lei 9.718/1998 - com as alterações da Lei 12.973/2014, cujo advento, conforme já decidiu esta Corte, "não promoveu modificação legislativa relevante para a espécie, na medida em que não alterou o conceito da base de cálculo sobre a qual incide o PIS e a COFINS" (E1 0029413-91.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. CARLOS MUTA, e-DJF3 17/11/2017) - e § 3º dos artigos 1º das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003. A tese do contribuinte é a de que a inclusão do imposto na base de cálculo de tais contribuições viola incidência constitucionalmente delimitada, exigindo, assim, decisão judicial no sentido de definir a base de cálculo compatível com o parâmetro constitucional.

6. Quanto ao disposto no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, é inquestionável que serve de norma-parâmetro para a delimitação da atuação funcional do legislador e administrador, alertando que cabe somente ao Parlamento, não ao Executivo, definir, em caráter normativo, geral e abstrato, por exemplo, "redução de base de cálculo". Tal norma e, na mesma linha, ainda o artigo 97, VI, do Código Tributário Nacional, não excluem, por evidente, a competência constitucional do Judiciário de declarar inconstitucionalidade da lei, no que fixa a incidência ou não prevista exclusão exigida à luz do parâmetro constitucional, única leitura constitucional possível para que seja respeitada a própria cláusula pétrea da separação dos Poderes, consagrada nos artigos 2º e 60, §4º, III, da Constituição Federal.

7. A regra de interpretação legal das normas tributárias (artigo 111, I, CTN) tem atuação adstrita ao campo do direito infraconstitucional. Não pode ser levada em consideração no controle de constitucionalidade para efeito de coibir a função de interpretação da Constituição Federal dada e conferida ao Poder Judiciário. o que cabe prestigiar no regime de Estado de Direito é a lição de que se deve interpretar a lei segundo a Constituição e, não, a Constituição segundo a lei.

8. A alegação de que o cálculo do PIS/COFINS com exclusão do imposto destinado ao erário contradiz a incidência, reconhecida válida, sobre outros custos, encargos ou despesas destinados a terceiros (como elencado nos autos, por exemplo: empregados, companhia de energia elétrica, FGTS, fornecedores, empresas contratadas para prestação de serviços, entes estatais) não é verdadeira nem aceitável, sem análise da natureza jurídica de cada parcela discutida na formação da base de cálculo de tais contribuições. Por ora, o que assentou, suficientemente, a Suprema Corte para o exame do caso foi a inexistência de imposto integrado à base de cálculo do PIS/COFINS, seja o ICMS, seja o próprio ISS, quanto a este em juízo derivado diretamente da mesma lógica de fundamentação constitucional, conforme já exposto.

9. O aspecto relevante da controvérsia, diz respeito ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS diante da divergência estabelecida entre as vertentes que primam, de um lado, pelo valor do imposto destacado nas notas fiscais e, de outro, pelo valor do imposto a ser efetivamente pago pelo contribuinte, dentro do regime de não cumulatividade. É importante frisar, de toda sorte, que tal ponto, ainda que não tenha ou tivesse sido discutido na inicial nem decidido na sentença ou veiculado na apelação, não impediria o pronunciamento da Corte, por se tratar, justamente, de controvérsia insita ao próprio mérito, qual seja, a definição do que constitui o indébito fiscal e, neste sentido, matéria que deve ser resolvida na fase cognitiva e não em liquidação de sentença, inexistindo, portanto, mesmo quando nada tenha ou tivesse sido alegado ou decidido, vício de julgamento extra ou ultra petita, ou contrariedade ao princípio da congruência ou da adstrição. Tanto é assim que a própria Suprema Corte, ao decidir a controvérsia constitucional, aludiu ao valor do imposto a ser excluído da base de cálculo impugnada, definindo como indébito fiscal o ICMS destacado nas notas fiscais, ainda que outro pudesse ser o valor a ser recolhido em razão do regime de não cumulatividade do imposto. Logo, não importa ao exame do mérito a juntada de documentos fiscais ou mercantis para demonstração do imposto a ser pago pelo contribuinte, bastando para o presente julgamento a prova, tão-somente, de que o contribuinte, sujeito ao PIS/COFINS, recolheu valores com inclusão do ICMS/ISS nas bases de cálculo, ficando relegada à fase de liquidação e cumprimento a apuração do quantum debeat a partir de valores destacados em notas fiscais e incluídos na tributação federal.

10. Reconhecido o indébito fiscal, na forma acima especificada, os critérios para exercício do direito à compensação, na via administrativa mediante procedimento específico, inclusive com a própria comprovação e liquidação de valores indevidos a serem compensados, são os definidos nos artigos 168 (prescrição quinquenal) e 170-A (trânsito em julgado), ambos do Código Tributário Nacional; artigo 74 da Lei 9.430/1996 e demais textos legais de regência, incluindo o artigo 26-A da Lei 11.457/2007 na redação da Lei 13.670/2018, desde que vigente o regime legal respectivo ao tempo da propositura da ação, pois este o critério determinante na jurisprudência consolidada, ainda que posteriormente alterada a legislação; e artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 (incidência exclusiva da Taxa SELIC).

11. Quanto à exclusão do ICMS/ISS da base de cálculo do PIS/COFINS somente a partir de 15/03/2017, somente poderia prevalecer se assim definida pela Suprema Corte a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu, razão pela qual prematura a adoção de tal critério, sem embargo da aplicação oportuna da deliberação que vier a ser adotada pela superior instância. A inexistência fiscal deve ser admitida dentro do período quinquenal anterior à propositura da presente demanda, dentro da qual viável a compensação do indébito fiscal.

12. A Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça não se incompatibiliza com a via processual eleita - mandado de segurança, sendo viável, portanto, que o contribuinte obtenha a devolução do indébito por meio de compensação ou por meio de precatório.

13. Não há inviabilidade de percepção do crédito ora reconhecido por meio de precatório. Assim, desde que, **por lei**, até mesmo as sentenças meramente declaratórias ganharam força executiva. Tal se deu por meio da Lei n. 11.232/2005, que alterou o Código de Processo Civil então vigente no tocante ao rol dos títulos executivos judiciais. Na redação original, o Código de Processo Civil de 1973 limitava a força executiva às **sentenças condenatórias**. Considerando-se que não há condenação na sentença de mandado de segurança, era compreensível que não se admitisse a expedição de precatório nesse tipo de ação. A partir do instante em que a legislação processual comum passou a admitir o cumprimento de sentença com base em sentença declaratória, não mais subsistiu aquela interpretação restritiva.

14. A inovação, mantida no Código de Processo Civil de 2015 (artigo 515, inciso I), serviu também para afastar a incompreensível necessidade de ajustamento de nova demanda, apenas para a produção de título executivo; e também ao poder público trouxe significativo benefício, pois evita a condenação ao pagamento de verbas de sucumbência, não admitidas em sede de mandado de segurança, mas imperativas nas demandas de rito comum.

15. *Apelação fazendária conhecida em parte e, nesta extensão, desprovida; apelação do contribuinte parcialmente provida; remessa oficial parcialmente provida, em menor extensão, apenas para afastar da sentença a possibilidade de a impetrante obter a restituição em espécie pela via administrativa, assegurando-lhe, contudo, a opção de que trata a Súmula 461 do Superior Tribunal de Justiça: a percepção de seu crédito por precatório ou por compensação.*

(ApReeNec 5002527-52.2017.4.03.6100, Relator Des. Fed. CARLOS MUTA, Relator p/acórdão Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, TRF3 – 3ª Turma, j. 06/05/2020)

Assim, para que não parem dúvidas acerca dos limites em que autorizada a repetição do indébito, cabe registrar que a restituição dos valores indevidos só se dará, nesta via judicial, após o trânsito em julgado, mediante a expedição de precatório.

Ante o exposto, peço vênia para divergir e dar parcial provimento à remessa oficial, em maior extensão, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa, independentemente do precatório. No mais, acompanho o e. Relator.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO.

1. Remessa oficial tida por interposta, com fundamento no art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.
2. A possibilidade de modulação dos efeitos do quanto decidido no RE 574.706/PR, em decorrência da pendência do julgamento dos embargos de declaração opostos pela União, não se configura como óbice ao imediato julgamento dos demais processos como mesmo objeto, independentemente do seu trânsito em julgado.
3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 574.706/PR, posicionou-se no sentido da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza e sim ónus fiscal.
4. O valor retido em razão do ICMS não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de violar o art. 195, I, b, da CF.
5. Ressalte-se que as alterações promovidas, sejam pelas Leis nº 10.637/02 e nº 10.833/03, seja pela Lei nº 12.973/14, não possuem o condão de afastar a aplicação do entendimento proferido no RE 574.706/PR, pois, consoante jurisprudência pacífica do c. STF, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, assim sendo, as contribuições não podem incidir sobre tal parcela.
6. Reconhecido o direito à compensação/restituição, considerando-se prescritos eventuais créditos oriundos dos recolhimentos efetuados em data anterior aos cinco anos, contados retroativamente do ajuizamento da ação, conforme o disposto no artigo 168 do CTN c/c artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, tendo em vista que o *mandamus* foi ajuizado em 15/03/2017.
7. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.
8. Ressalvado o direito de o contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com as normas posteriores, desde que atendidos os requisitos próprios, nos termos do quanto decidido pelo c. STJ no REsp 1.137.738/SP, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos.
9. As razões do quanto decidido encontram-se assentadas de modo firme em alentada jurisprudência que expressa o pensamento desta turma, em consonância com o entendimento do STF.
10. Apelação não provida e remessa oficial tida por interposta parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e, por maioria, deu parcial provimento à remessa oficial tida por interposta, nos termos do voto do Relator, vencido o Desembargador Federal Antônio Cedenho que dava parcial provimento à remessa oficial em maior extensão, a fim de afastar a possibilidade de restituição do indébito, na via administrativa., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006823-77.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006823-77.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS

Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A

APELADO: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação declaratória de nulidade de atos administrativos e de débito, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Unimed Nordeste Paulista – Federação Intrafederativa das Cooperativas Médicas, em 8 de outubro de 2018, em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com o escopo de obter provimento jurisdicional que reconheça a ocorrência da prescrição trienal da cobrança das Autorizações de Internação Hospitalar exigidas através da GRU nº 2.941.204.000.295.319-5 ou, no mérito, a nulidade do referido débito, com fulcro na inconstitucionalidade incidental e na ilegalidade da cobrança referente ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, instituído pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, ou, ainda, caso não seja verificada a nulidade do débito, o excesso de cobrança praticado com a aplicação do IVR. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 193.599,71 (cento e noventa e três mil, quinhentos e noventa e nove reais e setenta e um centavos). Com a inicial, acostou documentos.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela pleiteada, “para declarar suspensa a exigibilidade do débito apurado no procedimento administrativo n. 33910.0149532/2018-44 e para determinar que a parte ré abstenha-se de praticar qualquer ato de cobrança, inclusive de proceder à inscrição do débito em Dívida Ativa e de incluir o nome da autora no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal - CADIN, até o final julgamento do presente feito” (ID 126567178).

Citada, a ANS apresentou contestação (ID 126567181).

Após a réplica (ID 126567335), foi prolatada sentença de improcedência dos pedidos (ID 126567336). A autora foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, apelou a autora (ID 126567340), tempestivamente, pugnando pela reforma *in totum* da r. sentença. Repisou, em síntese, os argumentos já expendidos nos autos. Subsidiariamente, requereu a redução dos honorários de sucumbência.

Com contrarrazões (ID 126567344), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006823-77.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
APELANTE: UNIMED NORDESTE PAULISTA - FEDERACAO INTRAFEDERATIVA DAS COOPERATIVAS MEDICAS
Advogado do(a) APELANTE: MAURICIO CASTILHO MACHADO - SP291667-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de ação anulatória como escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS.

Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrerente.

Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de prova ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento.

No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente despiciente a produção das provas pleiteadas.

No que tange à prescrição, por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.

Os valores restituídos aos cofres públicos pela prestação de serviço a beneficiários de plano de saúde se referem à receita pública de natureza não tributária, e não a indenização civil.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE. QUESTÕES CONTRATUAIS. ANÁLISE DA PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara a respeito dos prazos prescricionais, da Lei de regência e do contexto fático-probatório que fundamentou a decisão.

2. Outrossim, extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que, nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou pelos segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia, sendo o termo inicial a notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito poderá ser quantificado.

3. Ademais, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, o que não se admite ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Por fim, a jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que não é possível o conhecimento do Recurso Especial interposto pela divergência jurisprudencial na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos, e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula 7/STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea "c" do permissivo constitucional.

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

(REsp 1777949/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 05/11/2019)

Outrossim, insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.

Neste sentido é o aresto que trago à colação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, EM AGRAVO INTERNO. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (...)

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Segundo entendimento pacífico desta Corte, "nas demandas envolvendo pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, incide o prazo prescricional quinquenal, previsto no Decreto 20.910/1932, e não o disposto no Código Civil, em observância ao princípio da isonomia. A relação jurídica que há entre o Agência Nacional de Saúde - ANS e as operadoras de planos de saúde é regida pelo Direito Administrativo, por isso inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil" (STJ, REsp 1.728.843/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2018).

V. Em relação ao termo inicial do prazo prescricional, esta Corte "firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015). No mesmo sentido: REsp 1.650.703/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/06/2017.

VI. No caso, o Tribunal de origem, em consonância com a jurisprudência desta Corte, manteve a sentença de improcedência da ação, consignando que "aplica-se às cobranças para ressarcimento ao SUS o prazo prescricional quinquenal, conforme dispõe o artigo 1º, do Decreto nº 20.910/1932, não se aplicando o prazo trienal previsto no Código Civil, e, a teor do artigo 4º do referido diploma normativo, a prescrição não corre durante a tramitação do processo administrativo. Ou seja, o prazo prescricional somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, momento em que se torna definitivamente constituído no âmbito administrativo". Assim, como "o contribuinte foi notificado em 03/10/2013 (após o indeferimento do recurso administrativo) para pagamento do débito em até 15 (quinze) dias" e "a presente ação foi ajuizada em 20/11/2013", não há falar em prescrição.

VII. Ademais, afastar o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, à luz dos fatos e provas dos autos, demandaria o reexame da matéria fática dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, em razão do comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedente do STJ.

VIII. Na forma da jurisprudência, "os honorários devidos na fase de recurso especial compreendem a remuneração de todo o trabalho advocatício nesta etapa, inclusive eventual agravo interno que se faça necessário para que o recurso chegue ao conhecimento do colegiado naturalmente competente, a Turma. Não cabe, portanto, majorar os honorários, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, em razão da interposição de agravo interno. Atitudes eventualmente procrastinatórias são passíveis de sanção processual própria, inconfindável com o escopo dos honorários de sucumbência (CPC/2015, art. 80, §12)" (STJ, AgInt no AREsp 788.432/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/10/2016).

IX. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1375651/SP, Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

Compulsando os autos, verifico que após o término do Processo Administrativo nº 33910.0149532/2018-44 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.295.319-5, com vencimento em 09/10/2018.

A presente ação foi ajuizada em 08/10/2018, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 126567176 e 126567177), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 126567178 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então.

Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança das quantias devidas, não há que se falar em prescrição.

Passo à análise do mérito.

Não obstante o artigo 196 da Constituição Federal tenha consagrado a saúde como direito de todos e dever do Estado, não determinou que essa atividade fosse considerada de monopólio estatal, possibilitando que o serviço de saúde fosse executado diretamente pelo Estado ou de maneira complementar pela iniciativa privada.

Neste passo foi editada a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, determinando, em seu artigo 32, o ressarcimento pelas empresas que operam planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.

Referida norma permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

Vale dizer que o ressarcimento ao SUS é uma obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde em decorrência de despesas pelo atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos, cujo montante arrecadado é repassado ao Fundo Nacional de Saúde - FNS, gestor financeiro dos recursos, para reaplicação em programas prioritários do Ministério da Saúde.

Insta obter-se que, conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

Não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários, uma vez que o ressarcimento previsto no dispositivo supracitado possui caráter restitutivo, não visando a instituição de nova receita aos cofres públicos, de modo que não se reveste de natureza tributária, sendo desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria.

A questão da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI-MC 1.931-8/DF, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, sendo então mantida a vigência da norma impugnada, nos termos da ementa, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.
 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.
 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.
 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.
 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovidas pela medida provisória superveniente.
 6. Artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.
 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99.
- (ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

O mérito da questão foi apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.

Referido precedente restou assim entendido:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO SUS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. ART. 32 DA LEI 9.656/98. ART. 199 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. FATOS JURÍGENOS POSTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL.

1. O Estado, sem se desincumbir de seu ônus constitucional, possibilitou que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle (ANS), prestassem a assistência à saúde de forma paralela, no intuito de compartilhar os custos e os riscos a fim de otimizar o mandamento constitucional.
 2. A cobrança disciplinada no art. 32 da Lei 9.656/98 ostenta natureza jurídica indenizatória *ex lege* (receita originária), sendo inaplicáveis as disposições constitucionais concernentes às limitações estatais ao poder de tributar, entre elas a necessidade de edição de lei complementar.
 3. Observada a cobertura contratual entre os cidadãos-usuários e as operadoras de planos de saúde, além dos limites mínimo (praticado pelo SUS) e máximo (valores de mercado pagos pelas operadoras de planos de saúde), tal ressarcimento é compatível com a permissão constitucional contida no art. 199 da Carta Maior.
 4. A possibilidade de as operadoras de planos de saúde ofertarem impugnação (e recurso, atualmente), em prazo razoável e antes da cobrança administrativa e da inscrição em dívida ativa, sendo-lhes permitido suscitar matérias administrativas ou técnicas de defesa, cumpre o mandamento constitucional do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.
 5. O ressarcimento previsto na norma do art. 32 da Lei 9.656/98 é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS posteriores a 4.6.1998, desde que assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os interstícios amparados por sucessivas reedições de medidas provisórias.
- (RE 597064, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 15-05-2018 PUBLIC 16-05-2018)

Insta salientar que a ausência de trânsito em julgado não inviabiliza a aplicação da tese ao caso concreto. Neste sentido, confira-se: ARE 930.647 AgR, Relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, Processo Eletrônico DJe-066 Divulg 08-04-2016 Public 11-04-2016.

O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.

Com efeito, a aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".

No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.

Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS, criado pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/98, é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia especial vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Para tanto, a lei confere à ANS poder de polícia administrativo.

No âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido, foram editadas as Resoluções RDC nº 17/2000, RN nº 185/2008, RN nº 240/2010, RN nº 251/2011, entre outras.

Para os atendimentos das competências até dezembro de 2007, o ressarcimento ao SUS é cobrado de acordo com os valores estabelecidos na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, elaborada com a participação de gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, representantes das operadoras de planos de saúde e unidades prestadoras de serviço integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos do § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Por seu turno, para os atendimentos identificados de competência a partir de janeiro de 2008, como no caso em comento, o artigo 4º da RN nº 185/2008, com a redação dada pela RN nº 251/2011, dispõe que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento (*caput*), o qual é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS (§1º).

Na hipótese vertente, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.

Quanto aos honorários advocatícios, cumpre observar que, consoante entendimento da Segunda Seção do e. Superior Tribunal de Justiça, o Código de Processo Civil estabelece a seguinte ordem de preferência para fixação dos honorários de sucumbência: "(I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20% das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º)" (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAULARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).

Mantidos, pois, os honorários de sucumbência como consignado na r. sentença, em 10% sobre o valor atribuído à causa, porquanto arbitrados de acordo com os preceitos que regem o tema.

Ante o exposto, nego provimento à apelação, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 20.910/32.

1. Trata-se de ação anulatória com o escopo de desconstituir a cobrança de valores a título de ressarcimento ao SUS.
2. Quanto à alegação de que houve cerceamento ao direito de defesa em face do indeferimento da produção de provas, sem razão a recorrente. Não há cerceamento de defesa quando o julgador considera desnecessária a produção de provas ou suficientes as já produzidas, em virtude da existência nos autos de elementos aptos para a formação de seu convencimento. No caso vertente, os elementos constantes dos autos são suficientes ao convencimento e julgamento da causa, razão pela qual se mostra totalmente desprovida a produção das provas pleiteadas.
3. Por se tratar de relação jurídica regida pelo Direito Administrativo, inaplicável o prazo prescricional previsto no Código Civil.
4. O Superior Tribunal de Justiça entende que, em caso de demanda envolvendo pedido de ressarcimento ao SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, como na hipótese vertente, aplica-se o prazo quinquenal previsto no Decreto-lei nº 20.910/32.
5. Insta salientar que o prazo prescricional não flui enquanto não julgados definitivamente os recursos no âmbito administrativo, bem assim enquanto não notificado o recorrente acerca do respectivo resultado, uma vez que somente após a preclusão da faculdade de impugnar ou recorrer, ou do julgamento definitivo do recurso administrativo e da notificação acerca do seu resultado é que poderá ser efetuada a cobrança dos valores devidos.
6. *In casu*, após o término do Processo Administrativo nº 33910.0149532/2018-44 foi gerada a competente GRU nº 2.941.204.000.295.319-5, com vencimento em 09/10/2018. A presente ação foi ajuizada em 08/10/2018, com depósito judicial do valor discutido conforme comprovante acostado aos autos (ID's 126567176 e 126567177), restando suspensa a exigibilidade dos débitos constantes da GRU supracitada, nos termos da decisão identificada sob o ID 126567178 e, conseqüentemente, o impedimento da respectiva cobrança a partir de então. Assim, considerando-se a data de vencimento da guia supracitada como marco inicial para a cobrança da quantia devida, não há que se falar em prescrição.
7. O ressarcimento ao SUS, criado pelo art. 32 da Lei nº 9.656/98 e regulamentado pelas normas da ANS, permite que valores antes despendidos pelo Estado com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde, sejam empregados em favor do próprio sistema de saúde de acordo com o quanto disposto nos arts. 196 a 198 da CF.
8. Conquanto a garantia de acesso universal à saúde não obste o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública, porquanto obrigada contratualmente a prestar o mesmo serviço de saúde atendido pelo SUS, as operadoras de planos de saúde não podem locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestaram através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.
9. A questão da constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98 foi enfrentada pelo Plenário do STF, quando do julgamento tanto da ADI-MC 1.931-8/DF, sendo então mantida a vigência da norma impugnada.
10. O mérito da questão foi recentemente apreciado tanto por ocasião do julgamento da ADI 1931/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, quanto do RE 597.064/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, sob a sistemática da repercussão geral, ratificando o entendimento anteriormente esposado.
11. O ressarcimento ao SUS é devido em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio.
12. A aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional".
13. No que tange à alegação de que os atendimentos foram realizados fora da rede credenciada, melhor sorte não socorre a apelante, porquanto não comprovado que a situação não se amoldava ao caráter emergencial ou urgencial, hipótese que torna obrigatória a cobertura contratual, nos termos dos artigos 12, inciso VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98.
14. Em relação aos valores cobrados, cumpre observar que o ressarcimento ao SUS é regulamentado pelas normas da Agência Nacional de Saúde Suplementar que, no âmbito do poder regulamentar que lhe foi conferido por lei, editou Resoluções Normativas dispondo acerca do valor de ressarcimento ao SUS, bem assim que na hipótese vertente não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR estão em desacordo com o quanto disposto no § 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, que determina que os valores a serem ressarcidos não podem ser inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de planos de saúde, devendo o vocábulo "praticados" ser interpretado de forma genérica, considerando os valores utilizados por todas as operadoras, em obediência ao princípio da isonomia, razão pela qual não há que se falar em excesso de cobrança.
15. Mantidos os honorários de sucumbência como consignado na r. sentença, em 10% sobre o valor atribuído à causa, porquanto arbitrados de acordo com os preceitos que regem o tema.
16. Apelação não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003555-29.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: ORLANDO FERREIRA DE LIMA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGENCIA DA PREVIDENCIA SOCIAL DE ITAQUERA

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003555-29.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: ORLANDO FERREIRA DE LIMA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGENCIA DA PREVIDENCIA SOCIAL DE ITAQUERA

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **ORLANDO FERREIRA DE LIMA** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ITAQUERA - SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para o imediato julgamento de seu pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, no prazo de 10 (dez) dias, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduz o impetrante que requereu através da *internet*, em 16/11/2018, sob o Número de Requerimento 967403171, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão em processo administrativo na esfera federal. Sustenta, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos princípios da economia, celeridade processual e eficiência. Reforça a necessidade de comando explícito por parte da autoridade impetrada e o caráter alimentar da demanda (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF; artigos 48, 49 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99). Requer, por fim, a fixação de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 118110587).

Apreciação da liminar postergada para momento posterior ao da apresentação de informações pela autoridade impetrada. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 117394312).

O MPF, igualmente, postergou sua manifestação para momento posterior ao da apresentação de informações pela autoridade impetrada (Id 118110598),

O juízo de origem concedeu a segurança para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº. 3.048/99). Sem honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Custas *ex lege*. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição (Id 1181106103).

Informou o INSS que o requerimento nº 967403171, protocolado, em 16/11/2018, pelo impetrante, foi analisado e indeferido (Id 118110610).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 125408843).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 125687460).

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006546-58.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: RENATO DE OLIVEIRA DA COSTA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE OMIR VENEZIANI JUNIOR - SP224631-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO JOSE DOS CAMPOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006546-58.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR

PARTE AUTORA: RENATO DE OLIVEIRA DA COSTA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSE OMIR VENEZIANI JUNIOR - SP224631-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO JOSE DOS CAMPOS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **RENATO DE OLIVEIRA DA COSTA** contra ato do **GERENTE EXECUTIVO DO INSS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - SP**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para o julgamento de seu pedido administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, no prazo de 10 dias, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduz o impetrante que requereu, através da *internet*, em 22/08/2018, sob o Número do Requerimento 2116275782, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão em processo administrativo na esfera federal. Sustenta, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos princípios da economia, celeridade processual e eficiência. Reforça a necessidade de comando explícito por parte da autoridade impetrada e o caráter alimentar da demanda (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF; artigos 48, 49 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99). Requer a fixação de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 122198304).

Liminar deferida para determinar à autoridade impetrada a análise do requerimento administrativo no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da intimação. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 122198316).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 122198319).

Determinou o magistrado fosse oficiada a autoridade impetrada para o imediato cumprimento da decisão liminar e apresentação de informações, no prazo legal, a serem juntadas diretamente no PJE, nos termos do artigo 12 da Resolução PRES N. 88/2017 (Id 122198321).

Informou a Autarquia Previdenciária a concessão do benefício requerido pelo impetrante (Id 122198326).

Parecer do MPF pela denegação da ordem, porquanto notória a falta de servidores no INSS e não comprovado que a ordem de entrada dos requerimentos administrativos não esteja sendo observada (Id 122198329).

O juízo de origem julgou procedente o pedido formulado na inicial, confirmando a liminar, e concedeu a segurança para determinar à autoridade impetrada que promovesse, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a análise do requerimento administrativo. Sem honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e da Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Custas na forma da lei. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição (Id 122198330).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 125948746).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 125948833).

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.
2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.
3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.
4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.
5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)
6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5001865-62.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: PAULO XAVIER DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **PAULO XAVIER DA SILVA** em face do **GERENTE EXECUTIVO DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NA ÁGUA BRANCA – SP**, com pedido liminar *incaudita altera pars* para que a impetrada proceda à distribuição do recurso administrativo do impetrante à uma das Juntas de Recurso, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, para a concessão em definitivo da segurança e confirmação da liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduz o impetrante que requereu, em 11/12/2017, sob o Número de Requerimento 183.693.597, a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, indeferida pela autoridade impetrada. Sustenta ter interposto recurso ordinário, em 10/09/2018, que, não obstante devidamente instruído e o tempo decorrido, ainda aguarda distribuição, extrapolado o prazo de 30 dias previsto nos artigos 541 e 542 da IN 77/2015. Alega, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo e aos princípios da economia, celeridade processual e eficiência. Reforça a necessidade de comando explícito por parte da autoridade impetrada e o caráter alimentar da demanda (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF; artigos 48 e 50, § 1º, da Lei 9.784/99). Por fim, informa que já formulou, em 29/11/2018, reclamação perante o Instituto (OUVIDORIA: CCJJ45180), mas sem efeito. Requer a fixação de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais) e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 90160875).

Determinou o magistrado a intimação do impetrante para a comprovação da inviabilidade do pagamento das custas iniciais sem prejuízo do próprio sustento ou apresentação do comprovante do recolhimento das custas, se o caso (Id 90160879). Custas recolhidas (Id 90160882).

Deferida a liminar para determinar que a autoridade coatora desse andamento, no prazo de 15 (quinze) dias, ao recurso administrativo relativo ao indeferimento do benefício de aposentadoria especial NB 42/183.693.596-7 (pROCESSO 44233-795649/2018-90) (Id 90160883).

O MPF deixou de se manifestar quanto ao mérito da demanda, porquanto matéria não listada na Recomendação 34/2016 do CNMP (Id 90160886).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009. (Id 90160889).

Informou a Autarquia Previdenciária que o recurso administrativo não foi regularmente instruído com os documentos solicitados pela Administração e, por tal razão, não poderia ser conhecido (Id 90160899).

O juízo de origem concedeu a segurança ratificando a liminar que determinou que a autoridade coatora desse andamento, no prazo de 15 (quinze) dias, ao recurso administrativo relativo ao indeferimento do benefício de aposentadoria especial NB 42/183.693.596-7 (Processo 44233.705649/2018-90), interposto em 10-09-2018, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09. Condenada autoridade impetrada ao reembolso das custas adiantadas pela parte impetrante (art. 4º, parágrafo único, Lei n. 9.289/96). Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição (Id 90160900).

O INSS informou que, após a análise preliminar do recurso referente ao NB 183.693.596-7 - aposentadoria por tempo de contribuição, foi realizado, em 11/05/2019, o encaminhamento do processo à 27ª Junta de Recursos - JR, que não faz parte da estrutura do INSS (Id 90160908).

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido da manutenção da sentença (Id 108139782).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 124237894).

É o relatório.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019161-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONTRACTORS ENGENHEIROS ASSOCIADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019161-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONTRACTORS ENGENHEIROS ASSOCIADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, indeferiu a penhora de debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce e determinou a penhora de ativos financeiros por meio do BACENJUD.

Em suas razões recursais, sustenta a agravante que ao lado da preocupação com a efetividade da execução em prol do credor, deve-se buscar sempre o caminho menos gravoso para o devedor e que a ordem contida no artigo 11 da Lei nº 6830/80 não é taxativa, podendo sofrer variação segundo o princípio da menor onerosidade que propõe que a execução fiscal sempre deve tramitar da forma menos onerosa ao executado. Alega que as debêntures oferecidas demonstram-se plenamente viáveis à garantia da execução e se revestem de liquidez e possuem cotação em bolsa, tal fato, inclusive, já foi matéria de discussão no Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Invocou o disposto no art. 11, II, Lei nº 6.830/80.

Asseverou, ainda, que as debêntures, mesmo quando emitidas com vencimento indeterminado, equivalem a títulos de crédito, e, por serem dotados de cotação em bolsa de valores, não podem ser tomados como bens de difícil alienação, principalmente, quando emitidas por empresa de reconhecida solidez como é o caso da Vale do Rio Doce. Ressaltou que o regime jurídico aplicado às debêntures foi regulamentado pelo artigo 52 da Lei das S/A (6.404/1976).

A União apresentou contraminuta. Sustentou, inicialmente, que a nomeação realizada pela agravante é intempestiva e não obedeceu à ordem legal prevista no artigo 11 da Lei 6.830/80. Defendeu a possibilidade de recusa das debêntures pois “*próprio Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que a penhora de ativos por meio eletrônico é medida imposta preferencialmente à garantia do juízo em executivo*”. Defendeu, ainda, que “*o crédito público deve estar seguro hoje e também quando puder ser efetivamente executado (leilão). Por isso, a dicção do artigo 11 da LEF permite aplicar a regra da supremacia do interesse público em equilíbrio com o princípio da execução menos gravosa ao devedor*”. Por fim, afirmou que “*nenhuma ilegalidade há na determinação de realização de bloqueio de ativos financeiros em vez do aperfeiçoamento da penhora sobre as debêntures, como aliás já decidiu essa C. Terceira Turma*”.

A antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferida (id 89929099).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019161-22.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
AGRAVANTE: CONTRACTORS ENGENHEIROS ASSOCIADOS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cumpra-se, anotar, inicialmente, que as questões levantadas neste recurso já foram devidamente enfrentadas e superadas pelo e. Superior Tribunal de Justiça.

Em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil, o e. STJ definiu que, após a vigência da Lei 11.382/2006, é possível o deferimento da penhora “on line” mesmo antes do esgotamento de outras diligências (REsp 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.11.2010; e REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, DJe no dia 3.12.2010), porquanto os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 835 do CPC).

Por sua vez, a tese firmada no tema repetitivo de nº 578, do STJ, no sentido de que “*em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal*” e que “*é dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC*”, tem como fundamento decisório a necessidade de a ordem legal instituída nos artigos 11 da Lei 6.830/1980 e 835 do CPC ser preservada.

Nesta linha, o STJ reconheceu que as debêntures da Companhia Vale do Rio Doce apresentadas podem ser recusadas pela exequente por inobservância da ordem legal e por serem títulos de baixa liquidez.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. AFASTAMENTO DAS SÚMULAS 7/STJ; 283/STF E 284/STF. DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO APLICOU OS REFERIDOS ENUNCIADOS. SÚMULA 284/STF. NOMEAÇÃO À PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA DO CREDOR. POSSIBILIDADE.

1. Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Estado exequente ao fundamento de que as obrigações (debêntures da Companhia Vale do Rio Doce) podem ser recusadas pelo credor por inobservância da ordem legal.
2. No tocante ao pleito de afastamento da incidência das Súmulas 7/STJ, 283/STF e 284/STF, o agravo regimental não se faz cognoscível, tendo em vista que a decisão ora combatida não aplicou o entendimento consubstanciado nos referidos enunciados.
3. O Tribunal local concluiu que as debêntures da Companhia Vale do rio doce são bens penhoráveis por se tratar de título de crédito que se ajusta ao disposto no art. 655, IV, do CPC. Verifica-se que esse entendimento filia-se à jurisprudência do STJ no sentido de que é possível a penhora das referidas debêntures, por se tratar de títulos com cotação em bolsa.
4. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça também firmou entendimento de que essas obrigações (debêntures da Companhia Vale do rio doce) têm natureza de títulos de crédito (REsp 857.043/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 25/9/2006) e, por isso, podem ser recusadas pela exequente, porquanto não observada a ordem legal, não havendo falar em violação do art. 620 do CPC.
5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, no ponto, não provido.

(STJ, AGRESP 201000639616, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE DATA: 26/10/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE RECUSADO CREDOR. POSSIBILIDADE.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.
2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, não obstante a possibilidade de nomeação à penhora, as debêntures da Companhia Vale do Rio Doce são títulos dotados de baixa liquidez e difícil alienação, sendo lícito à Fazenda recusá-los diante da ordem de preferência estipulada no art. 11 da Lei 6.830/80, não importando tal medida em afronta ao princípio da menor onerosidade, visto que a execução se dá no interesse da satisfação do credor. Precedentes.
3. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 841.373, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJE: 10/04/2017)

Vê-se, portanto, que mesmo havendo o reconhecimento de que as debêntures são títulos de crédito penhoráveis, elas podem ser recusadas diante de sua baixa liquidez e por não atenderem à ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC.

Por fim, em que pese o disposto no art. 805 do CPC, é certo que a execução se realiza no interesse do credor, nos termos do art. 797, também do CPC, sendo imprescindível, para que se cogite a mitigação da ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC, a efetiva demonstração, no caso concreto, de outros meios mais eficazes e menos onerosos pelo executado.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. OFERECIMENTO À PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA DA UNIÃO. POSSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do antigo CPC, no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, é possível o deferimento da penhora "on line" mesmo antes do esgotamento de outras diligências.
2. A tese firmada no tema repetitivo de n.º 578, do STJ, no sentido de que "em princípio, nos termos do art. 9.º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal" e que "é dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC", tem como fundamento decisório a necessidade de a ordem legal instituída nos artigos 11 da Lei 6.830/1980 e 835 do CPF ser preservada.
3. O STJ reconheceu que as debêntures apresentadas podem ser recusadas pela exequente por inobservância da ordem legal e por serem títulos de baixa liquidez. Precedentes (AGRESP 201000639616, Relator Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE DATA:26/10/2010; AgRg no AREsp 841.373, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJE: 10/04/2017).
4. Em que pese o disposto no art. 805 do CPC/2015, é certo que a execução se realiza no interesse do credor, nos termos do art. 797 do CPC/2015.
5. Para que se cogite a mitigação da ordem de preferência prevista nos artigos 11 da Lei n. 6.830/80 e 835 do CPC, é imprescindível a efetiva demonstração, no caso concreto, de outros meios mais eficazes e menos onerosos pelo executado.
6. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012834-39.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: MANOEL TEIXEIRA DOMINGUES NETO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012834-39.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: MANOEL TEIXEIRA DOMINGUES NETO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MANOEL TEIXEIRA DOMINGUES NETO** contra ato do **GERENTE DA SUPERINTENDENTE DA CEAB - RECONHECIMENTO DE DIREITO DAS RI**, com pedido liminar *inaudita altera pars* para a imediata análise e concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição requerido, fixando-se multa para o caso de descumprimento e, ao final, a concessão em definitivo da segurança, confirmando-se a liminar requerida. Atribuído à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Aduziu o impetrante que protocolizou requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição, em 14/06/2019, sob o protocolo nº 339499805, à vista do preenchimento dos requisitos legais para o deferimento, pedido, porém, até então, não analisado pela Autarquia Previdenciária, extrapolado o prazo de 30 dias previsto no artigo 49 da Lei 9.784/99 para a prolação de decisão motivada em processo administrativo na esfera federal, bem assim o do artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, que dispõe que o primeiro pagamento do benefício será efetuado em até quarenta e cinco dias após a data da apresentação, pelo segurado, da documentação necessária a sua concessão. Sustentou, em síntese, violação à garantia constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF; artigo 49 da Lei 9.784/99 e artigo 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91). Informou que já formulou reclamação junto à Ouvidoria do Instituto (OUVIDORIA: CCK008394), mas sem efeito. Por fim, requereu a fixação de multa diária e a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita (Id 127436299).

Apreciação da liminar postergada para momento posterior ao da apresentação de informações pela autoridade impetrada. Concedido o benefício da Justiça Gratuita (Id 127436311).

Pugnou o INSS pelo ingresso na lide, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009 (Id 127436315).

O MPF manifestou-se no sentido da concessão da segurança (Id 127436318).

O juízo de origem julgou parcialmente procedente o pedido e concedeu a segurança, reconhecendo o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº. 3.048/99). Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios por força do artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e das Súmulas 105 do Superior Tribunal de Justiça e 512 do Supremo Tribunal Federal. Custas na forma da lei. Sentença submetida ao duplo grau de jurisdição nos termos do artigo, §1º, Lei nº 12.016/20 (Id 127436319).

Informou a autoridade impetrada que o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/194.522.089-6 foi indeferido, em 02/01/2020 (Id 127436325).

O MPF opinou pelo desprovimento da remessa necessária (Id 128812956).

Autos redistribuídos a esta Relatoria (Id 128813674).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012834-39.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 07 - DES. FED. NERY JÚNIOR
PARTE AUTORA: MANOEL TEIXEIRA DOMINGUES NETO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ERIKA CARVALHO - SP425952-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A presente ação mandamental foi impetrada como escopo de se ver analisado o pedido administrativo de concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, formulado pelo impetrante.

No caso, constata-se que o impetrante protocolizou requerimento administrativo de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em 14/06/2019, sob o protocolo nº 339499805, sem que tivesse êxito na obtenção de resposta pela Autarquia. Concedida a segurança no âmbito da sentença para determinar que a autoridade impetrada concluisse o processo administrativo, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias (Id 127436319), informou a Autarquia a análise e indeferimento do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição NB 42/194.522.089-6 (Id 127436325).

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a “*razoável duração do processo*” foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétrea e direito fundamental de todos.

Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo:

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

Nesse sentido, destaquem-se julgados desta Corte:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO DESPROVIDAS.

1. Na hipótese dos autos, o impetrante formulou requerimento de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição em 06.07.2018, o qual permaneceu pendente de apreciação pelo INSS, além do prazo legal.

2. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

3. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

4. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

5. O art. 49 da Lei nº 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

6. Além do aludido prazo legal, o art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto nº 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

7. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

8. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

9. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

10. Apelação e remessa necessária, tida por interposta, não providas.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000897-78.2019.4.03.6103, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE REVISÃO ADMINISTRATIVA. INSS. CONDENÇÃO EM ASTREINTES. POSSIBILIDADE. PRAZO. DEMORA INJUSTIFICADA. ART. 5º, LXXVII E 37, CF. LEI 9.784/1999. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. O Superior Tribunal de Justiça confirmou a possibilidade de prévia fixação de multa diária contra a Fazenda Pública, na hipótese de descumprimento de obrigação de fazer.

2. O princípio da duração razoável do processo, elevada à superioridade constitucional, elenca não apenas a garantia da prestação administrativa célere, como a da eficiência, razoabilidade e moralidade, de acordo com o previsto no artigo 37, caput, da Constituição Federal e artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.

3. O pedido de revisão administrativa em questão foi protocolado em 29/08/2013, não havendo qualquer informação acerca de sua análise até o presente momento, em evidente violação ao prazo de 30 dias, previsto no artigo 49, da Lei 9.784/1999, bem como à razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade.

4. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 366091 - 0001774-60.2016.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 19/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/07/2017)

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no caput, do artigo 37, da Constituição da República.

2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.

4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que a impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.

5. Remessa oficial improvida.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5002575-59.2019.4.03.6126, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 05/03/2020)

Verifica-se, portanto, a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF).

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF). DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA (LEI 9.784/99). VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Desse modo, a "razoável duração do processo" foi erigida pela Constituição Federal como cláusula pétreia e direito fundamental de todos.

2. Nesse aspecto, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública profira decisão em processo administrativo.

3. Ainda, o artigo 41-A, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e o artigo 174 do Decreto nº 3.048/1999, estabelecem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento do benefício de aposentadoria.

4. Não há amparo legal que fundamente a omissão administrativa, pelo contrário, implica o descumprimento de norma legal, além de ofensa aos princípios da duração razoável do processo, da eficiência na prestação do serviço público e da segurança jurídica.

5. Verificada a ocorrência de ofensa a direito líquido e certo da impetrante, além de violação a princípios constitucionais que regem a Administração Pública e asseguram a todos os interessados, no âmbito judicial e administrativo, o direito à razoável duração do processo (art. 37, CF/88)

6. Remessa necessária não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.
DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO Data de Divulgação: 08/07/2020 973/2089

SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002677-42.1999.4.03.6103

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS NA AREA DE CIENCIA E TECNOLOGIA DO SETOR AEROSPAACIAL - SINDCT, ALDO FRANCISCO DE LEMOS BRENNER, ARNALDO GUSTAVO DA SILVA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DOMINGOS SALVIO CARRIJO, ELTON DIETRICH, EURICO VASCONCELLOS GARCIA DA SILVEIRA, JOSE ALBERTO MENDES BERNARDES, JOSE ALMIR BISSOLI, JOSE ANTONIO DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO REIS DE FREITAS, MARA LUCIA STORINO TEODORO DA SILVA, OSVALDO CATSUMI IMAMURA, PEDRO ARNOLDO BICUDO ROVIDA, MARCOS ANTONIO RUGGIERI FRANCO, MARCO ANTONIO TEODORO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

Advogados do(a) APELANTE: ORLANDO CESAR SGARBI CARDOSO - SP297646-A, JOSE ROBERTO PIRAJA RAMOS NOVAES - SP146429-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS NA AREA DE CIENCIA E TECNOLOGIA DO SETOR AEROSPAACIAL - SINDCT, ALDO FRANCISCO DE LEMOS BRENNER, ARNALDO GUSTAVO DA SILVA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DOMINGOS SALVIO CARRIJO, ELTON DIETRICH, EURICO VASCONCELLOS GARCIA DA SILVEIRA, JOSE ALBERTO MENDES BERNARDES, JOSE ALMIR BISSOLI, JOSE ANTONIO DOS SANTOS, CARLOS ALBERTO REIS DE FREITAS, MARA LUCIA STORINO TEODORO DA SILVA, OSVALDO CATSUMI IMAMURA, PEDRO ARNOLDO BICUDO ROVIDA, MARCOS ANTONIO RUGGIERI FRANCO, MARCO ANTONIO TEODORO DA SILVA), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010113-17.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

PARTE AUTORA: SERGIO LUIS BALDUINO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010113-17.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

PARTE AUTORA: SERGIO LUIS BALDUINO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO INSS LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de remessa oficial a que foi submetida sentença que concedeu a segurança pleiteada por SERGIO LUIS BALDUINO para reconhecer o direito ao processamento da análise e conclusão no âmbito administrativo em 45 dias (Lei de Benefícios, art. 41-A, § 5º e art. 174 do Decreto nº. 3.048/99).

Parecer ministerial, opinando pelo não provimento à remessa necessária cível.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5010113-17.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
PARTE AUTORA: SERGIO LUIS BALDUINO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO INSS LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

O presente *mandamus* foi impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a concluir pedido de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, protocolado em 22/03/2019 e não apreciado até a data da presente impetração, em 29/07/2019.

Aquilatando a matéria, o Juízo *a quo* houve por bem conceder a segurança pleiteada.

Pois bem

A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que:

"(...)

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. (...)".

Desta feita, nos termos da legislação de regência, a Administração possuía o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o requerimento administrativo apresentado pela parte impetrante, desde que devidamente instruído, sendo certo, porém, que tal prazo não restou observado, conforme alhures mencionado.

Nesse contexto, diante dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência vazados na Constituição Federal, que impõem à Administração Pública pautar-se dentro dos limites desses mesmos princípios, e em face à legislação de regência, de rigor a manutenção do provimento vergastado.

Confira-se, a propósito, os seguintes julgados a respeito do tema:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA JUSTIÇA. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NÃO OBSERVADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato alegadamente omissivo do Ministro de Estado da Justiça para compeli-lo a examinar o processo administrativo 2003.01.22463, que desde 14.3.2003 estaria sem resposta definitiva. As informações prestadas apresentam contradição ao afirmar que o exame do pedido administrativo depende da Comissão de Anistia e que o processo está com a autoridade impetrada desde 2017 (fl. 567). A tese de ilegitimidade passiva, com base na dependência de exame da Comissão de Anistia, é, pois, indeferida.

2. De acordo com a inicial, o pedido está em análise desde 14.3.2003, sendo irrelevante averiguar culpa de órgãos específicos no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado.

3. "O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009" (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017).

4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo de concessão de anistia formulado pela impetrante e numerado como 2003.01.22463. 5. Mandado de Segurança parcialmente concedido. "

(MS 24.141-DF, Relator Ministro HERMAN BEJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 14/11/2018, DJe 26/02/2019)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANISTIA POLÍTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MINISTRO DA JUSTIÇA. ATO OMISSIVO. DIREITO DE PETIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA QUE A AUTORIDADE COATORA DECIDA O PEDIDO DE ANISTIA DA IMPETRANTE NO PRAZO DO ART. 49 DA LEI Nº 9.784/99.

1. Cuida-se, no caso concreto, de pedido administrativo para declaração da condição de anistiado, formulado pela parte impetrante em novembro de 1997, ou seja, há duas décadas, mas ainda pendente de decisão final pela Administração Pública.

2. Não procede a preliminar de ilegitimidade passiva do Ministro da Justiça (autoridade coatora), sob o evasivo argumento de que a omissão denunciada seria atribuível ao Plenário da Comissão de Anistia. Como ressaltados nos autos, o procedimento já se achava na regular órbita de competência do Ministro da Justiça para proferir seu julgamento final quando, *sponte propria*, deliberou pela necessidade da prévia manifestação do Plenário da Comissão de Anistia. Daí que a tão só remessa do procedimento para o Plenário não o desvinculou da fase decisória, pela qual continua diretamente responsável, inclusive no que tange à alegada demora para se ultimar o respectivo iter administrativo.

3. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, "a", da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta.

4. Nos termos da certeira lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, "o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação [...] A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constrangida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando omite" (Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 382-3).

5. A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do Documento: 70288144 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 27/03/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.

6. Ordem concedida para determinar à autoridade impetrada que, no prazo do art. 49 da Lei n. 9.784/1999, decida, em caráter final e como entender de direito, o requerimento administrativo de concessão de anistia formulado pela impetrante, no âmbito do Processo Administrativo n. 2001.01.11994. "

(MS 19.132/DF, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, j. 22/03/2017, DJe 27/03/2017)

Destarte, uma vez evidenciado o decurso do prazo legalmente previsto para que a Administração pudesse apreciar o requerimento administrativo da parte impetrante, de rigor a concessão da segurança pleiteada.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO à remessa oficial, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. APRESENTAÇÃO DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. MORA DA ADMINISTRAÇÃO NA APRECIÇÃO. ILEGALIDADE. ARTIGOS 48 E 49 DA LEI Nº 9.784/99. OBSERVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA. OFENSA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. *Mandamus* impetrado com o objetivo de compelir a autoridade impetrada a concluir pedido de aposentadoria por tempo de contribuição B-42, protocolado em 22/03/2019 e não apreciado até a data da presente impetração, em 29/07/2019.

2. A Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que: "Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada".

3. Desta feita, nos termos da legislação de regência, a Administração possuía o prazo de 30 (trinta) dias para apreciar o requerimento administrativo apresentado pela parte impetrante, desde que devidamente instruído, sendo certo, porém, que tal prazo não restou observado, conforme alhures mencionado.

4. Neste contexto, diante dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência vazados na Constituição Federal, que impõem à Administração Pública pautar-se dentro dos limites desses mesmos princípios, e face à legislação de regência, de rigor a concessão da segurança pleiteada. Precedentes do C. STJ.

5. Remessa oficial não provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto da Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora), com quem votaram os Des. Fed. MÔNICA NOBRE e MARCELO SARAIVA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5028773-51.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECHNO PUMP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO QUERINO DE ASSIS - SP372196-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5028773-51.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECHNO PUMP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA, MARCELO QUERINO DE ASSIS
Advogado do(a) APELADO: MARCELO QUERINO DE ASSIS - SP372196-A
Advogado do(a) APELADO: MARCELO QUERINO DE ASSIS - SP372196-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 119962662) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107693709) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 120113057).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5028773-51.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECHNO PUMP COMERCIO E REPRESENTACOES LTDA, MARCELO QUERINO DE ASSIS
Advogado do(a) APELADO: MARCELO QUERINO DE ASSIS - SP372196-A
Advogado do(a) APELADO: MARCELO QUERINO DE ASSIS - SP372196-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitero-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E.g. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003759-23.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HYDRO Z INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003759-23.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HYDRO Z INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120288869) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 106879710) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123786081).

É o relatório.

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "futura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000651-20.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SPRAYING SYSTEMS DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000651-20.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SPRAYING SYSTEMS DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 116430855) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 3075574) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial (ID 108870248).

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123777822).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000651-20.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SPRAYING SYSTEMS DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: JOSE REINALDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA JUNIOR - SP146428-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições"

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010872-07.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

APELADO: CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010872-07.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

APELADO: CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120094521) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 106525531) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e deu parcial provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 122791018).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010872-07.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
APELADO: CENTRO DE DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS PINHEIROS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002361-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MDC MAX DAETWYLER DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MIGUEL BARBADO NETO - SP275920-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002361-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MDC MAX DAETWYLER DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MIGUEL BARBADO NETO - SP275920-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 104585255) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 6026693) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que inexistente regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois não afronta o conceito constitucional de faturamento, bem como o ICMS devido é um custo de produção, como qualquer outro.

Embargos de declaração da parte autora acolhidos (ID 107481048), para sanar as omissões apontadas, para condenar a União Federal nos honorários recursais e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

Desta decisão a União Federal interpõe um segundo agravo interno/complementação (ID 123634427), alegando que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 107439316 e 125593139).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002361-20.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MDC MAX DAETWYLER DO BRASIL COMERCIO DE EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MIGUEL BARBADO NETO - SP275920-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicada orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento aos agravos da União Federal.

É o voto.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento aos agravos, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: IRENO CARVALHO TEIXEIRA FILHO
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA ZAMARIOLLO DOS SANTOS - SP207772-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DESPACHO

Intime-se o apelante para que regularize a digitalização, notadamente quanto à sentença (fls. 704 e 704 vº).

Após, cls.

Int. Publique-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0762428-79.1986.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: JOSE EURICO FERREIRA DE OLIVEIRA, JOSE MIRANDA DA CRUZ NETO
Advogado do(a) APELANTE: OSIRIS LEITE CORREA - SP20425
Advogado do(a) APELANTE: OSIRIS LEITE CORREA - SP20425
APELADO: BANCO AUXILIAR SA EM LIQUIDACAO, BANCO AUXILIAR DE INVESTIMENTOS SA EM LIQUIDACAO, BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogado do(a) APELADO: CARLOS OLAIL DE CARVALHO - SP33154
Advogado do(a) APELADO: SERGIO SEBASTIAO SALVADOR - SP86627

DESPACHO

A ação foi proposta por **Miguel Carlos Bove e outros** contra o **Banco Auxiliar S.A., Banco Auxiliar de Investimentos S.A e Banco Central do Brasil** (inicial: Id 102416714 - págs. 6/15). A instância *a qua* julgou extinto o feito, bem como a cautelar apensada, **quanto ao Banco Central do Brasil** e determinou, após o trânsito em julgado, a remessa dos autos a uma *das Varas do Foro Central desta Capital* (Id 102417718 - págs. 8/16). O *decisum*, portanto, não pôs fim ao processo, mas apenas o extinguiu em relação a um dos litisconsortes passivos, de modo que o recurso cabível seria agravo de instrumento. A interposição de apelação, como fizeram os autores (Id 102417718 - págs. 26/38) constitui erro grosseiro, razão pela qual é de se considerar a impossibilidade de seu conhecimento. Por conseguinte, **manifestem-se as partes**, no prazo de 5 dias, em virtude do artigo 10 do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014780-34.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: BEBIDAS POTY LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Homologo a desistência pleiteada (ID nº 135430552), nos termos do artigo 998 do Código de Processo Civil, deixando de conhecer do agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intime-se.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Observadas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001028-62.2000.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: LATICINIOS FLOR DA NATALTA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO KOIN KROUNSE DENTES - SP274307
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001028-62.2000.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por LATICÍNIOS FLOR DA NATAL LTDA, em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese: que o PIS exigido na execução fiscal consiste em tributação reflexa, decorrente de atuação do IRPJ devido nos exercícios de 1986 a 1988, anos-base 1985/1987; nulidade do título executivo, pois pendente de julgamento de mérito a inscrição relativa ao IRPJ, sendo que o recurso interposto na esfera administrativa, embora parcialmente provido, não considerou aspectos básicos referentes às Contribuições e Doações, Brindes, Arrendamento Mercantil, Suprimento de Caixa e Passivo Financeiro.

Juntado aos autos o processo administrativo e indeferida a produção de prova pericial, por se tratar de matéria de direito, bem como em razão do descumprimento do art. 16, §2º, da LEF.

Em face de manifestação da embargada, foi reconhecida a conexão entre os presentes embargos, opostos em face da Execução Fiscal nº 98.0552576-7 (lançamento do PIS) e os Embargos à Execução Fiscal nº 2003.61.82.049823-5, opostos em face da Execução Fiscal nº 98.0553117-1 (lançamento de IRPJ), uma vez que o lançamento do PIS originou-se do lançamento do IRPJ, reconhecendo-se relação de prejudicialidade entre as ações e determinando-se a suspensão do feito até julgamento definitivo dos embargos conexos, nos termos do art. 265, IV, "a", do CPC.

Após o julgamento definitivo dos embargos conexos, constatou-se que a prejudicialidade externa, em decorrência de tributação reflexa, referia-se a tributos exigidos nos autos da Execução Fiscal nº 2002.61.82.048578-9, trâmite perante a 9ª Vara Especializada em Execuções Fiscais/SP, razão pela qual se manteve a suspensão do feito até decisão definitiva em embargos eventualmente opostos ou até eventual preclusão do direito naqueles autos.

Embargos julgados improcedentes.

Interposto recurso de apelação pela embargante, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença, pois em despacho de fl. 462 afirmou tratar-se de matéria unicamente de direito, não podendo agora justificar a improcedência da demanda por falta de provas. No mérito, aduz resta claro que a apelante escreveu incorretamente, sob a rubrica "Contribuições e Doações", parcelas pagas e classificáveis em outros itens, cuja relação foram apresentadas à fiscalização e não aceitas, tendo havido impropriedade na dedutibilidade das parcelas, pois, regulares e permanentes, foram pagas em razão de serviços prestados por guardas-mirins, sendo as demais parcelas todas usuais e normais, constituindo despesas operacionais necessárias às atividades da empresa apelante, e, antes de serem consideradas parcelas de "contribuições e doações", constituem, sobretudo, publicidade dos negócios da embargante, bastando que haja correspondência entre o objetivo social e a promoção abrangida pelo órgão executor, como nos casos de parcelas destinadas a exposições e festivais municipais; em relação aos brindes, aduz que têm a finalidade de promoverem a empresa apelante e são de diminuto valor, considerado o volume de faturamento da apelante, devendo ser admitidos como dedutíveis, porque condizentes com o relacionamento público, abrangendo a necessidade da apelante em razão de sua atividade; argumenta, outrossim, que, conforme se verifica na fundamentação do Auto de Infração lavrado, não há na legislação qualquer indicação, previsão ou definição concreta quanto ao que possa ter sido interpretado como em desacordo com as disposições da Lei nº 6.099/74 para justificar a descaracterização, porquanto o fato da concentração de pagamentos no início ou no fim do contrato em nada influencia para tanto; aduz, ainda, que, quanto ao suprimento de caixa, foi acusada de omitir receita operacional; entretanto, o art. 181 do RIR/80 é claro ao concluir que os recursos de caixa fornecidos à empresa por seus sócios não podem, por si só, serem considerados como receita operacional omitida e servirem de base para arbitramento do montante tributável; todas as parcelas pretendidas como omissão de receitas foram levantadas dos registros contábeis da empresa, diretamente das contas específicas dos empréstimos; nenhuma parcela foi pinçada de outras contas ou à margem da contabilidade; os empréstimos dos sócios, cujas origens foram suscitadas pela fiscalização, têm os seus montantes justificados pelos respectivos sócios, nos rendimentos de várias fontes (externas), inclusive a venda de produtos agropecuários, e também no recebimento de pró-labore e resgates de empréstimos anteriores (internos); antes mesmo de se falar em capacidade financeira dos sócios, merece reparo os valores indicados pela fiscalização, mediante a exclusão de parcelas referentes a pagamento de duplicatas por parte dos sócios, na qualidade de compradores de produtos da apelante, transferência de crédito de um para outro sócio, e recursos repassados aos sócios pela própria empresa apelante, com coincidência ou proximidade das datas com as dos suprimentos (até 7 dias); em relação ao passivo fictício, a acusação fiscal é de falta de comprovação do passivo circulante e/ou de se encontrarem ainda pendentes de pagamento nos balanços patrimoniais de 30.06.1986 e 31.12.1986 as importâncias indicadas, nas contas "Transportadoras a Pagar", "Fornecedores" e "Credores Vários", argumentando a apelante que as parcelas indicadas não fazem parte dos saldos nas datas mencionadas, além de jamais poderem ser consideradas como passivo fictício e sofrer tributação como receita omitida, pois nunca fizeram parte do saldo daqueles balanços; as relações elaboradas e oferecidas como suporte é que são definitivas.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001028-62.2000.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: LATICÍNIOS FLOR DA NATAL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO KOIN KROUNSE DENTES - SP274307
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre observar que a Execução Fiscal nº 98.0553117-1 (0553117-73.1998.4.03.6182), referente ao IRPJ, foi julgada extinta, pelo pagamento, nos termos do art. 794, I, do CPC, tendo sido julgados extintos, sem resolução do mérito, os embargos à execução fiscal opostos a ela, conforme consulta ao sistema informatizado da Justiça Federal da 3ª Região.

Outrossim, acerca da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, dispõe a Lei nº 6.830/80:

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

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

§ 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

Por sua vez, o art. 202, do Código Tributário Nacional dispõe:

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

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

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

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

IV - a data em que foi inscrita;

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

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

Verifica-se que, no caso em tela, a Certidão de Dívida Ativa atende a todos os dispositivos legais pertinentes à matéria.

Ademais, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às execuções fiscais só se justifica nos casos de não haver disciplina específica na Lei n. 6.830/80 acerca da matéria, o que não se verifica *in casu*.

Encontra-se pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que "Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de liquidez e certeza, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será desmerecida e, com o prosseguimento da execução, será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que terá que enfraquecê-lo..." (v. Acórdão da 5ª T. do extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11).

Portanto, caberia à embargante comprovar suas alegações, desconstituindo o título executivo, ônus do qual não se desincumbiu, mostrando-se desnecessária a prova pericial, a teor do artigo 420, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao artigo 464, § 1º, I, do atual CPC).

Com efeito, nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade da produção de prova, indeferindo-a se entendê-la desnecessária ou impertinente.

Nessa linha:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ICMS-IMPORTAÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. SÚMULA 7/STJ. NORMA LOCAL. SÚMULA 280/STF. TAXA DE CÂMBIO. FATO GERADOR. DESEMBARÇO ADUANEIRO.

(...)

3. Não há nulidade por cerceamento de defesa quando o julgador entende desnecessária a produção de prova pericial e profere decisão devidamente motivada na prova documental que reputa suficiente (REsp 1.277.440/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/2/2012).

(...)"

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.660.422/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 27.06.2017, DJe 30.06.2017)

No caso dos autos, não logrou a embargante juntar aos autos todos os documentos indispensáveis à sua defesa, conforme disposto no art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80, não servindo a prova pericial para compensar a falta da documentação necessária para ilidir a presunção de certeza e liquidez do título executivo.

Há de se observar que a embargante poderia ter interposto recurso em face da decisão que indeferiu a prova pericial, pois o fato de ser a matéria exclusivamente de direito não afasta o fato da necessidade de colacionar, com a inicial dos embargos, os documentos indispensáveis à comprovação de seu direito.

Desse modo, entendendo que a prova pericial não seria pertinente para a formação de seu juízo de convencimento, houve por bem o MM. Juiz *a quo* indeferir-la, mas não há na decisão de seu indeferimento o entendimento de que os documentos já acostados aos autos eram suficientes. Veja-se o despacho como proferido (ID 90522752 – p. 82):

"Os fatos e fundamentos jurídicos do pedido tal qual postos na inicial independem de prova pericial, testemunhal e vistorias para formação de juízo de convencimento. Assim, indefiro a provas requeridas, por tratar-se de matéria, exclusivamente, de direito.

Outrossim, não cumpriu o embargante o disposto no artigo 16, parágrafo 2º da Lei 6830/80."

Cabe ressaltar, ainda, que o pedido de produção de prova pericial foi genérico, protestando na inicial "provar o alegado com os documentos que obtiver até o julgamento dos presentes Embargos, testemunhas, perícias, vistorias, informações que forem requisitadas às autoridades em cujo poder estiverem elementos para declarar a verdade com o processo administrativo nº 10850.000341/91-66".

No tocante aos documentos acostados aos autos, conforme consignado pelo MM. Juiz *a quo*, há questões fáticas que a mera documentação colacionada não comprova.

Tendo a questão já sido apreciada em sede administrativa, quando apenas parte das alegações foi considerada válida, em face da ausência da documentação comprobatória das demais, a embargante deveria ter colacionado a estes autos os documentos exigidos pela autoridade administrativa, tais como cópia dos livros fiscais, de notas fiscais, de Declaração de Rendimentos, de DCTF, para permitir que na esfera judicial pudesse se resolver a discussão a seu favor.

A Lei nº 6.830/80 é clara em seu art. 16, § 2º:

"§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite."

Não há na legislação acima transcrita prazo para a produção de prova documental, ainda mais em se tratando de documentação em posse da embargante, não havendo, assim, razão para não acompanharem a exordial.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação da embargante**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PIS. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTeza NÃO ILIDIDA PELA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. ÔNUS DO EMBARGANTE. ART. 16, § 2º, DA LEF.

I - CDA que atende a todos os dispositivos legais pertinentes à matéria.

II - Aplicação subsidiária do CPC às execuções fiscais somente nos casos de omissão da Lei nº 6.830/80 acerca da matéria, o que não se verifica *in casu*.

III - Caberia à embargante comprovar suas alegações, desconstituindo o título executivo, ônus do qual não se desincumbiu, mostrando-se desnecessária a prova pericial, a teor do artigo 420, parágrafo único, inciso I, do CPC/73 (correspondente ao artigo 464, § 1º, I, do atual CPC).

IV - No caso dos autos, não logrou a embargante juntar aos autos todos os documentos indispensáveis à sua defesa, conforme disposto no art. 16, § 2º, da Lei nº 6.830/80, não servindo a prova pericial para compensar a falta da documentação necessária para ilidir a presunção de certeza e liquidez do título executivo.

V - Nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade da produção de prova, indeferindo-a se entendê-la desnecessária ou impertinente.

VI - Há de se observar que a embargante poderia ter interposto recurso em face da decisão que indeferiu a prova pericial, pois o fato de ser a matéria exclusivamente de direito não afasta o fato da necessidade de colacionar, com a inicial dos embargos, os documentos indispensáveis à comprovação de seu direito.

VII - Desse modo, entendendo que a prova pericial não seria pertinente para a formação de seu juízo de convencimento, houve por bem o MM. Juízo *a quo* indeferir-la, mas não há na decisão de seu indeferimento o entendimento de que os documentos já acostados aos autos eram suficientes.

VIII - Cabe ressaltar, ainda, que o pedido de produção de prova pericial foi genérico, protestando na inicial "provar o alegado com os documentos que obtiver até o julgamento dos presentes Embargos, testemunhas, perícias, vistorias, informações que forem requisitadas às autoridades em cujo poder estiverem elementos para declarar a verdade com o processo administrativo nº 10850.000341/91-66". Cerceamento de defesa não configurado.

IX - No tocante aos documentos acostados aos autos, conforme consignado pelo MM. Juízo *a quo*, há questões fáticas que a mera documentação colacionada não comprova.

X - Tendo a questão já sido apreciada em sede administrativa, quando apenas parte das alegações foi considerada válida, em face da ausência da documentação comprobatória das demais, a embargante deveria ter colacionado a estes autos os documentos exigidos pela autoridade administrativa, tais como cópia dos livros fiscais, de notas fiscais, de Declaração de Rendimentos, de DCTF, para permitir que na esfera judicial pudesse se resolver a discussão a seu favor.

XI - Não há na legislação pertinente à matéria (art. 16, § 2º, da LEF), prazo para a produção de prova documental, ainda mais em se tratando de documentação em posse da embargante, não havendo, assim, razão para não acompanharmos a exordial.

XII - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0037290-97.1999.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LUIZ EDUARDO DE SOUZA NEVES SCHEMY - SP203946-A, WALDIR LUIZ BRAGA - SP51184-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0037290-97.1999.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: AMANDA MELLEIRO DE CASTRO HOLL - SP267832
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno/legal interposto por HEWLETT-PACKARD DO BRASIL LTDA, sucessora por incorporação de EDS ELETRONIC DATA SYSTEMS DO BRASIL LTDA, em face da decisão proferida às fls. 235/236 (ID 107574626) que, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC/1973, negou seguimento à apelação, mantendo a r. sentença de improcedência da ação.

Em suas razões de inconformismo a agravante alega, em síntese, que a Lei nº 8.880/94, de fato, alterou o critério de correção monetária das demonstrações financeiras, pelo que o cálculo da UFIR não se manteve da forma como até então prevista através do IPCA-E. Sustenta que essas distorções influenciaram no resultado da agravante, pois seus balanços apresentaram correção monetária devedora no ano-calendário de 1994, ou seja, o valor do patrimônio líquido superou o ativo permanente, pelo que sem a utilização do índice real na atualização do balanço, foi apurado lucro contábil artificial e o IRPJ e a CSLL, incidentes sobre esse lucro, incidiram, também, sobre o seu patrimônio. Aduz que o art. 38 da Lei nº 8.880/94 propiciou e determinou a manipulação inconstitucional de índices, em detrimento dos interesses e direitos dos contribuintes (fls. 239/251 ID/107574626).

Intimada, a parte agravada se manifestou às fls. 314/318.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0037290-97.1999.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: HEWLETT-PACKARD BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: AMANDA MELLEIRO DE CASTRO HOLL - SP267832
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A agravante interpôs ação visando o reconhecimento do seu direito à dedução fiscal extemporânea do saldo devedor da CMB IPC 94, apurado em face do disposto no artigo 38, da Lei nº 8.880/94, das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, e todas as implicações fiscais decorrentes, no percentual de 41,94% (equivalentes a UFIR de R\$ 0,7978, em julho/94, e R\$ 0,8628, em agosto/94), na medida em que for apurada base de cálculo desses tributos, em face da adoção do IPC-M, divulgado pela FGV, sempre juízo de eventual fiscalização.

O art. 38 da Lei nº 8.880/94 instituiu a Unidade Real de Valor (URV) como parâmetro para o cálculo dos índices de correção monetária nos dois primeiros meses de implantação do Plano Real (julho e agosto de 1994), em razão da expectativa de que os índices de correção monetária até então existentes não conseguiriam reproduzir a nova realidade econômica decorrente da implementação do novo plano monetário.

Pois bem. O caso não merece mais discussões. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 16/05/2019, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu que: "É constitucional o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, não importando a aplicação imediata desse dispositivo violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal".

A orientação adotada pela Suprema Corte no julgamento da ADPF 77, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99), afastou, outrossim, a tese de que o artigo 38 da Lei 8.880/94 importou em expurgo inflacionário, uma vez que não suprimiu o poder dos índices de correção monetária de aferir a perda do poder aquisitivo da moeda.

Frise-se que as decisões proferidas pela Corte Constitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade são de observância obrigatória pelos demais juízes e tribunais, por força do disposto no artigo 927, inciso I, do CPC.

Desta feita, tendo sido afastada pela Suprema Corte a alegação de que houve expurgos inflacionários por força do artigo 38 da Lei nº 8.880/94, não há que se falar em majoração artificial dos resultados apurados a partir do ano-calendário 1994.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

AGRAVO INTERNO/LEGAL. TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO DE DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. ART. 38 DA LEI Nº 8.880/94. CONSTITUCIONALIDADE. ADPF 77.

1. O art. 38 da Lei nº 8.880/94 instituiu a Unidade Real de Valor (URV) como parâmetro para o cálculo dos índices de correção monetária nos dois primeiros meses de implantação do Plano Real (julho e agosto de 1994), em razão da expectativa de que os índices de correção monetária até então existentes não conseguiriam reproduzir a nova realidade econômica decorrente da implementação do novo plano monetário.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal, em 16/05/2019, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 77, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, decidiu que: "É constitucional o art. 38 da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, não importando a aplicação imediata desse dispositivo violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal".
3. A orientação adotada pela Suprema Corte no julgamento da ADPF 77, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99), afastou, outrossim, a tese de que o artigo 38 da Lei 8.880/94 importou em expurgo inflacionário, uma vez que não suprimiu o poder dos índices de correção monetária de aferir a perda do poder aquisitivo da moeda.
4. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000884-23.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INSTANTSHOP INDUSTRIA E COMERCIO DE DISPLAYS E EQUIPAMENTOS PARA VAREJO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0000884-23.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INSTANTSHOP INDUSTRIA E COMERCIO DE DISPLAYS E EQUIPAMENTOS PARA VAREJO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123199231) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 117454237) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 126194980).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0000884-23.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INSTANTSHOP INDUSTRIA E COMERCIO DE DISPLAYS E EQUIPAMENTOS PARA VAREJO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: CARMINO DE LEO NETO - SP209011-A, FABIO DE OLIVEIRA MACHADO - SP253519-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constituirá receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008525-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008525-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A, DJALMA DOS ANGELOS RODRIGUES - SP257345-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A, DJALMA DOS ANGELOS RODRIGUES - SP257345-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 89535209) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 4803423) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu provimento à apelação da parte autora para condenar União Federal ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 8% (oito por cento) sobre o proveito econômico obtido pela parte autora.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Embargos de declaração da parte autora acolhidos (ID 99328583), para sanar a omissão apontada, e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

Desta decisão a União Federal interpõe um segundo agravo interno/complementação (ID 104565681), alegando que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o efetivamente recolhido.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 90254594 e 122738720).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5008525-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A, DJALMA DOS ANGELOS RODRIGUES - SP257345-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ARYCOM COMUNICACAO VIA SATELITE LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: LEONARDO BRIGANTI - SP165367-A, DJALMA DOS ANGELOS RODRIGUES - SP257345-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento aos agravos da União Federal.

É o voto.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

4. Agravos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento aos agravos, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000191-15.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: VIA NECTARE TECNOLOGIA EM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LETICIA RAMIRES PELISSON - SP257436-A, LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000191-15.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: VIA NECTARE TECNOLOGIA EM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LETICIA RAMIRES PELISSON - SP257436-A, LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 90349326) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 41367353) que, nos termos do artigo 932, do CPC, deu provimento à apelação da impetrante, para afastar a litispendência e reconhecer o seu direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como de compensar os valores indevidamente recolhidos a esse título, a partir de 01.2015, nos moldes do pedido, observando-se o disposto no art. 170-A, do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que inexistente regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois não afronta o conceito constitucional de faturamento, bem como o ICMS devido é um custo de produção, como qualquer outro. Por fim alega que em relação à compensação, mister ressaltar a impossibilidade de se compensar os tributos aqui discutidos com as contribuições previdenciárias. Isso porque o artigo 74, da Lei nº 9.430/1996 não se aplica às contribuições de que trata o art. 2º da Lei nº 11.457/2007.

Embargos de declaração da impetrante parcialmente acolhidos (ID 101930680), para sanar a omissão apontada, e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

Desta decisão a União Federal interpôs um segundo agravo interno/complementação (ID 107707052), alegando que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

A impetrante também interpôs agravo interno (107447211), alegando que tem direito à restituição do indébito em sede mandamental.

Intimadas, manifestaram-se nos autos a impetrante (ID 99748423 e 115273394) e a União Federal (ID 108932078).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000191-15.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: VIA NECTARE TECNOLOGIA EM BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: LETICIA RAMIRES PELISSON - SP257436-A, LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pelas agravantes em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) *súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*
- V - *depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:*
- a) *súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;*
- b) *acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;*
- c) *entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;*

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Quanto ao direito à restituição, a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, nos termos da Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça:

"O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula nº 269 do E. STF:

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

Quanto à questão da compensação tributária entre espécies, o Colendo STJ, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.137.738/SP, decidiu que se *"aplica a legislação vigente à época do ajuizamento da demanda, ressalvando-se o direito do contribuinte proceder à compensação dos créditos pela via administrativa, em conformidade com normas posteriores, desde que atendidos requisitos próprios."*, deste modo, veja que no ajuizamento da presente ação, já era vedada a compensação com contribuições previdenciárias, pois inaplicáveis as inovações da Lei nº 13.670, de 30 de maio de 2018.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento aos agravos da impetrante e da União Federal.

É o voto.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. RESTITUIÇÃO. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Quanto ao direito à restituição, a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, nos termos da Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula nº 269 do E. STF.
5. Agravos da impetrante e da União Federal improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento aos agravos da impetrante e da União Federal, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026182-19.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: METRO CUBICO PROJETOS E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO OLIVEIRA GODOI - SP143250-A, ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANCA - SP246222-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026182-19.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: METRO CUBICO PROJETOS E CONSULTORIA LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO OLIVEIRA GODOI - SP143250-A, ALEXANDER GUSTAVO LOPES DE FRANCA - SP246222-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 122836394) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) e agravo interno (ID 122779730) interposto por Metro Cúbico Projetos e Consultoria Ltda. contra a decisão proferida por este Relator (ID 107794916) que, nos termos do artigo 932, do CPC, deu provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente pagos a esse título, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ISS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Requer, por fim, que a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

A impetrante, por sua vez, alega que a r. decisão foi omissa quanto à exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

Intimadas, manifestaram-se nos autos a impetrante (ID 123787359) e a União Federal (ID 125517639).

É o relatório.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a exclusão do PIS e da COFINS da sua própria base de cálculo, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei fez menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES. FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp n.º 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução n.º 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei n.º 9.065/95, 30 da Lei n.º 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei n.º 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, raciocínio igualmente aplicável ao ISS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CÉDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018).

A propósito, destaco que e. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE n.º 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "latura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Com razão a impetrante, vez que houve omissão no julgado.

No entanto, em pese a longa e substancial argumentação da impetrante, forçoso reconhecer que embora o c. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE n.º 574.706/PR, não há como estender seus efeitos para o caso apresentado nos autos.

Observe que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro", senão vejamos:

"TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória."

(RE 582461 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-06 PP-01160).

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas n.ºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.
2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.
3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).
4. Agravo regimental não provido."

(ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE. 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE. 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(ARE 759877 AgR, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014).

No mesmo sentido, é o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso (representativo da controvérsia):

"RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: "XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos".
2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.
- 2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

...

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

...

(REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016).

Anote-se, ainda, que a aplicação do entendimento do “tributo por dentro” se deve à mecânica, ou seja, à sistemática, razão pela qual, neste momento, não vislumbro relevância na tese da “base de cálculo” distinta.

Assim, em razão do exposto, entendo que, por ora, deve ser mantida a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do c. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao agravo da União Federal e dou provimento ao agravo da impetrante, apenas para sanar a omissão apontada.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravos internos interpostos pela União Federal por Metro Cúbico Projetos e Consultoria Ltda. contra a decisão proferida pelo Relator (ID 107794916) que, nos termos do artigo 932, do CPC, deu provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente pagos a esse título, observadas a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN.

O eminente relator negou provimento ao recurso da União e deu provimento ao do contribuinte, somente para sanar a omissão. Concordo com o exame do agravo do ente público, todavia dou provimento ao do impetrante em maior extensão.

O Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 574706, com repercussão geral reconhecida, entendeu que os valores arrecadados a título de ICMS não são incorporados ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, uma vez que a arrecadação daquele imposto constitui tão somente ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual e, assim, não representa faturamento ou receita. Destarte, razoável que se aplique o mesmo raciocínio ao presente caso, consoante a tese fixada pelo Excelso Pretório, haja vista a identidade de fundamentos e especialmente porque tributos não devem realmente integrar a base de cálculo de outros tributos. Inclusive, quanto a essa questão, saliente-se que não afasta o presente entendimento o fato de o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE n. 582461, ter concluído no sentido de ser constitucional a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo, uma vez que, ao contrário do que acontece com as contribuições ao PIS e a COFINS, há autorização expressa no texto da Carta Magna de 1988 a esse respeito, *verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (grifei)

Nesse ponto, cumpre lembrar a forma de cálculo das contribuições em comento. Uma vez que a base de cálculo de tais tributos é a receita bruta ou faturamento, vale tomar como caso hipotético os valores expressos em uma eventual nota fiscal emitida pelo contribuinte, quais sejam:

Valor da mercadoria: R\$ 100,00

Base de cálculo do ICMS: R\$ 100,00

Valor de ICMS: R\$ 18,00 (considerada a alíquota de 18%)

Valor de IPI: R\$ 20,00 (considerada a alíquota de 20%)

Valor do PIS: R\$ 1,65 (considerada a alíquota de 1,65%)

Valor da COFINS: R\$ 7,60 (considerada a alíquota de 7,6%)

Valor total da nota: R\$ 147,25 (saliente-se que o PIS e a COFINS serão destinados à fazenda da mesma forma que o ICMS e o IPI, os quais já foram devidamente excluídos da base de cálculo das contribuições mencionadas: o primeiro (ICMS), nos termos do julgamento do RE n. 574706, ao passo que o segundo (IPI) o foi em decorrência de sua natureza não cumulativa e da cobrança destacada na nota, nos termos do artigo 2º da Lein. 12.973/14, o qual adicionou o § 4º ao artigo 12 do Decreto-Lein. 1.598/77).

Conclusão: no momento em que a empresa for contabilizar o que deve ser pago a título de PIS e de COFINS (incidentes sobre o seu faturamento, ou seja, de acordo com o exemplo hipotético, sobre o valor total da nota – R\$ 147,25), deparar-se-á com uma situação de verdadeiro extrapolamento, eis que sofrerão essa incidência numerais que tão somente transitaram pela contabilidade da pessoa jurídica, sem jamais terem participado efetivamente do resultado de sua atividade econômica.

Assim, ao se admitir que o *quantum* pago a título de PIS e de COFINS (destacados em nota fiscal) integre o valor total da nota, em realidade referenda-se que essas contribuições fazem parte do faturamento da pessoa jurídica, o que viola o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual os particulares devem contribuir conforme a sua capacidade econômica e não de acordo com valores que sequer fazem parte de seu faturamento, considerado que serão repassados compulsoriamente ao fisco.

Ressalve-se que, apesar de o assunto em debate não tratar da exceção prevista no artigo 155, § 2º, inciso XI, da CF/88 (exclusão do IPI da base de cálculo do ICMS, em operações em que se configurem fatos geradores dos dois impostos e relativos a produto destinado à industrialização ou à comercialização), não há se falar em legitimidade da inclusão de tributos na base de cálculo de outros, especialmente porque, ao se permitir essa adição, extrapola-se a base impositiva dos mesmos.

- Prazo prescricional na repetição de indébito de tributos sujeitos à homologação

A questão relativa à contagem de prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, à vista do Recurso Especial nº 1.269.570/MG, julgado recentemente, em 23.05.2012, e seguiu o entendimento que foi definido no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a repetição ou compensação de indébitos pode ser realizada em até dez anos contados do fato gerador somente para as ações ajuizadas até 09.06.2005. Por outro lado, foi considerada: "válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005".

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 deve ser aplicado às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005. No caso dos autos, verifica-se que a ação foi proposta em 18.06.2019 e, portanto, aplicável o prazo prescricional quinquenal.

- Necessidade de comprovação do recolhimento em sede de mandado de segurança para fins de compensação

No que tange à **pessoa jurídica**, a questão da comprovação para fins de compensação tributária no âmbito do mandado de segurança foi objeto de nova análise pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do Resp 1.365.095/SP e do Resp 1.715.256/SP, apreciados sob a sistemática dos recursos repetitivos), que concluiu que basta a demonstração da qualidade de contribuinte em relação ao tributo alegadamente pago de forma indevida. Dessa forma, os valores efetivamente a serem compensados somente serão apurados na seara administrativa, momento em que devem ser apresentados todos os documentos pertinentes ao recolhimento a maior. Em outras palavras, para o deferimento do pleito compensatório requerido judicialmente não se faz imprescindível a juntada das guias de pagamento, necessárias apenas no momento em que se for efetivar a compensação perante o fisco. Assim, considerado o período quinquenal a ser compensado, deverá ser deferida a compensação nesta sede pleiteada, porquanto comprovado o direito líquido e certo necessário para a concessão da ordem no presente remédio constitucional.

- Compensação de valores indevidamente recolhidos

A parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à compensação do indébito relativo ao recolhimento a maior do PIS e da COFINS.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça exarado no Recurso Especial nº 1.137.738/SP, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no tocante à compensação deve ser aplicada a lei vigente à época da propositura da demanda.

In casu, deve ser aplicada a Lei nº 10.637/2002, com as limitações previstas na Lei nº 11.457/2007, ambas vigentes à época da propositura da demanda. Nesse ponto, cumpre registrar que a Lei n. 13.670/18 incluiu o artigo 26-A à Lei n. 11.457/07, a permitir que o sujeito passivo que apure crédito tributário possa utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, à exceção das contribuições das contribuições previdenciárias pelo contribuinte que não utilizar o eSocial (quanto a essa questão, já foi inclusive editada uma instrução normativa pela Receita Federal, qual seja, a IN 1.810/18). Seguem disposições normativas mencionadas, *litteris*:

Lei n. 11.457/07

Art. 26-A. O disposto no art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996: *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

I - aplica-se à compensação das contribuições a que se referem os arts. 2º e 3º desta Lei efetuada pelo sujeito passivo que utilizar o Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas (eSocial), para apuração das referidas contribuições, observado o disposto no § 1º deste artigo; *(Incluído pela Lei nº 13.670, de 2018)*

IN 1.810/18

Art. 2º A Instrução Normativa nº 1.717, de 17 de julho de 2017, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 65. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o crédito decorrente de decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvada a compensação de que trata a Seção VII deste Capítulo. *(trecho alterado)*

Relativamente ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a matéria foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais n.º 1.164.452/MG e n.º 1.167.039/DF representativos da controvérsia, que foram submetidos ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil e regulamentado pela Resolução n.º 8/STJ de 07.08.2008, no qual fixou a orientação no sentido de que essa norma deve ser aplicada tão somente às demandas propostas após sua entrada em vigor, que se deu com a Lei Complementar n.º 104/2001, mesmo na hipótese de o tributo apresentar vício de constitucionalidade reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação foi proposta em 2019, após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

- Correção monetária do indébito

Quanto à correção monetária, saliento que se trata de mecanismo de recomposição da desvalorização da moeda que visa a preservar o poder aquisitivo original. Dessa forma, ela é devida nas ações de repetição de indébito tributário e deve ser efetuada com base no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do Conselho da Justiça Federal. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RECOLHIMENTO INDEVIDO. REPETIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NOTÓRIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Em hipóteses de notória divergência interpretativa, como é o caso dos autos, esta Corte tem mitigado as exigências regimentais formais, entre elas, o cotejo analítico" (AgRg no REsp 1.103.227/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 7/12/09).

2. No cálculo da correção monetária, deve ser aplicado o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determina os indexadores e expurgos inflacionários a serem aplicados na repetição de indébito. São eles: (a) a ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (b) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (c) a OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988; (d) o IPC, de janeiro de 1989 e fevereiro de 1989; (e) a BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (f) o IPC, de março de 1990 a fevereiro de 1991; (g) o INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (h) o IPCA, série especial, em dezembro de 1991; (i) a UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; (j) a Taxa SELIC, a partir de janeiro de 1996.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1171912/MG, Primeira Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03.05.2012, DJe 10.05.2012)

No que se refere aos juros de mora, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no **Recurso Especial n.º 1.111.175/SP**, representativo da controvérsia, submetido ao regime de julgamento previsto pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de que nas hipóteses em que a decisão ainda não transitou em julgado, como é o caso dos autos, incide apenas a taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária (REsp 1.111.175/SP, Primeira Seção, rel. Min. Denise Arruda, j. 10.06.2009, DJe 01.07.2009).

Ante o exposto, acompanho o relator para desprover o agravo da União, todavia dirijo para dar provimento ao do contribuinte para reformar a sentença a fim de conceder a ordem para reconhecer-lhe o direito à exclusão dos valores de PIS e de COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, bem como à compensação do *quantum* recolhido a maior, observado o prazo prescricional e consoante fundamentação anteriormente explicitada.

É como voto.

André Nabarrete - Desembargador Federal

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. EXCLUSÃO. PIS COFINS NA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. NÃO EXCLUSÃO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentaram a mesma sistemática de arrecadação.
4. Deve ser mantida a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica.
5. Agravo da União Federal improvido.
6. Agravo da impetrante provido, apenas para sanar a omissão apontada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo da União Federal, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, E, por maioria, decidiu dar provimento ao agravo da impetrante, apenas para sanar a omissão apontada, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE e o Des. Fed. SOUZA RIBEIRO. Vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que divergiu para dar provimento ao agravo do contribuinte para reformar a sentença a fim de conceder a ordem para reconhecer-lhe o direito à exclusão dos valores de PIS e de COFINS da base de cálculo das próprias contribuições, bem como à compensação do *quantum* recolhido a maior, observado o prazo prescricional. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE. A Des. Fed. MÔNICA NOBRE votou nos termos do art. 942, §1º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001787-94.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA.

Advogado do(a) APELANTE: ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A

APELADO: AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001787-94.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A

APELADO: AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 104804569) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 90497565) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e deu provimento à apelação da impetrante para afastar o condicionamento do exercício da compensação ao término do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo C. STF.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que inexistente regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois não afronta o conceito constitucional de faturamento, bem como o ICMS devido é um custo de produção, como qualquer outro.

Embargos de declaração da impetrante parcialmente acolhidos (ID 120080881), para sanar a omissão apontada, e esclarecer que o valor do ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

Desta decisão a União Federal interpõe um segundo agravo interno/complementação (ID 123332031), alegando que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 107758424 e 127344974).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001787-94.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A
APELADO: AUDI DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE VEICULOS LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELADO: HAMILTON DIAS DE SOUZA - SP20309-A, ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a fundamentação anterior.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei fez menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Portais razões, nego provimento aos agravos da União Federal.

É o voto.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento aos agravos, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002133-90.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ZAPP COMERCIO DE MOVEIS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE AUGUSTO DIAS - SP73907-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002133-90.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120353917) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 85853848) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123611370).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002133-90.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ZAPP COMERCIO DE MOVEIS LIMITADA
Advogado do(a) APELADO: HENRIQUE AUGUSTO DIAS - SP73907-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei fez menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007998-78.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, MANUELA BARBOSA DE OLIVEIRA - SP339221-A, PHILLIP ALBERT GUNTHER - SP375145-A

APELADO: EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 1007/2089

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007998-78.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, MANUELA BARBOSA DE OLIVEIRA - SP339221-A, PHILLIP ALBERT GUNTHER - SP375145-A

APELADO: EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: MANUELA BARBOSA DE OLIVEIRA - SP339221-A, RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, PHILLIP ALBERT GUNTHER - SP375145-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123069768) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 118214188) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal, deu parcial provimento à remessa oficial para reconhecer a impossibilidade de pedido de repetição de valores nos presentes autos e deu parcial provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 125965943).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5007998-78.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA

Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, MANUELA BARBOSA DE OLIVEIRA - SP339221-A, PHILLIP ALBERT GUNTHER - SP375145-A

APELADO: EMDISA DISTRIBUIDORA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: MANUELA BARBOSA DE OLIVEIRA - SP339221-A, RODRIGO EVANGELISTA MARQUES - SP211433-A, PHILLIP ALBERT GUNTHER - SP375145-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravo, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609.

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001746-72.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: BATISTA LINGERIES EIRELI - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BATISTA LINGERIES EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001746-72.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: BATISTA LINGERIES EIRELI - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BATISTA LINGERIES EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 119984120) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108333559) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento às apelações da União Federal e da parte autora.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 121874244).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001746-72.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: BATISTA LINGERIES EIRELI - ME, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, BATISTA LINGERIES EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO MARCHIORI - SP199440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições"

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial I DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000883-17.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: WEERULIN DO BRASIL REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA., NOVA PLATE REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000883-17.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: WEERULIN DO BRASIL REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA., NOVA PLATE REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123069067) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 119407407) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 123076103).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000883-17.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: WEERULIN DO BRASIL REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA., NOVA PLATE REFRATARIOS ESPECIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravo, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E.g. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000794-16.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BYG TRANSEQUIP IND E COM DE EMPILHADEIRAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OTAVIO ROMANO DE OLIVEIRA - SP231795-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000794-16.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BYG TRANSEQUIP IND E COM DE EMPILHADEIRAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OTAVIO ROMANO DE OLIVEIRA - SP231795-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 117396571) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 99473838) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 122955847).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000794-16.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BYG TRANSEQUIP IND E COM DE EMPILHADEIRAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: OTAVIO ROMANO DE OLIVEIRA - SP231795-A

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000444-24.2018.4.03.6134
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LUITEX MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDNEI ALVES MANZANO FERRARI - SP215737-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000444-24.2018.4.03.6134
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LUITEX MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDNEI ALVES MANZANO FERRARI - SP215737-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123075787) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 95374040) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que inexistente regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS, pois não afronta o conceito constitucional de faturamento, bem como o ICMS devido é um custo de produção, como qualquer outro. Por fim, alega que o ICMS a ser excluído é o efetivamente recolhido e não o destacado na nota fiscal.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123941310).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000444-24.2018.4.03.6134
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LUTEX MAQUINAS E FERRAMENTAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDNEI ALVES MANZANO FERRARI - SP215737-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005018-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INCONTROL INDUSTRIA E COMERCIO DE MEDIDORES DE VAZAO E NIVEL LTDA
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005018-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INCONTROL INDUSTRIA E COMERCIO DE MEDIDORES DE VAZAO E NIVEL LTDA
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120010184) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108639250) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123754194).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5005018-32.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARATVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INCONTROL INDUSTRIA E COMERCIO DE MEDIDORES DE VAZAO E NIVEL LTDA
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitero-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002674-10.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002674-10.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123635003) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 104326507) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e deu provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à compensação, observado o lustro prescricional de cinco anos anteriores à propositura da ação.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 125970987).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5002674-10.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARATVA
APELANTE: ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, ULTRAMONTANI COMERCIO DE JOIAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: HELOISA HARARI MONACO - SP70831-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitero-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031482-59.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PULSAR TECNOLOGIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A, MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031482-59.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PULSAR TECNOLOGIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A, MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 119997874) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108043267) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123765189).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031482-59.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PULSAR TECNOLOGIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: LUIZ CARLOS JUNQUEIRA FRANCO FILHO - SP153255-A, MARCELA VERGNA BARCELLOS SILVEIRA - SP148271-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constituirá receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRADO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgada em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRADO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003487-37.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANDRE FERREIRA PARENTE
Advogados do(a) APELADO: ALEX SANDRO GOMES ALTIMARI - SP177936-A, JANAINA CARDIA TEIXEIRA - SP287863-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intim(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004278-19.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM JUNDIAI/SP

APELADO: PRODIPANI BRASIL PRODUTOS ALIMENTARES IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: GISELE GARCIA RODRIGUES - SP216900-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **PRODIPANI BRASIL PRODUTOS ALIMENTARES IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Leir nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017897-33.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: PERSIO AILTON TOSI

Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE RIZKALLAH JUNIOR - MS6125-B

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contraminuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013188-52.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: ODIL COCOZZA VASQUEZ, MARCIA TEIXEIRA VASQUES, ODIL COCOZZA VASQUES JUNIOR, CHIVAS PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: VIVIANE PELLEGI ROSSMANN - SP360011-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela, interposto por ODIL COCOZZA VASQUES, MARCIA TEIXEIRA VASQUES, ODIL COCOZZA VASQUES JÚNIOR e CHIVAS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., contra a decisão proferida pelo r. Juízo da 3ª Vara Federal de Santos, que, na Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 0005956-81.2009.403.6104, indeferiu o pedido de substituição dos bens indisponíveis pelo imóvel rural denominado Sítio Buturuapua, registrado na matrícula nº 242.932 do Cartório de Registro de Imóveis de Itanhaém – SP.

Diante da impossibilidade de acesso aos feitos sigilosos em trâmite perante o Primeiro Grau de jurisdição, determino aos agravantes que, no prazo de 05 (cinco) dias, junte aos autos cópia legível dos documentos expressamente mencionados no inciso I, do art. 1.017, do CPC, bem como da matrícula do imóvel rural denominado Sítio Buturuapua (nº 242.932 do Cartório de Registro de Imóveis de Itanhaém – SP).

Intímem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009100-78.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIKKON FERRAMENTAS DE CORTE LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO NASSIF MOLINA - SP234297-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032841-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: AON HOLDINGS CORRETORES DE SEGUROS LTDA, AON AFFINITY DO BRASIL SERVICOS E CORRETORA DE SEGUROS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BORGES COSTA - SP250118-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL BORGES COSTA - SP250118-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por AON HOLDINGS CORRETORES DE SEGUROS LTDA., em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que indeferiu a medida liminar pleiteada nos autos originários.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

A agravante peticionou nos autos (ID 124083077) informando que nos autos principais foi proferida sentença denegando a segurança.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intím(m)-se.

Vista ao MPF.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001298-85.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE BARUERI/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DIEGO CASTILHO NOGUEIRA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ALBERTO DA SILVA ALIAGA - SP288499-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **DIEGO CASTILHO NOGUEIRA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013554-91.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: PAULO ROBERTO DE SOUZA ALVES CUNHA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE WAGNER BARRUECO SENRA FILHO - SP220656
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Paulo Roberto de Souza Alves Cunha em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo*, que recebeu embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo.

Alega que estão presentes os requisitos legais para concessão de efeito suspensivo aos embargos, uma vez que o imóvel penhorado para a garantia da execução é bem de família.

Aduz que nos autos da execução fiscal, foi penhorada a parte ideal de um imóvel composto pelo lote nº 22 da quadra 07, localizado na Vila Santa Helena, na cidade de Presidente Prudente-SP, matriculado sob o nº 40.646 – Cartório de Registro de Imóveis de Presidente Prudente-SP. No entanto, a parte ideal mencionada corresponde ao apartamento nº 21, localizado na Rua Santa Helena, nº 148, de um edifício residencial que foi construído no terreno. Dita construção ainda não foi averbada no terreno, razão pela qual não existe matrícula individualizada do bem.

Sustenta que referido imóvel não pertence ao ora agravante desde o acordo celebrado, em sua ação de separação judicial, na qual ficou acordado com sua ex-esposa que o imóvel passaria a pertencer à filha do casal, cabendo ao embargante apenas a reserva de usufruto. O acordo judicial homologado não foi averbada na matrícula do imóvel, porque a averbação da construção do edifício de apartamentos residenciais não foi efetivada por todos os proprietários, fazendo com os apartamentos constem na matrícula como parte ideal.

Alega, ainda, que por ser usufrutuário do bem, vem recebendo os aluguéis que são utilizadas para sua subsistência e para pagar pensão alimentícia que foi fixada na época de seu divórcio, pois nos últimos anos tem encontrado guarida na residência de sua mãe.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade do direito invocado nas alegações do agravante, de modo a justificar deferimento do efeito suspensivo.

Dispõe o art. 919, do CPC:

"Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1o O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificadas os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes."

Nos termos do referido dispositivo, extrai-se que, para que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: o requerimento do embargante, que estejam preenchidos os requisitos para a concessão da tutela provisória e que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Ademais, a questão atinente à atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução já foi objeto de exame pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, no regime do art. 543-C do CPC/73.

Confira-se:

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

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeito suspensivo aos embargos do devedor, somente admitindo-o excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidência sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias a ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

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

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp, n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008."

(REsp 1272827/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013).

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DO ART. 739-A, § 1º, DO CPC. RESP 1.272.827/PE, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C, CPC. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO EFEITO SUSPENSIVO PRETENDIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ, consolidada no julgamento do Recurso Especial 1.272.827/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o art. 739-A do CPC aplica-se às execuções fiscais e a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do Devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia da execução; verificação, pelo juiz, da relevância da fundamentação (fumus boni iuris) e da ocorrência de grave dano de difícil ou incerta reparação que o prosseguimento da execução possa causar ao executado (periculum in mora).

2. No caso, o Tribunal de origem indeferiu a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por concluir pela inexistência desses requisitos. Nesse contexto, rever a posição do órgão julgador a quo implica, necessariamente, reexame do quadro fático-probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de recurso especial, pela Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1351772 / RS, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgamento em 14/10/2014, publicado no DJe de 22/10/2014).

Como é bem de ver, encontra-se pacificada a questão em torno dos requisitos necessários para o recebimento dos embargos à execução Fiscal com suspensão do procedimento executório correlato, reitere-se: a) garantia integral do crédito fiscal sob execução ou prova inequívoca do esgotamento do patrimônio penhorável disponível (STJ - RESP 1127815/SP - 1ª Seção - Relator Ministro Luiz Fux - Publicado no DJe de 14/12/2010); b) demonstração do risco de dano grave de difícil ou incerta reparação por força do prosseguimento do procedimento e a c) demonstração da relevância do direito invocado.

O art. 1º da Lei 8.009/90 dispõe que: "Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei."

Resalte-se, ainda, que o fato do imóvel indicado como bem de família estar alugado não obsta o reconhecimento da impenhorabilidade, nos termos da Súmula 486/STJ: "Único imóvel residencial alugado a terceiros é impenhorável, desde que a renda obtida com o aluguel seja para subsistência do proprietário.

No caso, em que pese todo o alegado, vislumbro que o agravante não se desincumbiu de comprovar que o rendimento do imóvel penhorado destina-se à sua subsistência, bem como ao pagamento de pensão alimentícia fixada no Termo de Audiência (ação de Separação Judicial Litigiosa nº 1163/99 - ID 132956887 - págs. 107/110), uma vez que não juntou aos autos documentos que comprovem o alegado.

Ademais, ainda que a transferência do referido imóvel tenha efetivamente ocorrido por meio do Termo de Audiência mencionado acima, é sabido que a aquisição da propriedade de imóvel somente ocorre com o registro do título translativo no Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.245 do Código Civil.

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009576-40.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: LUCIANA POLIZERO DA SILVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: CESAR RODOLFO SASSO LIGNELLI - SP207804-A
APELADO: UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intím(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003734-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FERNANDO MALUHY CIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIO KADI - SP107953-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FERNANDO MALUHY CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO KADI - SP107953-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003734-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FERNANDO MALUHY CIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIO KADI - SP107953-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FERNANDO MALUHY CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO KADI - SP107953-A
OUTROS PARTICIPANTES:

R E L A T Ó R I O

Trata-se de agravo interno (ID 119997835) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108043257) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora reconhecendo o seu direito à repetição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN, em caso de compensação.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123517483).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003734-86.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FERNANDO MALUHY CIA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIO KADI - SP107953-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FERNANDO MALUHY CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO KADI - SP107953-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002362-05.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: FILON CONFECÇÕES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FILON CONFECÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002362-05.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: FILON CONFECÇÕES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FILON CONFECÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120051402) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107693702) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 120118963).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002362-05.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FILON CONFECÇÕES LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FILON CONFECÇÕES LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARIA CRISTINA LONGO DA SILVA BRAGA E SILVA - SP82595-A, RAFAEL BRAGA DA SILVA - SP383802-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei fez menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019769-20.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: ECTX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDUARDO DIAMANTINO BONFIM E SILVA - SP119083-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto por ECTX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", em execução fiscal, determinou o bloqueio de ativos financeiros através do sistema bacenjud, mesmo após o oferecimento de bem móvel.

Inconformada com a r. decisão, a parte agravante interpõe o presente recurso, aduzindo, em síntese, que o depósito de dinheiro seria muito dispendioso, dificultando, conseqüentemente, a compra das matérias primas necessárias para o desenvolvimento de suas atividades empresariais.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido:

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no e. Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade de direito nas alegações da Agravante a justificar o deferimento do efeito suspensivo pleiteado.

No caso dos autos, pretende a agravante a concessão de efeito suspensivo objetivando alcançar o desbloqueio de todos os ativos financeiros penhorados.

O e. Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento, em julgamento submetido ao rito do artigo 543-C do CPC, no sentido de que, após a vigência da Lei 11.382/2006, é possível o deferimento da penhora *on line* mesmo antes do esgotamento de outras diligências:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. PEDIDO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGÊNCIA DA LEI N. 11.382/2006. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS EM BUSCA DE BENS.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A Corte Especial e a Primeira Seção do STJ, respectivamente, ao apreciarem o REsp 1.112.943/MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.9.2010, DJ 23.11.2010, e o REsp 1.184.765-PA, Rel. Min. Luiz Fux, julgado no dia 24.11.2010, segundo a sistemática prevista no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 do STJ, confirmaram a orientação no sentido de que, no regime da Lei n. 11.382/2006, não há mais necessidade do prévio esgotamento das diligências para localização de bens do devedor para que seja efetivada a penhora on line.

3. Hipótese em que o pedido foi requerido e deferido no período de vigência da Lei n. 11.382/2006, permitindo-se a localização e a constrição dos ativos financeiros em conta da executada, por meio do sistema BacenJud, até o limite do valor exequendo.

Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.425.055/RS, DJe 27/02/2014, Relator: Ministro Humberto Martins)

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

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

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

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

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

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

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

Ora, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do credor, nos termos do artigo 797, do mesmo Código. E o dinheiro em espécie, ou depósito ou aplicação em instituição financeira ocupa o primeiro lugar na ordem preferencial de penhora, nos termos do artigo 11, inciso I e artigo 1º, in fine, da Lei 6.830/1980, c/c artigo 655, inciso I, do CPC, na redação da Lei 11.343/2006.

Dessa forma, não está a exequente obrigada a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal, justificando-se também nessa hipótese a penhora via sistema BACEN-JUD, não havendo, em tese, qualquer espécie de cerceamento de defesa a substituição em questão.

Para que não seja observada a ordem de nomeação de bens se faz necessária à efetiva demonstração no caso concreto de elementos que justifiquem dar precedência ao princípio da menor onerosidade.

Nesse sentido vem sendo o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça e deste egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a saber:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO EXCEDENTE DO BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS À VISTA DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS EXECUÇÕES FISCAIS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL PREDOMINANTE NO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, ao julgar como recurso repetitivo o REsp 1.337.790/PR (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 7.10.2013), deixou assentado que inexistente preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11 do mesmo diploma legal. E dele [do devedor] o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal dos bens penhoráveis, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

2. Conforme a orientação firmada pelo STJ, após o início da vigência da Lei nº 11.382/2006 - que alterou o Código de Processo Civil para incluir os depósitos e aplicações em instituições financeiras como bens preferenciais na ordem de constrição como se fossem dinheiro em espécie (artigo 655, I) -, a penhora eletrônica de dinheiro depositado em conta bancária não configura, por si só, violação do princípio da menor onerosidade previsto no art. 620 do CPC, mesmo com a existência de bem imóvel garantindo a execução (AgRg no Ag 1.221.342/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 15.4.2011). O art. 15, II, da Lei 6.830/1980 garante ao ente público a faculdade de pleitear, em qualquer fase do processo, além do reforço, a substituição dos bens penhora dos por outros, independentemente da ordem listada no art. 11 da mesma lei, o que significa a possibilidade de, a critério da Fazenda Pública, trocar-se um bem por outro de maior ou menor liquidez (REsp 1.163.553/RJ, 2ª Turma, Rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin, DJe de 25.5.2011). E em conformidade com o § 2º do art. 53 da Lei nº 8.212/91, é razoável admitir que o excesso de penhora verificado num processo específico não seja liberado, quando o mesmo devedor tenha contra si outras execuções fiscais (REsp 1.319.171/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 11.9.2012).

3. No presente caso, ao entender pela admissibilidade da substituição da penhora de outros bens por ativos financeiros bloqueados via Sistema BacenJud, bem como ao manter o excedente do bloqueio dos ativos financeiros para fins de substituição das garantias de outras execuções fiscais, o Tribunal de origem não violou o art. 620 do CPC; muito pelo contrário, decidiu em conformidade com a orientação jurisprudencial predominante no STJ. Aplica-se a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1414778/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 04/12/2013).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORA DOS PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC...

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática de lineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhora r outros bens (...) " -fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(STJ, REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA ESTADUAL. DESRESPEITO À ORDEM DO ART. 11 DA LEI 6.830/1980. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO REPETITIVO. APLICAÇÃO. MULTA. 1. Hipótese em que o Tribunal local consignou que "não obedecida a ordem prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/80 e sendo os títulos da dívida pública estadual ofertados à penhora carentes de cotação em bolsa, é lícito ao credor recusar os títulos como garantia da execução e incensurável a decisão que acolhe tal negativa". 2. O ordenamento jurídico em vigor não prevê direito subjetivo de fazer prevalecer, de modo generalizado e ao arrepio do rol estabelecido nos arts. 11 da LEF e 655 do CPC, sob o pretexto de observância ao princípio da menor onerosidade, a penhora deste ou daquele bem. Fosse assim, a ordem firmada nos citados dispositivos não teria sentido. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que é legítima a recusa, por parte da Fazenda Pública credora, da nomeação feita pelo executado, quando esta não observa a ordem legal de preferência. 4. O STJ pacificou o entendimento de que a análise de possível afronta ao princípio da menor onerosidade da execução (art. 620 do CPC) requer reexame de matéria fático-probatória, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Com relação ao dissídio jurisprudencial, a divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identifiem os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. 6. Como a parte agravante insiste em se insurgir contra a tese pacificada sob a sistemática do art. 543-C do CPC, deve ser aplicada a sanção prevista no art. 557, § 2º, do CPC. 7. Agravo Regimental não provido, com aplicação de multa. ..EMEN: (AGARESP 201402876316, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:31/03/2015 ..DTPB:.) g.n.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 557 DO CPC. AGRAVO LEGAL. TRIBUTÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. NÃO ACEITAÇÃO DE BEM INDICADO À PENHORA. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. - O artigo 11, caput, da Lei n.º 6.830/80, elenca o rol dos bens a serem oferecidos à penhora, devendo ser obedecida a ordem eleita pelo legislador infraconstitucional. - O princípio da menor onerosidade para o devedor não é o único critério a nortear as decisões judiciais em questões desse tipo. Além da ordem legal estabelecida pela lei, também é preciso ponderar que a execução deve ser útil para o credor, ou seja, se o bem penhora do mostrar-se de difícil comercialização ou insuficiente à garantia da execução, a constrição pode recair sobre outro, ainda que isso contrarie o interesse direto do devedor. - O julgador pode, até mesmo de ofício, recusar a nomeação dos bens realizada pelo devedor quando desobedecida a ordem prevista no artigo 655 do Código de Processo Civil ou quando esse bem for de difícil ou duvidosa liquidação, conforme os fundamentos da r. decisão agravada. - O Juízo a quo, conforme o fez, indeferir a nomeação do imóvel dado à penhora, pois patente a sua difícil e duvidosa liquidação, ao fundamento de que referido terreno está em grande parte loteado e ocupado por inúmeras residências (f. 30), bem como à vista dos indícios de que seu valor encontra-se superestimado. - O agravante em nenhum momento trouxe nas razões de seu inconformismo subsídios que comprovassem, efetivamente, que referido bem imóvel estaria livre de quaisquer impedimentos fundiários, conferindo-lhe a necessária liquidez, tampouco afastou a fundamentação do Juízo, de que o laudo de avaliação padece de imprestabilidade, pois o valor estimado seria muito superior ao valor dos imóveis da região - Inviável o pedido para que o imóvel sirva ao menos como garantia parcial do débito, considerado o expressivo valor (R\$ 39.680.000,00) colhido das pesquisas virtuais do juízo, uma vez que o terreno em questão, conforme já mencionado, padece de iliquidez, tendo em conta estar loteado. -Agravo legal improvido. (AI 00013406620144030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/04/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO).

No caso dos autos, a agravante alega que, em razão do bloqueio efetuado, terá dificuldades para adquirir a matéria prima necessária para o desenvolvimento de suas atividades.

processual. No entanto, a documentação anexada aos autos não é suficiente para comprovar tal fato, restando prejudicada a respectiva análise, tendo em vista a impossibilidade de dilação probatória neste momento

Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se a presente decisão ao MM. Juízo "a quo".

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020739-20.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: SEW-EURODRIVE BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: DANIELLA ZAGARI GONCALVES - SP116343-A, MARIA EUGENIA DOIN VIEIRA - SP208425-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZACAO E REFORMA AGRARIA - INCRA, FNDE, SEBRAE - SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM SÃO PAULO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por SEW-EURODRIVE BRASIL LTDA, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que indeferiu a medida liminar pleiteada, objetivando seja reconhecida a inexistência das contribuições destinadas ao SEBRAE, INCRA e SALÁRIO-EDUCAÇÃO.

Decido.

Civil. Conforme cópia anexada aos autos, foi proferida sentença nos autos principais, denegando a segurança requerida e julgando o feito com resolução de mérito, a teor do art. 487, inciso I, do Código de Processo

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intime(m)-se.

Vista ao MPF.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003147-26.2020.4.03.0000

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 1034/2089

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Embrasil Impressora Ltda, contra a r. decisão que indeferiu a produção de prova pericial, nos autos dos embargos à execução fiscal originários, sob a alegação de que as questões vertidas na inicial são eminentemente de direito, comportando julgamento antecipado.

Inconformada, defende a agravante que a decisão que indeferiu a produção de prova pericial causa situação de verdadeiro cerceamento do defesa, surgindo para ela uma situação de urgência, a qual deve ser sanada por meio do presente recurso de agravo de instrumento, ainda que não previsto no do rol do art. 1.015, uma vez que já reconhecido pelo C. STJ como sendo de taxatividade mitigada.

Sustenta, ainda, que através de uma minuciosa análise dos autos nota-se que a presente demanda não depende de mera questão de direito, uma vez que está condicionada à demonstração da situação fática em que se encontra o seu processo produtivo, visto que claramente não é contribuinte de IPI.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a União Federal (Fazenda Nacional) apresentou contraminuta.

Decido.

Nos termos do artigo 1.019, do CPC, recebido o agravo de instrumento no Tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o Relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao Juiz sua decisão.

Neste juízo de cognição sumária, não verifico a plausibilidade de direito nas alegações da agravante a justificar o deferimento do efeito suspensivo pleiteado.

O Magistrado, no uso de suas atribuições, deverá estabelecer a produção de provas que sejam importantes e necessárias ao deslinde da causa; é dizer, diante do caso concreto, deverá proceder à instrução probatória somente se ficar convencido da prestabilidade da prova.

Assim, sendo as provas destinadas à formação do convencimento do Juiz, pode ele indeferir o pedido de realização de prova pericial se julgar que esta não terá efeitos para o deslinde da controvérsia.

Nesse sentido, precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ANÁLISE QUANTO À COM PROVA ÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA FINS DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA (INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA O TRABALHO). CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFEÇÃO DE NOVO LAUDO PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Cumpra ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do CPC. Assim, não há cerceamento de defesa quando, em decisão adequadamente fundamentada, o juiz indefere produção de prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, a respeito do alegado cerceamento de defesa, bem como do preenchimento dos requisitos para a percepção de aposentadoria por invalidez acidentária, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 663635/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 08.06.2015)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. ESCLARECIMENTOS PELO PERITO. DESNECESSIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA DA LIDE. SÚMULA 7/STJ. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. ART. 131 DO CPC. NÃO PROVIMENTO.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões deve ser afastada a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ).

3. Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo Código de Processo Civil, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 158248 - DF, Quarta Turma, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 19.05.2015)

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A parte agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. O Tribunal de origem apreciou as teses arguidas nos declaratórios, contudo, em sentido contrário à pretensão da recorrente. Com efeito, a jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

3. "O juiz é o destinatário da prova. Como tal, cumpre a ele aferir a necessidade ou não de sua realização. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 536.191/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/3/2015, DJe 23/3/2015).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no AREsp 613051/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 19.05.2015)

No mesmo sentido, trago a colação julgados desta Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CÓPIAS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS. ÔNUS DA PARTE INTERESSADA. ART. 41, LEF. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL. PROVA PERICIAL. ARTS. 125, II E 130, DO CPC. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.

O art. 41, da LEF, prevê que o processo administrativo ficará na repartição competente e dele poderão ser extraídas cópias ou certidões, a requerimento da parte ou do juízo.

Esta Corte Federal já decidiu no sentido de que a intervenção judicial somente se faz necessária nos casos de com prova da resistência administrativa. Precedentes.

O art. 125, II, do CPC, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, do mesmo diploma legal, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

O Juiz é o destinatário final das provas, cumprindo somente a ele aferir a necessidade ou não de sua produção. Considerando que o feito apresenta elementos suficientes à formação da sua convicção, é absolutamente legítimo que indefira a produção das provas que considere descabidas à correta solução da lide. Precedentes.

Não se há falar em cerceamento de defesa, porquanto a recorrente não fundamentou de forma precisa a indispensabilidade da produção da prova pericial. Agravo de instrumento não provido."

(TRF-3ª Região, AI 200903000344310, Sexta Turma, Relator Desembargador Federal MÁRCIO MORAES, julgado em 11/02/2010, D.E. 10/03/10)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL. AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. ARTS. 125, II E 130, DO CPC.

1. Decisão que, em embargos à execução fiscal, indeferiu a produção de prova pericial na escrituração fiscal e contábil da executada.

2. Tratando-se de matéria exclusivamente de direito, ou seja, apuração da exigibilidade do crédito em função da ocorrência ou não do fato gerador, não há falar-se em necessidade de produção de prova pericial. 3. O art. 125, II, do Código de Processo Civil, atribui ao Juiz a responsabilidade de "velar pela rápida solução do litígio" e o art. 130, a ele atribui a competência para "determinar as provas necessárias para a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

4. O Juízo a quo, no uso de seu poder-dever de condução do processo e para formação de seu livre convencimento, entendeu desnecessária a perícia contábil, não tendo a agravante demonstrado a presença dos requisitos legais aptos a afastar tal entendimento.

5. Precedentes deste Tribunal e do STJ.

6. Agravo de instrumento não provido.

(TRF-3ª Região, AI 00074209520044030000, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 199274, Terceira Turma, Relator Juiz Federal Convocado RUBENS CALIXTO, julgado em 18/12/2008, e-DJF3 Judicial 2 20/01/2009, p. 376).

No caso em comento, a questão que se pretende comprovar não parece, em tese, prescindir de prova pericial, restando forçoso reconhecer assistir razão ao MM. Juízo a quo acerca da possibilidade de julgamento antecipado, nos termos do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

Como bem afirmou, diante da ampla documentação carreada aos autos originários pela embargante, resta dispensável, para a solução da demanda, a produção da prova pericial requerida.

No que tange a inoportunidade de cerceamento de defesa nos casos de indeferimento da produção de prova pericial em questão análogas à presente, o c. STJ já se manifestou, senão vejamos

EMBARGOS À EXECUÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO EM DEFINIR SUA NECESSIDADE OU NÃO. INVERSÃO DO JULGADO QUE IMPLICA EM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. NOME DO SÓCIO CONSTANTE DA CDA. ÔNUS DA PROVA DO EXECUTADO DE QUE NÃO INCORREU EM NENHUMA DAS CIRCUNSTÂNCIAS PREVISTAS NO ART. 135, III DO CTN. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO INCIDÊNCIA DIANTE DO ENCARGO DE 20% PREVISTO NO DECRETO-LEI 1.025/1969. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por MECÂNICA E FUNDIÇÃO IRMÃOS GAZZOLA S/A E OUTROS, com fundamento nas alíneas a e c do art. 105, III, da CF/1988, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo egrégio TRF/3a. Região, assim ementado: **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC. ART. 557, § 1º. APLICABILIDADE.**

PEDIDO DE REFORMA DE DECISÃO. 1. A utilização do agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, deve enfrentar a fundamentação da decisão agravada, ou seja, deve demonstrar que não é caso de recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal Superior. 2. As questões apresentadas pela parte agravante foram apreciadas pela decisão que negou provimento à apelação, nos seguintes termos: **O julgamento antecipado da lide não importou cerceamento de defesa, visto que as alegações deduzidas nos embargos, como a realização de pagamentos concernentes ao FGTS diretamente aos empregados, poderiam ser comprovadas por meio de documentos, não tendo os embargantes produzido qualquer prova desse teor. A existência de reclamação trabalhista destinada a pleitear, entre outras verbas, contribuições ao FGTS não obsta a execução fiscal de débitos a esse título já inscritos em dívida ativa, não se configurando litispendência por terem tais ações partes e pedidos distintos: a reclamação trabalhista é ação de conhecimento em que o empregado pretende ver reconhecido seu direito ao recebimento de verbas decorrentes da relação de trabalho, ao passo que, na execução fiscal, o sujeito ativo é a Fazenda Nacional que pretende a execução de dívida ativa não-tributária com exigibilidade reconhecida em título executivo. (...)** (c. STJ, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REsp 1646432, data da publicação 12/09/2018).

Por estes fundamentos, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se o teor da presente decisão ao MM. Juízo a quo.

Intime(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000497-35.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HOUTER DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE CASTRO SPADOTTO - SP195111-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000497-35.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HOUTER DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE CASTRO SPADOTTO - SP195111-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120018693) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107693708) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123376416).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000497-35.2017.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HOUTER DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL DE CASTRO SPADOTTO - SP195111-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que confere ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022756-29.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: R CASTRO & CIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ODAIR DE MORAES JUNIOR - SP200488-A, CYBELLE GUEDES CAMPOS - SP246662-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por R CASTRO & CIA LTDA, em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado nos autos principais, objetivando a sustação de protesto ou de seus efeitos.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Em consulta ao sistema processual informatizado, verifico que nos autos originários foi proferida sentença rejeitando o pedido, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condenando a parte autora ao pagamento de honorários, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, respeitados os benefícios da justiça gratuita.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intim(m)-se.

Vista ao MPF.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018921-33.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: GNO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: WELLYNGTON LEONARDO BARELLA - SP171223-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por GNO EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA., em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que indeferiu a medida liminar pleiteada nos autos originários.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Conforme cópia anexada aos autos, foi proferida sentença nos autos principais, indefiro a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito, na forma dos artigos 330, *caput*, inciso IV, 321, parágrafo único, e 485, inciso I, todos do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, julgo prejudicado o presente recurso, a teor do art. 932, III, do CPC.

Intim(m)-se.

Vista ao MPF.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014356-10.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: CONGREGAÇÃO EVANGÉLICA LUTERANA REDENTOR
Advogado do(a) APELANTE: FRANCO MESSINA SCALFARO - SP157732
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Tendo em vista o disposto no art. 10 do Novo Código de Processo Civil, intime-se a apelante para que se manifeste, no prazo de 5 dias, acerca do teor de seu recurso (existência de causa suspensiva para sobrestar o andamento da execução fiscal), em face dos fundamentos da sentença recorrida (presença do pressuposto processual negativo da litispendência).

Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017714-62.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: ASSOCIACAO DE ENSINO SUPERIOR DE NOVAIGUACU

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLA ANDREA BEZERRA ARAUJO - RJ94214-A, ALEXANDRE GOMES DE OLIVEIRA - MG97218-A, BEATRIS JARDIM DE AZEVEDO - RJ117413-A

AGRAVADO: LUCINEIDE CARDOSO DA ROCHA CAMPOS

Advogado do(a) AGRAVADO: GILBERTO DE PAIVA CAMPOS - SP292764

DESPACHO

Preliminarmente, tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca da questão discutida, postergo a apreciação do pedido de atribuição de efeito suspensivo e/ou antecipação da tutela recursal para após a vinda da contramínuta.

Assim, manifeste(m)-se o(s) agravado(s), nos termos do artigo 1019, II, do Código de Processo Civil.

Oportunamente, voltem-me conclusos.

Intime(m)-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002378-85.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: IASMIN LOPES DA SILVA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: ALEX GUSMAO DA COSTA - SP374011-A, MARCIO MARQUES - SP374633-A

PARTE RE: UNIVERSIDADE BRASIL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCACAO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando que a parte autora, intimada para apresentar contrarrazões, não se manifestou, intime-se-a para que, no prazo de 15 (quinze) dias, se manifeste acerca do pedido de desistência do recurso de apelação interposto pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE), ID 130072648.

Após, voltem-me conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005152-33.2006.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: COMPANHIA PRASIR COMERCIO E SERVICOS

Advogado do(a) APELANTE: NATHALIA DA PAZ SANTOS - SP268449

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005152-33.2006.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: COMPANHIA PRASIR COMERCIO E SERVICOS

Advogado do(a) APELANTE: NATHALIA DA PAZ SANTOS - SP268449

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, proposta por Companhia Prasil Comércio e Serviços contra a União Federal, pela qual a autora requereu a anulação de Autos de Infração lavrados contra si em razão de omissão de receita e não contabilização de depósitos bancários; alegou ocorrer prescrição dos créditos, quebra indevida de sigilo bancário e natureza confiscatória da multa, da ordem de 75%.

Na sentença (fls. 332 a 339), o MM Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, assinalando não ocorrer a prescrição, não se verificar ilegalidade quanto ao sigilo bancário ou natureza confiscatória quanto à multa. Honorários advocatícios arbitrados em R\$1.000,00.

Em suas razões de Apelação (fls. 352 a 365), a parte autora argumenta ter ocorrido a revelia, dada a extemporaneidade da contestação da União; reitera que ocorreu a prescrição dos créditos; que houve quebra do "sigilo bancário fiscal"; que a multa de 75% possui caráter confiscatório; argumenta ainda ser indevida a incidência da Taxa SELIC.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005152-33.2006.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: COMPANHIA PRASIR COMERCIO E SERVICOS
Advogado do(a) APELANTE: NATHALIA DA PAZ SANTOS - SP268449
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cabe observar que configura inovação em sede recursal o questionamento da autora, por ocasião do apelo, da incidência da Taxa SELIC, haja vista não ter sido mencionada à inicial. Impõe-se, pois, a não cognição do recurso no que tange a esse aspecto. Sobre tanto, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Por força dos arts. 515, 516 e 517 do Código de Processo Civil não é dado à parte inovar na apelação, deduzindo causa petendi diversa daquela apresentada no pedido inicial e devidamente rechaçada na sentença.

2 - É na precisa lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, invocando Barbosa Moreira, a "impossibilidade de inovar a causa no juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão a quo" (*Curso de Direito Processual Civil*, volume 3, 3ª edição, 2007, Edições Jus Podium).

3 - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença.

(STJ, REsp nº 200000901725, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, DJE de 16.11.2009)

Os efeitos da revelia não se aplicam contra a Fazenda Pública. Assim ocorre em razão de o interesse protegido ser da coletividade – portanto, indisponíveis seus direitos, em exceção expressamente prevista pelo art. 320, II, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente:

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

(...)

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO E DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.

(...)

3. "Não se aplica à fazenda Pública o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor - pois seus bens e direitos são considerados indisponíveis, aplicando-se o artigo 320, II, do CPC" (AgRg nos EDcl no REsp 1288560/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 3.8.2012).

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AgRg no AREsp 234461/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 10.12.2012)

Igualmente não há que se falar na prescrição dos créditos.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Caso não declarados, os créditos se sujeitam ao prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

No caso em tela, a constituição dos créditos se deu por meio de Autos de Infração, até então não tendo início o prazo prescricional; incontroverso ter ocorrido o fato gerador em 2000, de maneira que o prazo para a constituição dos créditos se iniciou em 01.01.2001 e se encerraria em 31.12.2005. Lavrados os Autos de Infração em 10.10.2005 (fls. 323), apenas então teve início o prazo quinquenal o Fisco exercer a cobrança, nos termos do art. 174 do CTN. Ajuizada a presente demanda em 2006 (fls. 2), não configurada a prescrição.

Também não se sustenta o inconformismo da parte autora quanto ao sigilo de suas movimentações financeiras.

A prestação de informações de movimentação financeira pelas instituições financeiras para a Receita Federal não constitui qualquer ilegalidade ou violação ao disposto pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal; em específico, o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001 prevê quais as condições para que assim ocorra, conforme colacionado:

LC 105/2001

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

A 1ª Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.134.665/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a prestação de informações pelas instituições financeiras, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105/2001, normas procedimentais de aplicação é imediata. Referido julgamento esclareceu que a Lei Complementar nº 105/2001 revogou expressamente o artigo 38 da Lei nº 4.595/1964, que previa a quebra do sigilo bancário apenas mediante autorização judicial.

Ao apreciar o tema por ocasião do julgamento do RE 601.314/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal igualmente concluiu não haver violação ao sigilo bancário, mas mera transferência do dever do sigilo à Receita Federal, dado o condicionamento da prestação de informações ao fim a que se destina, havendo proteção contra o acesso de terceiros ou violação ao direito de privacidade; ademais, avaliou não haver infração ao princípio da irretroatividade, expresso pelo art. 5º, XXXVI, da CF, haja vista o caráter instrumental da norma autorizadora, atraindo a incidência do art. 144, §1º, do CTN:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item "a" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

7. Fixação de tese em relação ao item "b" do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: "A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN".

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)

Ademais, pacifica a jurisprudência quanto à legitimidade da presunção legal quanto à qualificação de omissão de receita em virtude de valores creditados em contas de depósito ou investimento sem comprovação de origem, nos termos do art. 42, *caput*, da Lei 9.430/96:

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. CONFLITO ENTRE LEI ORDINÁRIA E LEI COMPLEMENTAR. TEMA CONSTITUCIONAL NÃO APRECIÁVEL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. OMISSÃO DE RECEITAS. CARACTERIZAÇÃO. ART. 42, DA LEI N. 9.430/96.

(...)

3. A jurisprudência das Turmas de Direito Público deste STJ pacificou o entendimento no sentido de que, não identificados os valores creditados na conta bancária do contribuinte, há presunção legal no sentido de que estes valores lhe pertencem, sujeitos, portanto, à incidência do Imposto de Renda na forma do art. 42 da Lei n. 9.430/1996, mediante caracterização de omissão de receitas. Precedentes: AgRg no REsp 1370302 / SC, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 05.09.2013; REsp 792812 / RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.03.2007; REsp 1237852 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011; AgRg no REsp 1072960 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 02.12.2008.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1467230/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 28.10.2014)

Por fim, quanto ao alegado caráter confiscatório da multa punitiva, a jurisprudência da Corte Suprema pacificou o entendimento de que apenas a incidência de multas punitivas que extrapolem 100% do valor do débito importa em afronta ao art. 150, IV, da CF.

Confira-se:

"(...)

Inicialmente, destaco que ambas as Turmas desta Corte já se pronunciaram no sentido de que a incidência de multas punitivas que não extrapolem 100% do valor do débito não importa em afronta ao art. 150, IV, da Constituição. Nesse sentido:

"SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MULTA PUNITIVA. 75% DO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER PEDAGÓGICO. EFEITO CONFISCATÓRIO NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. A multa punitiva é aplicada em situações nas quais se verifica o descumprimento voluntário da obrigação tributária prevista na legislação pertinente. Trata-se da sanção prevista para coibir a prática de ilícitos tributários. Nessas circunstâncias, conferindo especial relevo ao caráter pedagógico da sanção, que visa desestimular a burla à atuação da Administração tributária, deve ser reconhecida a possibilidade de aplicação da multa em percentuais mais rigorosos. Nesses casos, a Corte vem adotando como limite o valor devido pela obrigação principal. Agravo regimental a que se nega provimento" (RE 602.686-AgR-segundo, de minha relatoria)

"Agravo regimental no recurso extraordinário. CDA. Nulidade. Alegada violação do art. 5º, LV, da CF/88. Matéria infraconstitucional. Afrenta reflexa. Multa. Caráter confiscatório. Necessidade de reexame de fatos e provas. Taxa SELIC. Constitucionalidade. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. 2. Ambas as Turmas da Corte têm-se pronunciado no sentido de que a incidência de multas punitivas (de ofício) que não extrapolem 100% do valor do débito não importa em afronta ao art. 150, IV, da Constituição. 3. Para acolher a pretensão da agravante e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem acerca da proporcionalidade ou da razoabilidade da multa aplicada, seria necessário o revolvimento dos fatos e das provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. É firme o entendimento da Corte no sentido da legitimidade da utilização da taxa Selic como índice de atualização de débitos tributários, desde que exista lei legitimando o uso do mencionado índice, como no presente caso. 5. Agravo regimental não provido." (RE 871.174-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

(...)"

(STF, decisão monocrática, RE 1.141.879/SC, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 31.08.2018, DJe 06.09.2018)

Face ao exposto, não conheço de parte da Apelação e, na parte conhecida, nego provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. FAZENDA PÚBLICA. REVELIA. DIREITOS INDISPONÍVEIS. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DOS CRÉDITOS. INOCORRÊNCIA. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES FINANCEIRAS. RE 601.314/SP. MULTA PUNITIVA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. INOCORRÊNCIA.

1. Contendo, quanto ao mérito, razões não discutidas ao longo da relação processual enquanto na 1ª instância, impõe-se o não conhecimento do recurso.

2. Os efeitos da revelia não se aplicam contra a Fazenda Pública. Assim ocorre em razão de o interesse protegido ser da coletividade – portanto, indisponíveis seus direitos, em exceção expressamente prevista pelo art. 320, II, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente.

3. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Caso não declarados, os créditos se sujeitam ao prazo decadencial, nos termos do art. 173, I, do CTN.

4. No caso em tela, a constituição dos créditos se deu por meio de Autos de Infração, até então não tendo início o prazo prescricional; incontroverso ter ocorrido o fato gerador em 2000, de maneira que o prazo para a constituição dos créditos se iniciou em 01.01.2001 e se encerraria em 31.12.2005. Lavrados os Autos de Infração em 10.10.2005 (fls. 323), apenas então teve início o prazo quinquenal o Fisco exercer a cobrança, nos termos do art. 174 do CTN. Ajuizada a presente demanda em 2006 (fls. 2), não configurada a prescrição.

5. A prestação de informações de movimentação financeira pelas instituições financeiras para a Receita Federal não constitui qualquer ilegalidade ou violação ao disposto pelo art. 5º, X e XII, da Constituição Federal; em específico, o art. 6º, *caput* e parágrafo único, da Lei Complementar 105/2001 prevê quais as condições para que assim ocorra. Precedentes do STJ e do STF.

6. A jurisprudência da Corte Suprema pacificou o entendimento de que apenas a incidência de multas punitivas que extrapolem 100% do valor do débito importa em afronta ao art. 150, IV, da CF.

7. Apelo parcialmente não conhecido e, na parte conhecida, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu não conhecer de parte da Apelação e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005734-21.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: ARKEMA QUÍMICA LTDA., COATEX LATIN AMERICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Consoante consulta ao andamento processual da ação originária deste instrumento, disponível no site da Justiça Federal (www.jfsp.jus.br), o feito principal a que se refere o presente recurso foi julgado em primeira instância.

Assim, já tendo ocorrido o julgamento da ação na qual foi proferida a decisão atacada, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto. Precedentes desta Corte e do STJ (AI 0031669-61.2014.4.03.0000, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgado em 23/11/2016, e DJF3 Judicial 1 20/12/2016 e EAREsp 488.188/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: DANIEL REIS, CLAUDIO DODERO REIS, ERALDO DODERO REIS, ERNANE DODERO REIS, LUCIO DODERO REIS
Advogados do(a) AGRAVANTE: LEDA DE MORAES OZUNA HIGA - MS14019-A, CHRISTIANE GONCALVES DA PAZ - MS10081-A, AIRES GONCALVES - MS1342-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: LEDA DE MORAES OZUNA HIGA - MS14019-A, CHRISTIANE GONCALVES DA PAZ - MS10081-A, AIRES GONCALVES - MS1342-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: LEDA DE MORAES OZUNA HIGA - MS14019-A, CHRISTIANE GONCALVES DA PAZ - MS10081-A, AIRES GONCALVES - MS1342-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: LEDA DE MORAES OZUNA HIGA - MS14019-A, CHRISTIANE GONCALVES DA PAZ - MS10081-A, AIRES GONCALVES - MS1342-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Consoante consulta ao andamento processual da ação originária deste instrumento, disponível no site da Justiça Federal (www.jfsp.jus.br), o feito principal a que se refere o presente recurso foi julgado em primeira instância.

Assim, já tendo ocorrido o julgamento da ação na qual foi proferida a decisão atacada, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto. Precedentes desta Corte e do STJ (AI 0031669-61.2014.4.03.0000, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgado em 23/11/2016, e-DFJ3 Judicial 1 20/12/2016 e EAREsp 488.188/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018016-28.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: LUIS FILIPE JUNQUEIRA FRANCO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIS FILIPE JUNQUEIRA FRANCO - SP287135-A
AGRAVADO: LAR SAO VICENTE DE PAULO
Advogado do(a) AGRAVADO: KARINA ARIOLI ANDREGHETO PINOTI - SP180909
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento, compedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal, por contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que estabeleceu a inversão do ônus da prova no bojo dos autos originários.

A análise do pedido de efeito suspensivo foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Decido.

Nesta fase de cognição da matéria posta, não está justificado o deferimento da providência pleiteada. Acerca da atribuição de efeito suspensivo em agravo de instrumento, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

[...]

Evidencia-se, assim, que a outorga do efeito suspensivo é exceção e, para o seu deferimento, é imprescindível que se verifique o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, bem como a probabilidade de provimento do recurso.

Na espécie, não há como se vislumbrar a ocorrência de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo para justificar a concessão da medida de urgência em favor da agravante, tendo em vista que caso saia vitoriosa ao final da demanda poderá requerer pelos meios judiciais cabíveis, eventuais débitos devidamente corrigidos.

Nesses termos, prevalece a conclusão de que, inexistente, ainda que reconhecido o direito do agravante, perigo de lesão grave e de difícil reparação capaz de justificar a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Desse modo, ausente o risco, desnecessário o exame da probabilidade de provimento do recurso, pois, por si só, não justifica a concessão da medida pleiteada.

Ante o exposto, INDEFIRO o efeito suspensivo.

Comunique-se ao MM. Juízo "a quo" o teor da presente decisão.

Intime(m)-se.

Publique-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: KUNSTEK COMERCIO DE PLASTICOS E TECIDOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE BACHMAN - SP220992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5026089-56.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KUNSTEK COMERCIO DE PLASTICOS E TECIDOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE BACHMAN - SP220992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120051392) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107693706) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123753291).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5026089-56.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KUNSTEK COMERCIO DE PLASTICOS E TECIDOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANDRE BACHMAN - SP220992-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições"

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005819-93.2000.4.03.6111
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SILVA TUR TRANSPORTES E TURISMO S/A, WALSH GOMES FERNANDES, WALTER GOMES FERNANDES
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005819-93.2000.4.03.6111
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SILVA TUR TRANSPORTES E TURISMO S/A, WALSH GOMES FERNANDES, WALTER GOMES FERNANDES
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada pela UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL em face de SILVA TUR TRANSPORTES E TURISMO S/A, posteriormente redirecionada contra os sócios da empresa WALSH GOMES FERNANDES e WALTER GOMES FERNANDES – ESPÓLIO, para cobrança de contribuição ao PIS devidas no período entre novembro de 1994 e junho de 1998.

Oposta exceção de pré-executividade pelos executados, sustentando a ocorrência de prescrição intercorrente, pois transcorridos mais de cinco anos entre a citação da pessoa jurídica e o redirecionamento da execução contra os sócios.

Acolhida a exceção de pré-executividade, para declarar que a pretensão da exequente de redirecionar a execução contra os sócios foi atingida pela prescrição intercorrente, extinguindo-se o processo em relação a eles, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, bem como extinta a execução fiscal no tocante à pessoa jurídica executada, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, por carência superveniente da ação, com condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios, em favor dos patronos dos excipientes, fixados em R\$ 1.000,00, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Interposto recurso de apelação pela União, sustentando que o termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal em face dos sócios deve ser contado da data em que constatada a dissolução irregular da empresa executada e não de sua citação, bem como não ser possível extinguir o feito executivo em relação à pessoa jurídica executada, mas sim, a suspensão do feito até ser encontrados bens passíveis de penhora.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005819-93.2000.4.03.6111
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SILVA TUR TRANSPORTES E TURISMO S/A, WALSH GOMES FERNANDES, WALTER GOMES FERNANDES
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
Advogado do(a) APELADO: MARCIA APARECIDA DE SOUZA - SP119284-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

Todavia, a discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

Em razão disso, houve um novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, na mencionada Corte Superior, cuja transcrevo a seguir, na íntegra:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADA À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO.

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): “prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica”.

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que “terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte”.

4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-*visa* - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal.

PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária.

6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.

7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010.

8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada).

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing).

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ (“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”).

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordena a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que “a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo”, é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do novo CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.

18. Recurso Especial provido.”

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019)

No referido julgado foram analisadas hipóteses em que a dissolução irregular da sociedade ocorreu após a citação da pessoa jurídica, alterando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento.

Nesse cenário, o C. STJ definiu a data do termo a quo da prescrição para o redirecionamento, nos casos em que o ato de citação resultar negativo em razão do encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ou seja, dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, como a data da diligência que resultou negativa (nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN) ou à data do despacho do juiz que ordena a citação (para os casos regidos pela novel redação do mencionado artigo, dada pela Lei Complementar nº 118/05).

Por sua vez, restou decidido que a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for posterior a ela, uma vez que, em tal circunstância, não existirá, na data de tal ato, pretensão contra os sócios-gerentes, uma vez que, conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN.

Desse modo, somente pode ser considerado como termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes, a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte.

Portanto, constatada a dissolução irregular da sociedade em data subsequente à da citação da pessoa jurídica, somente a data desse ato posterior é que pode ser considerada como termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução contra seus sócios-gerentes.

Na hipótese em tela, cumpre descrever os fatos que ocorreram anteriormente ao deferimento da inclusão dos sócios no polo passivo do presente feito:

O crédito em execução corresponde ao período de novembro de 1994 a junho de 1998, constituído através do Termo de Confissão Espontânea apresentado em 19.10.1998, tendo sido ajuizado a execução fiscal em 11.07.2000, proferido o despacho citatório em 02.08.2000, com citação da empresa executada em 18.09.2000.

A pessoa jurídica executada interpôs, em 12.08.2005, embargos à execução fiscal, recebidos com efeito suspensivo, os quais foram julgados improcedentes em 31.08.2006, com trânsito em julgado em 20.11.2006. Desse modo, durante o curso dos referidos embargos, o feito executivo ficou suspenso.

À fl. 186 – ID 90302503 –, consta certidão da Sra. Oficiala de Justiça, datada de 06.12.2010, em cumprimento a mandado de reavaliação do bem antes da realização de leilão, constando que, no endereço indicado – Av. Hygino Muzzi Filho nº 1701 –, bem como no nº 1651, funcionava a empresa Transfergo Ltda., há cerca de cinco anos, obtendo no local a informação de que a empresa executada – Silvatur Transportes e Turismo – funcionava realmente na Av. Antonieta Altenfelder nº 1.014-B, informação confirmada pelo advogado da sociedade executada, que também lhe informou que a empresa ainda estava aberta, mesmo havendo apenas um pequeno escritório. Com base nessas informações e estando o novo endereço da empresa em setor diferente daquele em que atuava a servidora, foi devolvido o mandado de reavaliação para sua redistribuição.

Certidão da Sra. Oficiala de Justiça – fls. 187/192v –, constando que, em 18.01.2011, dirigiu-se à Av. Antonieta Altenfelder, local onde não foram encontrados os representantes legais da executada, bem como não existiam veículos ou bens penhoráveis, encontrando no local, às vezes, o Sr. Antônio Francisco Ortega, único funcionário que ficava no local, mesmo com o portão fechado com cadeado, o qual lhe informou que recebia seu salário por depósito, não sabendo quem lhe pagava nem os nomes dos proprietários ou onde os mesmos se encontravam. Dirigiu-se a Sra. Oficiala de Justiça, então, ao imóvel penhorado a ser avaliado, na Av. Hygino Muzzi Filho nº 1701, em 07.02.2011, onde foi atendida pela Sra. Clarinda Bortoli, a qual lhe disse que naquele local estava funcionando a empresa Transfergo Ltda., há cerca de cinco anos, tendo sido avaliado o imóvel, após ser autorizada a fotografá-lo por inteiro, sendo-lhe informado pelo advogado da empresa ali instalada que o imóvel é alugado, bem como que o representante legal da empresa Transfergo reside em Londrina – PR.

Tendo sido o referido imóvel arrematado em processo trabalhista, foram cancelados os leilões designados neste feito.

Indeferido em 05.03.2012 o pleito da União, protocolado em 03.11.2011, para desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

Em 17.08.2012 (fls. 434/435 – ID 90302419) foi requerido o redirecionamento da execução aos sócios da executada, Walsh Gomes Fernandes e Espólto de Walter Gomes Fernandes, pleito deferido em 18.10.2012 (fls. 442/445), sob o fundamento de que se pode inferir dos autos que a executada encerrou suas atividades, não deixando bens suficientes à garantia do débito executado, presumivelmente de forma irregular.

Desse modo, verifica-se que, conforme informado pelo próprio advogado da empresa executada, até 06.12.2010 a empresa executada encontrava-se aberta, tendo sido constatado por Oficial de Justiça que, em 18.01.2011, no local indicado pelo patrono da sociedade executada como de seu funcionamento, encontrava-se um imóvel fechado, com cadeado, estando no local apenas um funcionário que não sabia nem quem lhe pagava o salário ou quem eram os proprietários do imóvel, devendo ser considerada essa a data de constatação da dissolução irregular da sociedade.

Assim, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (18.01.2011 – ID 90302419) e a data em que a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ora embargante (17.08.2012 – mesmo ID).

Afastado a ocorrência de prescrição para o redirecionamento deste feito em face dos sócios, devemos autos retornar à primeira instância, para prosseguimento da execução fiscal em relação a eles.

Ante o exposto, **dou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da União**, para afastar a ocorrência de prescrição para o redirecionamento deste feito em face dos sócios, devendo os autos retornar à primeira instância, para prosseguimento da execução fiscal em relação a eles, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA.

I - Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

II - A discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

III - Em novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019, a Primeira Seção do C. STJ firmou a tese de que: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lusto que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

IV - Na hipótese em tela, cumpre descrever os fatos que ocorreram anteriormente ao deferimento da inclusão dos sócios no polo passivo do presente feito.

V - O crédito em execução corresponde ao período de novembro de 1994 a junho de 1998, constituído através do Termo de Confissão Espontânea apresentado em 19.10.1998, tendo sido ajuizado a execução fiscal em 11.07.2000, proferido o despacho citatório em 02.08.2000, com citação da empresa executada em 18.09.2000.

VI - A pessoa jurídica executada interpôs, em 12.08.2005, embargos à execução fiscal, recebidos com efeito suspensivo, os quais foram julgados improcedentes em 31.08.2006, com trânsito em julgado em 20.11.2006. Desse modo, durante o curso dos referidos embargos, o feito executivo ficou suspenso.

VII - À fl. 186 – ID 90302503 –, consta certidão da Sra. Oficiala de Justiça, datada de 06.12.2010, em cumprimento a mandado de reavaliação do bem antes da realização de leilão, constando que, no endereço indicado – Av. Hygino Muzzi Filho nº 1701 –, bem como no nº 1651, funcionava a empresa Transfergo Ltda., há cerca de cinco anos, obtendo no local a informação de que a empresa executada – Silvatur Transportes e Turismo – funcionava realmente na Av. Antonieta Altenfelder nº 1.014-B, informação confirmada pelo advogado da sociedade executada, que também lhe informou que a empresa ainda estava aberta, mesmo havendo apenas um pequeno escritório. Com base nessas informações e estando o novo endereço da empresa em setor diferente daquele em que atuava a servidora, foi devolvido o mandado de reavaliação para sua redistribuição.

VIII - Certidão da Sra. Oficial de Justiça – fls. 187/192v -, constando que, em 18.01.2011, dirigiu-se à Av. Antonieta Altenfelder, local onde não foram encontrados os representantes legais da executada, bem como não existiam veículos ou bens penhoráveis, encontrando no local, às vezes, o Sr. Antônio Francisco Ortega, único funcionário que ficava no local, mesmo com o portão fechado com cadeado, o qual lhe informou que recebia seu salário por depósito, não sabendo quem lhe pagava nem os nomes dos proprietários ou onde os mesmos se encontravam. Dirigiu-se a Sra. Oficial de Justiça, então, ao imóvel penhorado a ser avaliado, na Av. Hygino Muzzi Filho nº 1701, em 07.02.2011, onde foi atendida pela Sra. Clarinda Bortoli, a qual lhe disse que naquele local estava funcionando a empresa Transfêrgo Ltda., há cerca de cinco anos, tendo sido avaliado o imóvel, após ser autorizada a fotografá-lo por inteiro, sendo-lhe informado pelo advogado da empresa ali instalada que o imóvel é alugado, bem como que o representante legal da empresa Transfêrgo residia em Londrina – PR.

IX - Tendo sido o referido imóvel arrematado em processo trabalhista, foram cancelados os leilões designados neste feito.

X - Indeferido em 05.03.2012 o pleito da União, protocolado em 03.11.2011, para desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

XI - Em 17.08.2012 (fls. 434/435 – ID 90302419) foi requerido o redirecionamento da execução aos sócios da executada, Walsh Gomes Fernandes e Espólio de Walter Gomes Fernandes, pleito deferido em 18.10.2012 (fls. 442/445), sob o fundamento de que se pode inferir dos autos que a executada encerrou suas atividades, não deixando bens suficientes à garantia do débito executado, presumivelmente de forma irregular.

XII - Desse modo, verifica-se que, conforme informado pelo próprio advogado da empresa executada, até 06.12.2010 a empresa executada encontrava-se aberta, tendo sido constatado por Oficial de Justiça que, em 18.01.2011, no local indicado pelo patrono da sociedade executada como de seu funcionamento, encontrava-se um imóvel fechado, com cadeado, estando no local apenas um funcionário que não sabia nem quem lhe pagava o salário ou quem eram os proprietários do imóvel, devendo ser considerada essa a data de constatação da dissolução irregular da sociedade.

XIII - Assim, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (18.01.2011 – ID 90302419) e a data em que a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ora embargante (17.08.2012 – mesmo ID).

XIV - Afastado a ocorrência de prescrição para o redirecionamento deste feito em face dos sócios, devem os autos retornar à primeira instância, para prosseguimento da execução fiscal em relação a eles.

XV – Reexame necessário provido. Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da União, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002098-70.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TEXTIL P.B.S. LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002098-70.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TEXTIL P.B.S. LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 108321365) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 99473839) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Requer, ainda, a fixação dos honorários advocatícios quando da liquidação da sentença e não nos percentuais mínimos do art. 85, do CPC, devendo ser aplicado o disposto no §4º, II, do mesmo dispositivo legal. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123785141).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002098-70.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TEXTIL P.B.S. LTDA.
Advogado do(a) APELADO: RAPHAEL STORANI MANTOVANI - SP278128-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Quanto aos honorários advocatícios mantenho a r. sentença recorrida que determinou a aplicação dos percentuais mínimos dos incisos do § 3º do artigo 85 do CPC, bem como não houve recurso pela União Federal inovando em sede de agravo interno.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0007734-21.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RSO CALCADOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, DINO VAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A, JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0007734-21.2011.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RSO CALCADOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, DINO VAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A, JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107501758) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 97959163) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para reconhecer o direito da impetrante à compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123631749).

É o relatório.

APELADO: RSO CALCADOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO SOUSA MACIEL - SP209051-A, ANDRE MAGRINI BASSO - SP178395-A, DINOVAN DUMAS DE OLIVEIRA - SP249766-A, JEAN HENRIQUE FERNANDES - SP168208-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005375-24.2008.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: SIDERSUL EIRELI - ME
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA RIBEIRO LOPES - MS7878-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005375-24.2008.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: SIDERSUL EIRELI - ME
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA RIBEIRO LOPES - MS7878-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por Sidersul Ltda. contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, objetivando a declaração de nulidade do auto de infração nº 106769/D, conseqüente inexigibilidade da multa e da apreensão do material, derivadas do referido auto de infração.

Alega a autora que foi autuada, em 25/05/2002, por, supostamente, ter transportado carvão nativo com licença ambiental do órgão competente irregular (campos não preenchidos 17 e 19).

Sustenta a nulidade do auto de infração por ter sido aplicada penalidade de crime ambiental e por ser o técnico ambiental incompetente para tal atuação, bem como não foi observado o prazo legal para o julgamento do auto de infração e ausência de motivação da decisão administrativa. Por fim, alega a inconstitucionalidade da Portaria Ibama 44-N/93 e ocorrência da prescrição.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido parcialmente às fls. 101/105, para determinar a exclusão do nome da autora do CADIN. Contra essa decisão, a autora interpôs o agravo de instrumento (fls. 196/222), ao qual foi negado efeito suspensivo (fls. 230/232 ID 90541276)

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação com fulcro no art. 269, I do CPC, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), nos termos do art. 20, §4º do mesmo Diploma Legal (fls. 238/249 – ID 90541276).

Apela a autora, requerendo a reforma do julgado, alegando, em preliminar, a ocorrência da prescrição. No mérito, alega que em se tratando de atuação baseada em artigo penal, a competência para a aplicação de multa é privativa do Poder Judiciário, razão pela qual é nulo o auto de infração lavrado. Sustenta que a Portaria não é instrumento adequado para tipificar infrações e impor sanções administrativas. Aduz, ainda, que não cometeu a infração descrita, encontrando-se a atuação sem embasamento legal. Por fim, pugna a redução dos honorários advocatícios (fls. 259/282/ID 90539119).

Com contrarrazões às fls. 295/296, os autos foram encaminhados a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005375-24.2008.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: SIDERSUL EIRELI - ME
Advogado do(a) APELANTE: VANESSA RIBEIRO LOPES - MS7878-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a controvérsia acerca da legalidade do Auto de Infração nº 106769 D, lavrado por Agente Florestal do IBAMA, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em 22 de maio de 2002 foi lavrado pelo IBAMA, contra a recorrente, o auto de infração nº 106769 -D por transportar 50m³ de carvão vegetal nativo com a ATPF nº 0678545, sem o preenchimento dos campos 17 e 19. A empresa apelante foi multada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e teve os 50m³ de carvão e ATPF correspondentes apreendidos.

A conduta da apelante foi tipificada dos artigos 70 c.c art.46, § único da Lei Federal nº 9.605/98, artigos 2º. II e VI c.c art.32, § único do Decreto nº 3 179/99 e na Portaria Federal nº44 -N/93 do IBAMA.

Da alegação de prescrição.

A Lei nº 9.873/99 que regula a prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta dispõe, em seu art. 2º, acerca das causas interruptivas, *in verbis*:

Art. 2º Interrompe-se a prescrição:

I - pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal.

Da leitura do processo administrativo, verifica-se que a apelante foi notificada em 15.12.2003 acerca do auto de infração, conforme AR de fls. 20v, começando a partir daí sua contagem do prazo prescricional, que nesse caso é de quatro anos, visto que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constitui crime e nesse caso a prescrição se rege pelo prazo previsto na lei penal, nos termos do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/99.

In casu, verifica-se que o IBAMA teria até 14/12/2003 para proferir a decisão final, levando-se em conta o prazo de 4 anos para a prescrição e tendo sido intimada a recorrente da decisão definitiva deste processo administrativo em 05/12/2007, não há que se falar em ocorrência da prescrição.

Da natureza administrativa do auto de infração lavrado.

A Lei nº 9.605/98, em conjunto com o regulamento vigente à época dos fatos, o Decreto 3.179/99, autoriza tanto a imposição de multa criminal, pelo juiz da ação penal, como também prevê a imposição de multa de natureza administrativa, a ser aplicada pelos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA, como é o caso do IBAMA.

Com efeito, os artigos 70 e seguintes da referida lei descrevem as infrações e respectivas penalidades administrativas, constituindo a base legal que fundamenta a regulamentação feita pelo Decreto 3.179/1999.

O C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento acerca da possibilidade de a autoridade ambiental instaurar processo para apurar infração administrativa e impor a respectiva sanção, sem prejuízo da competência do Poder Judiciário para fixar sanção penal, dada a autonomia das responsabilidades criminal e administrativa.

Desta forma, ao contrário do alegado pela recorrente, o auto de infração ambiental contra ela lavrado não tem natureza penal, mas sim, administrativa, razão pela qual não há que se falar em nulidade.

Sobre o tema, colaciono julgados do C. STJ:

AMBIENTAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. CAMPO DE APLICAÇÃO. LEI 9.605/1998. TRANSPORTE E ARMAZENAMENTO IRREGULARES DE CARVÃO VEGETAL DE ESPÉCIES NATIVAS. INDÚSTRIA SIDERÚRGICA. INFRAÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA. MULTA. LEGALIDADE. DISTINÇÃO ENTRE SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SANÇÃO PENAL.

1. Cuida-se de Ação Ordinária proposta com o fito de afastar multa administrativa em razão de transporte e armazenamento irregulares de carvão vegetal de espécies nativas. O juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, tendo sido mantida a sentença pelo Tribunal de Justiça.

2. A multa aplicada pela autoridade administrativa é autônoma e distinta das sanções criminais cominadas à mesma conduta, estando respaldada no poder de polícia ambiental. Sanção administrativa, como a própria expressão já indica, deve ser imposta pela Administração, e não pelo Poder Judiciário.

3. "Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente" (art. 70 da Lei 9.605/1998).

4. Nos termos do art. 47, § 1º, do Decreto Federal 6.514/08, editado, neste ponto, na esteira do art. 46 da Lei 9.605/98, constitui infração administrativa "quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão ou outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente ou em desacordo com a obtida" (grifo acrescentado).

5. O transporte e armazenamento de carvão vegetal sem prévia licença da autoridade competente caracterizam, a um só tempo, crime ambiental e infração administrativa. Precedente do STJ.

6. A instância ordinária não julgou válido nenhum ato de governo local contestado em face de lei federal, sendo infundada, portanto, a interposição do apelo com base na alínea "b" do inciso III do art.

105 da CF.

7. A recorrente não demonstrou a suposta divergência jurisprudencial, limitou-se a transcrever a ementa de outro julgado, sem realizar o indispensável cotejo analítico. Ademais, a insurgência recursal, nesse ponto, diz respeito à competência legislativa tratada no art. 24, VI, da Constituição da República, não envolvendo divergência quanto a interpretação de lei federal.

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1245094/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 13/04/2012)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DE MADEIRA SERRADA, SEM LICENÇA DO IBAMA. ART. 70 DA LEI 9.605/98. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

1. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) somente o juiz criminal, após regular processo penal, pode impor penalidades pela prática de crime cometido contra o meio ambiente; (b) é ilegal a tipificação de infrações administrativas por meio de decreto.

3. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

4. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 46 da Lei 9.605/98, pelo fato de a impetrante, ora recorrida, ter recebido 180 m³ de madeira serrada em prancha, sem licença do órgão ambiental competente.

5. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

6. O art. 46 do mesmo diploma legal, por seu turno, classifica como crime ambiental o recebimento, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.

7. Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.

8. Recurso especial provido, para denegar a segurança anteriormente concedida.

(REsp 1091486/RO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 06/05/2009)

Alega a apelante que não cometeu a infração descrita, encontrando-se a autuação sem embasamento legal. Sem razão, o recorrente, isso porque o documento apresentado não preenchia os requisitos de validade a que se refere o parágrafo único do art. 32 do Decreto nº 3.179/99. Verifica-se que o fato gerador da autuação decorreu do não preenchimento dos campos 17 e 19 da ATPF e esses campos referem-se à data de emissão e número da nota fiscal, o seu não preenchimento possibilita novo transporte de carga sem autorização, o que possibilita a utilização do mesmo documento para mais de um carregamento.

É certo que o preenchimento da ATPF é obrigatório e imprescindível para evitar qualquer fraude, sendo que a finalidade da Autorização é o controle efetivo da exploração de produtos florestais que só é possível se cada ATPF só for utilizada para a carga que foi autorizada, por isso a importância de preenchimento de todos os seus campos.

Desta feita, tendo em vista a conduta praticada pela recorrente, que consiste no transporte de carvão vegetal sem a licença válida expedida pelo órgão competente (ATPF), conclui-se que se amolda perfeitamente à previsão legal nos termos do artigo 46, parágrafo único da Lei nº 9605/98, c.c.o artigo 32, § único do Decreto nº 3.179/99, *in verbis*:

LEI 9.605/98

Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento:

- Pena - detenção, de 6(seis) meses a 1(um) ano, e multa.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal sem licença válida para todo o tempo de viagem ou do armazenamento outorgada pela autoridade competente.

Decreto nº 3.179/99

Art. 32. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Multa simples de R\$100,00 (cem reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais), por unidade, estêreo, quilo, mdc ou metro cúbico.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas multas, quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento. outorgada ela autoridade competente.

Destarte, considerando que conduta do autuado foi devidamente enquadrada e o auto de infração encontra-se formalmente perfeito, não havendo qualquer vício ou nulidade que o macule, mister a manutenção da r. sentença.

Quanto aos honorários advocatícios, entendo não merece reparo a r. sentença, porquanto os honorários sucumbenciais devem remunerar dignamente o trabalho do advogado, que consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal).

Assim entendo que o valor encontra proporcionalidade entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado, levando em consideração a natureza da demanda, não se mostrando exorbitante o quantum fixado no primeiro grau.

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

É como voto.

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. NÃO PREENCHIMENTO DOS CAMPOS 17 E 19 DA ATPF TRANSPORTE DE CARVÃO VEGETAL NATIVO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA DE MULTA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. A conduta da apelante foi tipificada dos artigos 70 c.c art.46, § único da Lei Federal nº 9.605/98, artigos 2º. II e VI c.c art.32, § único do Decreto nº 3 179/99 e na Portaria Federal nº44 -N/93 do IBAMA.
2. Da leitura do processo administrativo, verifica-se que a apelante foi notificada em 15.12.2003 acerca do auto de infração, conforme AR de fls. 20v, começando a partir daí sua contagem do prazo prescricional, que nesse caso é de quatro anos, visto que o fato objeto da ação punitiva da Administração também constitui crime e nesse caso a prescrição se rege pelo prazo previsto na lei penal, nos termos do §2º do art. 1º da Lei nº 9.873/99.
3. Verifica-se que o IBAMA teria até 14/12/2003 para proferir a decisão final, levando-se em conta o prazo de 4 anos para a prescrição e tendo sido intimada a recorrente da decisão definitiva deste processo administrativo em 05/12/2007, não há que se falar em ocorrência da prescrição.
4. O auto de infração ambiental contra ela lavrado não tem natureza penal, mas sim, administrativa, razão pela qual não há que se falar em nulidade.
5. O documento apresentado não preenchia os requisitos de validade a que se refere o parágrafo único do art. 32 do Decreto nº 3.179/99. Verifica-se que o fato gerador da atuação decorreu do não preenchimento dos campos 17 e 19 da ATPF e esses campos referem-se à data de emissão e número da nota fiscal, o seu não preenchimento possibilita novo transporte de carga sem autorização, o que possibilita a utilização do mesmo documento para mais de um carregamento.
6. É certo que o preenchimento da ATPF é obrigatório e imprescindível para evitar qualquer fraude, sendo que a finalidade da Autorização é o controle efetivo da exploração de produtos florestais que só é possível se cada ATPF só for utilizada para a carga que foi autorizada, por isso a importância de preenchimento de todos os seus campos.
7. Considerando que conduta do autuado foi devidamente enquadrada e o auto de infração encontra-se formalmente perfeito, não havendo qualquer vício ou nulidade que o macule, mister a manutenção da r. sentença.
8. O *quantum* fixado no primeiro grau relativamente aos honorários advocatícios encontra proporcionalidade entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado, levando em consideração a natureza da demanda, não se mostrando exorbitante.
9. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003123-06.2016.4.03.6182
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

APELADO: EVA BELCHIOR

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

1. Recebo a apelação (Id.135179925 fls. 32/36) nos efeitos devolutivo e suspensivo, consoante o artigo 1.012 do CPC.
 2. Cite-se a apelada para apresentação de contrarrazões, a teor do §1º do artigo 1.010 do CPC.
- Publique-se. Intime-se. Após, conclusos.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000498-36.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: PEDRO HIGINO BALBINO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SABINO HIGINO BALBINO - SP147921-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000498-36.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: PEDRO HIGINO BALBINO
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SABINO HIGINO BALBINO - SP147921-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Pedro Hígino Balbino contra ato ilegal do Gerente Executivo da Agência da Previdência Social do Instituto Nacional do Seguro Social em Carapicuíba, no qual se pretende provimento jurisdicional que obrigue a Autoridade Impetrada a analisar o pedido de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O pedido liminar foi deferido.

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações.

Por meio da sentença (ID 3800059), o MM. Juiz *a quo*, concedeu a segurança, confirmando a liminar deferida, para determinar que a autoridade impetrada conclua a análise do pedido de revisão apresentado pelo Impetrante. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09. A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Não houve apresentação de recursos voluntários.

O MPF em seu parecer (ID 5475480), opinou pelo não provimento da remessa oficial.

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000498-36.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: PEDRO HIGINO BALBINO
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE OSASCO/SP - 2ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SABINO HIGINO BALBINO - SP147921-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que o Órgão Especial desta E.Corte se manifestou no sentido de que cabe à Segunda Seção deste Tribunal o julgamento de mandado de segurança contra omissão de agente do INSS relativa à análise de pedido administrativo de aposentadoria. Confira-se:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA. ANDAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMORA. CONFLITO IMPROCEDENTE.

1. O pedido do writ, demanda originária, busca sanar, tão-somente, a demora administrativa no julgamento do pedido formulado pelo impetrante (pedido administrativo de aposentadoria).

2. Compete às Turmas integrantes da Segunda Seção o processamento do mandamus. Precedente: TRF3, Órgão Especial, CC - 0014775-39.2016.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/05/2017.

3. Conflito improcedente.

(TRF 3ª Região, ORGÃO ESPECIAL, CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21546 - 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 11/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2018)

A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.

Ademais, a emenda Constitucional 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

A fim de concretizar o princípio da eficiência e racionalizar a atividade administrativa, foram editadas leis que prescrevem prazos para conclusão de processos administrativos.

Dispõem os artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal):

"Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada."

Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em 30 (trinta) dias.

Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. VISTA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO. ART. 5.º, INCISOLV, DA CF/88. SENTENÇA MANTIDA.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado por Futurama Ribeirão Preto Com/ Imp/ e Exp/ Ltda com o objetivo de obter vistas para a extração de cópias dos processos administrativos mencionados na peça inicial. Argumenta a impetrante que protocolou os requerimentos de vista e cópia dos P.A. em 23/11/2011 e até a impetração do writ (09/01/2012) não foram analisados.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo, 48, 49 e 24) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5.º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Além de não ter sido oferecida resposta ao requerimento da autora/impetrante em tempo razoável, houve afronta ao direito do administrado à ciência quanto ao trâmite do feito administrativo a ele concernente, como consignado pelo MPF nos termos previstos expressamente no artigo 3.º, inciso II, da citada Lei n.º 9.784/99.

- O regramento destacado encontra supedâneo no disposto pelo artigo 5.º, inciso LV, da Constituição Federal, que consagra o direito ao contraditório, como corretamente assinalado pelo Juízo singular.

- Remessa oficial a que se nega provimento."(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 338433 - 0000052-87.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 07/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/07/2017)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRAZO RAZOÁVEL PARA RESPOSTA. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- A deficiência interna do ente público demonstrada diante do elevado número de solicitações em comparação com a precária estrutura de trabalho existente não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigo 59, § 1º) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do agravante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o recurso administrativo em 31/05/2010, evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal e que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, bem como o elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, preferisse decisão quanto ao recurso administrativo interposto. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja respondido.

- Remessa oficial a que se nega provimento. "(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, REOMS - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 338291 - 0005543-31.2011.4.03.6126, Rel. JUIZ CONVOCADO SIDMAR MARTINS, julgado em 17/02/2016, e-DJF3 Judicial I DATA:08/03/2016)

"PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB - CONSULTA ADMINISTRATIVA - PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB - LEGITIMIDADE - PEDIDO SEM RESPOSTA - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I - O impetrante protocolou consulta junto à E. Comissão de Ética e Disciplina da 22ª Subseção da OAB/SP objetivando esclarecer situação de seu interesse no tocante à possibilidade de utilização de peças de procedimentos administrativos instaurados contra si para instruir reclamações a serem propostas contra magistrados, não obtendo qualquer resposta. Correta, assim, a interposição da ação constitucional contra o Presidente do Tribunal de Ética, o qual tem competência para corrigir o ato impugnado. II - A Ordem dos Advogados do Brasil desempenha um serviço público (art. 44 da Lei nº 8.906/94) e, nessa qualidade, está obrigada a respeitar em seus procedimentos as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil (art. 68 da Lei nº 8.906/94). O pedido administrativo apresentado pelo impetrante enseja a abertura de um procedimento, o qual está sujeito à incidência de certos princípios, dentre os quais o do devido processo legal, o do impulso oficial e o da efetividade. III - O pedido de consulta apresentado à Comissão de Ética e Disciplina enseja ao impetrante o direito de obter uma resposta, seja ela qual for (CF, artigo 5º, XXXIII). Não se admite que a autoridade silencie, quede-se inerte sobre o pedido devidamente formulado. IV - Violado o direito líquido e certo do impetrante, o mandado de segurança há de ser provido para que seja emitida uma resposta ao pedido, no prazo razoável de 30 (trinta) dias. V - Apelação provida."(AMS 00098705020094036106, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:03/08/2012..FONTE_REPUBLICACAO:.)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REQUERIMENTO DE INSCRIÇÃO NA OAB. INSTALAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANÁLISE DE IDONEIDADE MORAL. IMPETRANTE QUE RESPONDE A PROCESSO CRIMINAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. LEI Nº 9.784/99. PRAZO. DECISÃO PENDENTE. MORA ADMINISTRATIVA. 1. Prevê a Constituição Federal no inciso LXXVIII do artigo 5º que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. 2. No mesmo sentido, dispõe os artigos 48 e 49 da Lei nº 9.784/99, tendo a Administração o dever de emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Dispõe, ainda, que concluída a instrução do processo administrativo, a Administração tem prazo de até trinta dias para decidir; salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. 3. No caso dos autos, verifica-se da documentação juntada com a inicial que a fase de instrução do Procedimento Administrativo Disciplinar NOX-277.010, foi concluída em 25/09/2012, encontrando-se o feito pendente de julgamento após a apresentação das razões finais pelo impetrante em 03/10/2012. 4. Pela análise dos documentos juntados aos autos, verifica-se que o prazo estipulado no artigo 49 da Lei nº 9.784/99 já foi ultrapassado há bastante tempo restando configurada a existência de mora administrativa quanto ao julgamento do pedido de inscrição do impetrante perante os quadros da OAB. 5. Diante do escoamento do prazo fixado em lei, é fundamental que seja proferida decisão, independentemente do reconhecimento ou não da pretensão do impetrante. 6. A fim de evitar que os procedimentos se eternizem, em regra estipula-se um prazo para que as eventuais pendências em processos ou procedimentos sejam cumpridas, não podendo ficar o impetrante sem solução para o seu requerimento. 7. Se o impetrante deixou de providenciar informações que fossem do seu interesse, pode a OAB decidir com base no que já consta dos autos do procedimento administrativo. 8. Remessa oficial e apelação desprovidas."(AMS 00080212220134036100, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial I DATA:08/05/2015..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seu pedido.

Deste modo, a r. sentença não merece reparos.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

EMENTA

REMESSA OFICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO RAZOÁVEL PARA CONCLUSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. LEI Nº 9.784/1999.

1. A Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre os requerimentos, que lhe são apresentados pelos administrados na defesa de seus interesses, dentro de um prazo razoável, sob pena de ofensa aos princípios norteadores da atividade administrativa, em especial, o da eficiência, previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição da República.
2. A Emenda Constitucional nº 45/04 inseriu o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição, que dispõe: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".
3. Os artigos 48 e 49, da Lei Federal nº 9.784/99, dispõem que a Administração Pública deve emitir decisão nos processos administrativos, solicitação e reclamações em no máximo 30 dias.
4. Assim, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer o princípio da razoabilidade, eis que o impetrante tem direito à razoável duração do processo, não sendo tolerável a morosidade existente na apreciação de seus pedidos.
5. Remessa oficial improvida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010798-68.2004.4.03.6108

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ASPEN INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA, BAURUCAR AUTOMOVEIS E ACESSORIOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: SABRINA DE OLIVEIRA MAGALHAES - SP238306, JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A

Advogados do(a) APELANTE: SABRINA DE OLIVEIRA MAGALHAES - SP238306, JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010798-68.2004.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ASPEN INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por BAURUCAR AUTOMÓVEIS E ACESSÓRIOS LTDA, contra ato do Sr. DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BAURU/SP, objetivando a expedição de Certidão Negativa de Débitos – CND ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Pedido liminar deferido.

Segurança denegada (ID 95017264 – pp. 161/168).

Interposto recurso de apelação pela impetrante, sustentando a ocorrência de decadência/prescrição, bem assim seu direito à expedição de CND ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (ID 95017264 – pp. 221/239).

Com contrarrazões (ID 95017264 – pp. 273/274), subiram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso de apelação (ID 95015388 – pp. 5/13).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010798-68.2004.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ASPEN INTERMEDIACAO DE NEGOCIOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A decadência relativa a crédito tributário é regida pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional que estabelece:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Nos termos da lei, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Tal entendimento está consolidado na Súmula 436 do E. Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

"A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

No mesmo sentido, o posicionamento do C. STF:

"É absolutamente desnecessária a notificação prévia, ou a instauração de procedimento administrativo, para que seja inscrita a dívida e cobrado o imposto declarado, mas não pago pelo contribuinte. (RTJ, 103/221)."

Vale dizer, a constituição do crédito tributário também poderá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, sujeitando-se ao prazo decadencial do inciso I do artigo 173 do CTN.

Caso o lançamento de ofício seja efetivado por meio de Auto de infração, a lavratura deste deverá ocorrer antes do decurso do prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sob pena de se consumir a decadência.

Esta é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. 2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial."

(EAREs 200401099782, MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DATA: 26/02/2010)

Adite-se que o termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário, no entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Assim é o entendimento assente do E. Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. ATRASO NO PAGAMENTO DAS PARCELAS. RESCISÃO ADMINISTRATIVA.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário, nos casos de lançamento de ofício, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, inciso I). Tal entendimento foi solidificado no STJ quando do julgamento do REsp 973.733/SC, julgado em 12.8.2009, relatado pelo Min. Luiz Fux e submetido ao rito reservado aos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C).

2. Parcelado o débito sob a égide da MP 38/2002, o atraso de mais de duas parcelas implica em imediata rescisão da avença administrativa, nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.522/02, vigente à época da ocorrência dos fatos.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp nº 1219461/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 07.04.2011, publicado no DJe de 14.04.2011)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ADESÃO AO REFIS. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INADIMPLÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DO LAPSO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN.

1. Hipótese em que se discute o termo inicial do prazo prescricional para a exigência dos tributos sujeitos ao regime do REFIS (se na data do inadimplemento do parcelamento, ou na data da exclusão do contribuinte).

2. O entendimento do acórdão recorrido se encontra em consonância com a orientação pacificada nesta Corte de que, uma vez interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo volta a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento. Precedentes: (AgRg nos EDcl no REsp 964.745/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008; REsp 762.935/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no Ag 976.652/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 14/9/2009).

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1222267/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 28/09/2010, DJe 07/10/2010)

Todavia, quando apresentada a declaração e efetivado o pagamento do tributo, caso o Fisco apure a existência de crédito remanescente a ser constituído, deverá realizar o lançamento suplementar com observância ao prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN, in verbis:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

...omissis...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Portanto, as circunstâncias do caso concreto determinarão a forma de constituição do crédito tributário e a data de sua ocorrência, que são elementos imprescindíveis ao exame da decadência.

No caso dos autos, a constituição do crédito não há como ser reconhecida na data da entrega da DCTF, porquanto não consta dos autos documento comprovando em que data esse ato ocorreu.

Desse modo, deve ser considerado constituído o crédito na data do vencimento da COFINS, em outubro de 1995, quando declarou seu débito no montante de R\$ 31.347,00, mas amortizou (compensou) apenas R\$ 14.057,48, remanescendo em aberto o débito exigido na carta de cobrança.

Assim, se houve a apresentação da declaração sem o devido pagamento, o crédito tributário é constituído pela própria entrega da declaração, podendo ocorrer apenas a prescrição do direito de cobrança, e não a decadência.

Passo a analisar a questão relativa à prescrição.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regime em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Eis o dispositivo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

In casu, tendo em vista que a constituição do crédito se deu em outubro de 1995, como fundamentado acima, data em que se iniciaria o transcurso do prazo prescricional, a prescrição operaria seus efeitos a partir de outubro de 2000. Desse modo, quando da carta de cobrança, em 2004, já havia transcorrido prazo superior a cinco anos contados da data definitiva da constituição do crédito, ocorrendo a prescrição.

Cumprе ressaltar que, mesmo em se considerando que o crédito somente poderia ser constituído definitivamente após o julgamento das ações que concederam à impetrante o direito à compensação, ainda assim teria ocorrido a prescrição.

Com efeito, verifica-se dos documentos constantes no ID 95017264 – pp. 174/206, que a Medida Cautelar nº 95.1300135-0 transitou em julgado em 08.04.1997 (p. 175) e a Ação Ordinária nº 95.1300958-0 transitou em julgado em 28.08.1997 (p. 189), informações também verificadas junto ao sistema informatizado da Justiça Federal da Terceira Região, observando-se que a execução somente ocorreu para cobrança de honorários advocatícios a que foi condenada a União Federal, não em relação a qualquer aspecto da contribuição ao FINSOCIAL ou de sua compensação como COFINS.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação**, para reconhecer a ocorrência da prescrição do crédito em tela, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COFINS. COMPENSAÇÃO AUTORIZADA POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA.

I - Nos termos do art. 173, do CTN, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional.

II - Vale dizer, a constituição do crédito tributário também poderá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, sujeitando-se ao prazo decadencial do inciso I do artigo 173 do CTN.

III - Caso o lançamento de ofício seja efetivado por meio de Auto de infração, a lavratura deste deverá ocorrer antes do decurso do prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sob pena de se consumir a decadência.

IV - As circunstâncias do caso concreto determinarão a forma de constituição do crédito tributário e a data de sua ocorrência, que são elementos imprescindíveis ao exame da decadência.

V - No caso dos autos, a constituição do crédito não há como ser reconhecida na data da entrega da DCTF, porquanto não consta dos autos documento comprovando em que data esse ato ocorreu.

VI - Desse modo, deve ser considerado constituído o crédito na data do vencimento da COFINS, em outubro de 1995, quando declarou seu débito no montante de R\$ 31.347,00, mas amortizou (compensou) apenas R\$ 14.057,48, remanescendo em aberto o débito exigido na carta de cobrança.

VII - Assim, se houve a apresentação da declaração sem o devido pagamento, o crédito tributário é constituído pela própria entrega da declaração, podendo ocorrer apenas a prescrição do direito de cobrança, e não a decadência.

VIII Tendo havido a apresentação da declaração sem o devido pagamento, o crédito tributário é constituído pela própria entrega da declaração, podendo ocorrer apenas a prescrição do direito de cobrança, e não a decadência.

IX - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

X - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquele c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que foi posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no RESP nº 362.256/SC.

XI - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

XII - tendo em vista que a constituição do crédito se deu em outubro de 1995, como fundamentado acima, data em que se iniciaria o transcurso do prazo prescricional, a prescrição operaria seus efeitos a partir de outubro de 2000. Desse modo, quando da carta de cobrança, em 2004, já havia transcorrido prazo superior a cinco anos contados da data definitiva da constituição do crédito, ocorrendo a prescrição.

XIII - Cumprе ressaltar que, mesmo em se considerando que o crédito somente poderia ser constituído definitivamente após o julgamento das ações que concederam à impetrante o direito à compensação, ainda assim teria ocorrido a prescrição.

XIV - Com efeito, verifica-se dos documentos constantes no ID 95017264 – pp. 174/206, que a Medida Cautelar nº 95.1300135-0 transitou em julgado em 08.04.1997 (p. 175) e a Ação Ordinária nº 95.1300958-0 transitou em julgado em 28.08.1997 (p. 189), informações também verificadas junto ao sistema informatizado da Justiça Federal da Terceira Região, observando-se que a execução somente ocorreu para cobrança de honorários advocatícios a que foi condenada a União Federal, não em relação a qualquer aspecto da contribuição ao FINSOCIAL ou de sua compensação como COFINS.

XV – Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5020913-62.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO

APELADO: CHALLENGER COMERCIO DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **CHALLENGER COMERCIO DE PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000984-45.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PLASTCOR DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: HAILA DE CASTRO CONFORTI FERREIRA - SP263421-A, ADRIANO GREVE - SP211900-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000984-45.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PLASTCOR DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: HAILA DE CASTRO CONFORTI FERREIRA - SP263421-A, ADRIANO GREVE - SP211900-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 89828240) interposto por Plastcor do Brasil Ltda. contra a decisão proferida por este Relator (ID 56422835) que recebeu o recurso de apelação no efeito devolutivo, nos termos do art. 14, §3º, da Lei nº 12.016/2009.

Em suas razões de inconformismo a agravante alega que há o perigo de dano grave ou de difícil reparação é da impetrante, pois a autuação a qual se vislumbra a anulação, resultou em um lançamento de R\$ 6.943.539,81 em abril de 2018, à época da distribuição do presente mandado de segurança e após a interposição do recurso de apelação contra sentença denegatória, a Fazenda nacional distribuiu a ação de execução fiscal para a cobrança do montante fixado na autuação. Assim, caso ocorra o bloqueio das contas da empresa por conta da tramitação do executivo fiscal, não conseguirá honrar com seus compromissos comerciais, folha de pagamento e até mesmo com suas obrigações tributárias.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 90257832).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000984-45.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PLASTCOR DO BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: HAILA DE CASTRO CONFORTI FERREIRA - SP263421-A, ADRIANO GREVE - SP211900-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

No caso, sendo os autos Mandado de Segurança aplicável a legislação específica, a Lei nº 12.016/2009, deve esta norma ser aplicada no caso em questão, já que prevalece sobre a regra geral estabelecida pelo CPC.

Estabelece o art. 14 da Lei nº 12.016/2009:

“Art. 14. Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação.

§ 1º Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

§ 2º Estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer.

§ 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.

§ 4º O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.”

A apelação em face de sentença proferida em mandado de segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, vez que o recebimento no efeito suspensivo é incompatível com o seu caráter auto-executório e com a celeridade do rito mandamental.

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO

I- Tendo em vista a autoexecutoriedade da sentença proferida no mandado de segurança, o efeito do recurso contra ela interposto é tão-somente o devolutivo. Inteligência do art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/09.

II- Agravo de Instrumento desprovido e agravo interno prejudicado.”

(TRF 3ª Região, AGRADO DE INSTRUMENTO nº 0005208-81.2016.4.03.0000/SP, Rel. Desembargador Federal PEIXOTO JUNIOR, Segunda Turma, jul. 18/06/2019, D.E. Publicado em 05/07/2019).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 14, §3º LEI Nº 12.016/2009. ARTIGO 1.012, §1º, CPC. SENTENÇA DENEGATÓRIA DA ORDEM. AUSÊNCIA DE RESULTADO PRÁTICO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- Agravo interno interposto por Numeral 80 Participações S/A. contra a decisão que indeferiu a atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso de apelação apresentado contra sentença que julgou improcedente o pedido de nulidade da citação efetivada por edital, formulado no mandado de segurança nº 0016708-51.2014.4.03.6100.

- Por ser o mandado de segurança regido por legislação específica (Lei nº 12.016/2009), deve esta norma ser aplicada no caso em questão, já que prevalece sobre a regra geral estabelecida pelo CPC. Assim, no decisum agravado aplicou-se o § 3º do artigo 14 da referida lei.

- Sobre os efeitos em que será recebida a apelação em mandado de segurança, a decisão recorrida adotou entendimento firmado pelo STJ no sentido de que o apelo interposto tem efeito apenas devolutivo (seja interposto contra sentença concessiva ou denegatória da ordem), salvo a situação em que presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (Resp 1273527/MT e AgRg no Ag 1316482/SP). Explicou, ainda, que tal entendimento coaduna-se com o que preceitua o parágrafo 4º do artigo 1.012 do CPC, o qual prevê a hipótese de suspensão de decisões até pronunciamento definitivo, nas situações que possam gerar lesão grave e de difícil reparação e em que há fundamentação relevante.

- Ainda que se admitisse a presença do dano irreparável, representado pela penhora de ativo no rosto da ação 0009114-28.1999.4.02.5101, que tramita perante a 11ª Vara Federal da Subseção do Rio de Janeiro, como alega a recorrente, a providência requerida em nada a beneficiaria, porquanto a medida liminar anteriormente concedida substituiu até a prolação da sentença apelada, nos termos do § 3º do artigo 7º da lei de regência e referida sentença julgou improcedente o pedido (denegou a ordem). Evidencia-se assim, que nenhum resultado prático adviria da suspensão do decisum apelado.

- Recurso não provido.”

(TRF 3ª Região, AGRADO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL nº 0016708-51.2014.4.03.6100/SP, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, Quarta Turma, jul. 05/09/2018, D.E. Publicado em 16/10/2018).

Ressalte-se que a inscrição do débito em dívida ativa e o eventual ajuizamento de execução fiscal são consequências legais da constituição definitiva do crédito tributário às quais todos os devedores estão sujeitos.

A certidão fiscal positiva com efeitos de negativa, por sua vez, pode ser perfeitamente obtida pela Apelante com a realização de depósito integral, nos termos do art. 151, do CTN.

No caso, as alegações genéricas de mesmo teor invocadas pela Apelante não são suficientes para caracterizar o perigo de dano grave ou de difícil a ensejar o efeito suspensivo ao recurso de apelação.

Nesse sentido, confira-se os precedentes do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEMANDA VOLTADA AO QUESTIONAMENTO DE NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. TUTELA DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DOS ARTS. 300 O CPC. TERMOS DA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE AFASTAM A ALEGADA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO. URGÊNCIA QUE ENSEJA A MEDIDA PRETENDIDA NÃO É AQUELA QUE DECORRE DA POSSIBILIDADE DO REGULAR AJUIZAMENTO DO FEITO EXECUTIVO E DA IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. CONTRIBUINTE QUE PODE ANTECIPAR GARANTIA. IMÓVEL OFERECIDO. RECUSA LEGÍTIMA. AGRADO DESPROVIDO.

1. Trata-se de demanda voltada ao questionamento da não homologação pela autoridade fiscal de compensação, sendo requerida, em tutela de urgência, a suspensão da exigibilidade do crédito mediante caução. 2. Ocorre que não se vislumbram elementos suficientes a ensejar a tutela pretendida, a qual se trata, de medida excepcional de cognição sumária. Não estão presentes os requisitos dos arts. 300 do Código de Processo Civil. 3. Não se constatam, ao menos por ora, elementos suficientes a afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo, o que requer, ainda mais em sede de tutela antecipada, prova devidamente robusta, a qual não existe nos autos. Os termos da decisão administrativa afastam a alega da verossimilhança do direito. 4. Não se vislumbra a urgência alegada, a qual, para ensejar a medida pretendida, não pode ser aquela decorrente da alegação genérica e abstrata, no sentido de ameaça à atividade econômica, por força das regulares e nada excepcionais impossibilidade de obtenção de certidões de regularidade fiscal, anotações em cadastros restritivos e ajuizamento de execução fiscal, pois tais situações não configuram dano grave e de difícil reparação a ensejar reforma da decisão agravada. No mais, a parte sequer apresentou irrisignação no âmbito administrativo. 5. “O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativo” (REsp 1123669/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/1973). Nesse sentido, “considerando que a caução representa antecipação da penhora, produzindo os mesmos efeitos, inclusive para fins de expedição da CPD-EN, seu recebimento deve observar o mesmo tratamento destinado à garantia ofertada na execução fiscal (AgRg no Resp 1357936/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 03/12/2013). 6. Na hipótese dos autos, de todo razoável a recusa, pois, além de ser propriedade de terceiro, o imóvel está localizado em cidade diferente da qual tramita o feito, sendo certo ainda que desobedece a ordem do art. 11 da Lei nº 6.830/80. 7. Agravo desprovido.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 584770 - 0012722-85.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 05/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/04/2017).

“AGRAVO LEGAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS. DANO GRAVE E DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO NÃO DEMONSTRADO. EXPROPRIAÇÃO DE BENS DADOS EM GARANTIA. EFEITO NATURAL DA EXECUÇÃO. AGRADO IMPROVIDO. 1. Dentre as alterações introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 está a previsão de que os embargos do executado, como regra, não terão efeito suspensivo. A concessão desse efeito somente poderá ocorrer se preenchidos quatro requisitos cumulativos, que são: a) requerimento específico do embargante; b) garantia por penhora, depósito ou caução suficientes; c) relevância dos fundamentos dos embargos; d) possibilidade de ocorrência de dano de difícil ou incerta reparação. 2. A Lei nº 6.830/80 não traz disposição acerca dos efeitos dos embargos, razão pela qual o CPC deverá ser aplicado subsidiariamente. E, por se tratar de norma processual, o disposto no art. 739-A deverá ter aplicação imediata, incidindo nas ações de execução fiscal em regular tramitação. 3. A alegação genérica de que a execução fiscal poderá prosseguir e os bens móveis dados em garantia serem expropriados não configura um dano de difícil ou incerta reparação, devendo ser levado em consideração que toda execução fiscal caminha para a expropriação de bens do executado para satisfação do interesse do exequente. Precedente. 4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrítica. 5. Agravo legal improvido.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 563982 - 0018979-63.2015.4.03.0000, Rel. JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO, julgado em 21/01/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2016).

Assim, a decisão foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 1.012, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. APELAÇÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão foi proferida como entendimento jurisprudencial deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 1.012, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. No caso, sendo os autos Mandado de Segurança aplicável a legislação específica, a Lei nº 12.016/2009, deve esta norma ser aplicada no caso em questão, já que prevalece sobre a regra geral estabelecida pelo CPC.
3. A apelação em face de sentença proferida em mandado de segurança deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, vez que o recebimento no efeito suspensivo é incompatível com o seu caráter auto-executório e com a celeridade do rito mandamental.
4. Ressalte-se que a inscrição do débito em dívida ativa e o eventual ajuizamento de execução fiscal são consequências legais da constituição definitiva do crédito tributário às quais todos os devedores estão sujeitos.
5. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003961-07.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HUFFIX AMBIENTES EMPRESARIAIS INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A, WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003961-07.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HUFFIX AMBIENTES EMPRESARIAIS INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120051420) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107693688) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, acolheu a alegação de sentença "ultra petita" no tocante ao deferimento de restituição de valores na via administrativa e, no mérito, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123725442).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5003961-07.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HUFFIX AMBIENTES EMPRESARIAIS INDUSTRIA E COMERCIO DE MOVEIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, concluiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, enquanto não todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada em casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000483-18.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RESARLUX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL CORDEIRO - SP192471-A, CAROL RODRIGUES DOS SANTOS DE MORAES FARIAS - SP250653-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000483-18.2017.4.03.6114

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RESARLUX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL CORDEIRO - SP192471-A, CAROL RODRIGUES DOS SANTOS DE MORAES FARIAS - SP250653-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 12053883) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 109027120) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 120445409).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000483-18.2017.4.03.6114
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RESARLUX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: MARIA LEOPOLDINA PAIXAO E SILVA PASCHOAL CORDEIRO - SP192471-A, CAROL RODRIGUES DOS SANTOS DE MORAES FARIAS - SP250653-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitero-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão preferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014412-59.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: EXPRESSO VITÓRIA BAHIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014412-59.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: EXPRESSO VITÓRIA BAHIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Expresso Vitória da Bahia em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz *a quo*, em execução fiscal, que determinou a sua inclusão no polo passivo do feito, bem como da empresa RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda..

Alega que a decisão agravada deve ser anulada, em razão da necessidade da instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, previsto nos arts. 133 a 137, do CPC.

Sustenta, ainda, a ocorrência da prescrição para o redirecionamento na ação de execução fiscal, tendo em vista que a suposta sucessão teria ocorrido em meados de 2002 a 2005, conforme relatado pelo Fisco.

Aduz, ainda, que houve o transcurso de lapso temporal superior a cinco anos entre o despacho que ordenou a citação da executada e a sua citação no feito executivo.

Sustenta que para haja a responsabilidade tributária é preciso que ocorra a aquisição de fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, nos termos do art. 133 do CTN. Relata que o fato de desempenharem a mesma atividade finalística pode ser tida como configuradora da sucessão, haja vista que para a ocorrência desta última, é necessária a aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, o que não ocorreu no caso. É preciso que tenha havido negócio jurídico entre a sucessora e a sucedida e isto não ocorreu, inclusive em decorrência da própria atividade desempenhada, que depende da concessão do Poder Público, não podendo ser negociada entre particulares. A SPE – Sociedade de Propósito Específico foi instituída em decorrência de exigência feita pelo Poder Público, por meio de edital de concorrência, se perfazendo na reunião de OITO EMPRESAS, que uniram esforços, em um Consórcio para conseguir atender às exigências necessárias estabelecidas pelo Poder Público para prestação do serviço público.

Afirma que não há que se falar em sucessão da empresa EXPRESSO VITÓRIA DA BAHIA pela empresa RD TURISMO, porquanto NÃO houve aquisição de estabelecimento comercial e tampouco de fundo de comércio, uma vez que tratam-se de empresas distintas, a Agravante e a RD TURISMO, cada qual com vida e personalidade jurídica próprias, não tendo ocorrido em nenhum momento, a imprescindível aquisição.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

A agravante opôs embargos de declaração.

Intimada, a União Federal (Fazenda Nacional) manifestou-se.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Foi interposto agravo interno pela agravante. Houve manifestação da União Federal (Fazenda Nacional).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014412-59.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A, TATIANE THOME - SP223575-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, ressalte-se que a alegação da ocorrência da prescrição, embora consista em matéria de ordem pública, não foi objeto da decisão agravada, razão pela qual não pode ser apreciada neste Tribunal nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. DIVERSIDADE DE PARTES. REUNIÃO DE VÁRIAS EXECUÇÕES FISCAIS. FACULDADE DO JUIZ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A 1ª. Seção desta Corte, julgando recurso sob o rito do art. 543-C do CPC, REsp. 1.158.766/RJ (Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.9.2010), entendeu que, nos termos do art. 573 do CPC, c/c 28 da Lei 6.830/80, a cumulação de várias execuções fiscais é uma faculdade outorgada ao juiz e não um dever.

2. No caso, por se tratar de uma faculdade e não de um dever do Juiz em reunir todas as execuções fiscais, não há razão para modificação do julgado. Ademais, não estava obrigado o Tribunal de origem, em sede de Agravo de Instrumento, analisar todas as questões que são próprias do mérito recursal dos Embargos à Execução, sob pena até mesmo de incorrer em supressão de instância.

3. Agravo Interno do particular desprovido.

(AgInt no AREsp 758834/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/02/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. PRESCRIÇÃO.

I - A prescrição é matéria cognoscível pela via da exceção de pré-executividade, desde que não demande dilação probatória. Precedentes no STJ.

II - À falta de análise das matérias de ordem pública pelo Juiz da execução, a manifestação em grau de recurso é inoportuna, sob pena de supressão do primeiro grau jurisdição.

III - In casu, é necessário o prévio conhecimento e exame da prescrição pelo Juiz da execução.

IV - Agravo de instrumento parcialmente provido.

(A1 nº 0029812-24.2007.4.03.0000/SP - Rel. Desembargadora Federal ALDA BASTO - julgado em 09.05.2013 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 21.05.2013)

1. Não obstante a prescrição seja matéria de ordem pública, não é factível o exame em sede recursal, sem que antes sejam submetidas ao magistrado singular.
2. A par disto, ainda no que concerne à prescrição, é imprescindível a oitiva da parte contrária, haja vista que ela pode, eventualmente, sustentar a ocorrência de causa interruptiva.
3. É inviável ao tribunal manifestar-se sobre a matéria de defesa, nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição e ofensa ao princípio do contraditório.
4. O agravante não afastou a fundamentação da decisão agravada, de modo que não se sustenta a alegação de inexistência de ato fraudulento.
5. O exame da questão relativa à não ocorrência de fraude demanda efetiva dilação probatória, somente viável em sede de embargos à execução.
6. Agravo regimental prejudicado, agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

(AI nº 0014623-30.2012.4.03.0000/SP - Rel. JUIZ Federal Convocado PAULO SARNO - julgado em 07.03.2013 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 15.03.2013)

QUESTÃO DE ORDEM - NULIDADE DO JULGADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - SÓCIO - LEGITIMIDADE PASSIVA - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA NÃO CONHECIDA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS

1. Do exame dos autos, verifica-se que, nos presentes autos, a autora não opôs agravo legal em face da decisão monocrática de fls. 185/187, tendo, apenas, oferecido pedido de reconsideração.
2. Tendo sido equivocada a prolação do acórdão de fls. 198/203 por este órgão Colegiado, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade.
3. Questão de ordem para anular o julgamento realizado em 15 de março de 2012.
4. Em homenagem aos princípios constitucionais da celeridade e economia processuais (art. 5º, LXXVIII, CF), impõe-se o julgamento do agravo de instrumento.
5. Constatada a dissolução irregular da sociedade, reconhece-se a responsabilidade do sócio e sua legitimidade para figurar no polo passivo da execução quanto aos débitos executados durante o período em que figurou como gerente da empresa.
6. Embora a prescrição consista em matéria de ordem pública, seu conhecimento pelo Tribunal sem que antes tenha sido suscitada em primeiro grau configura em supressão de instância, vedada pelo ordenamento jurídico.
7. Pedido de reconsideração prejudicado. Embargos de declaração prejudicados.

(AI nº 0029911-23.2009.4.03.0000/SP - Rel. Desembargador Federal MAIRAN MAIA - julgado em 06.09.2012 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 20.09.2012)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. ADMISSIBILIDADE DA OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. ÔNUS DA PROVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - Os sócios Rita de Cássia Garrutte Martins e Wagner Martins buscam por meio da oposição de exceção de pré-executividade a exclusão do nome deles do pólo passivo da execução fiscal.

IV - A doutrina e a jurisprudência consagraram a admissibilidade da oposição de exceção de pré-executividade para discussão de questões de ordem pública, relativas às condições da ação e que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz - dentre as quais se enquadra a ilegitimidade de parte -, desde que não demandem dilação probatória. Desta feita, pode o Magistrado determinar a exclusão dos sócios do pólo passivo da execução fiscal em sede de exceção de pré-executividade nos casos em que a ilegitimidade deles seja evidente de imediato, insuscetível de controvérsia, utilizando-se, para isso, dos documentos anexados ao incidente processual.

V - Analisar a questão da ilegitimidade de parte neste recurso implicaria em supressão de instância, pelo simples fato de o Magistrado singular não ter apreciado o mérito da exceção, o que sugere que tal atribuição seja a ele conferida.

VI - Agravo improvido.

(AI nº 0005926-25.2009.4.03.0000/SP - Rel. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - julgado em 03.07.2012 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 12.07.2012)

Não conheço do recurso nesta parte.

Da instauração do IDPJ

É desnecessária a Instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.

Ademais, o responsável tributário poderá se defender através da Exceção de Pré-Executividade ou Embargos à Execução.

Nesse sentido, precedente do C. STJ:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível" (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigi-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1786311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)

A sucessão de empresa extinta constitui hipótese excepcional de redimensionamento do polo passivo da execução fiscal. Ocorre quando a pessoa jurídica criada resultar de "fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra", ficando "responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas", na forma do art. 132 do CTN. Ou na hipótese de "pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual", a teor do art. 133 daquele mesmo diploma.

A Execução Fiscal n. 0031969-38.2013.4.03.6182 foi originalmente ajuizada em face da Viação Farol da Barra Ltda. com finalidade de cobrar créditos de IRRF e PIS.

A Viação Farol da Barra foi constituída em 19/02/1998. Foi constituída uma filial, situada na Rua dos Franciscanos, 78E, Dom Avelar, Salvador-BA, cujo objeto social é o transporte coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal em região metropolitana. O quadro societário da empresa era composto por: Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) e José Ricardo Caieta (559.654.078-15). Conforme atestado nos autos principais, não houve a citação da empresa executada, tendo sido infrutíferas as diligências postal e por oficial de justiça, realizadas no endereço cadastral da ficha JUCESP.

Segundo consta exposto pela exequente, a empresa Viação Farol da Barra, de acordo com a informação da Superintendência de Transporte Público de Salvador, deixou de operar no município, tendo sido suas linhas assumidas pela empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), conforme constou do processo n. 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Por sua vez, a ficha cadastral da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. aponta que são sócios e administradores da empresa em questão Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00) e Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) (fls. 224/246), que foram sócios/gerentes da executada Viação Farol da Barra. Ambas as empresas tem como atividade principal: transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerários fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana. A sede da Expresso Vitória Bahia Ltda. fica situada na Estrada Lobato-Campinas, 62, Campinas de Pirajá, Salvador-BA, CEP 41275-004. A única filial da Viação Farol da Barra (00.729.027/0001-10) esteve sediada no mesmo endereço. Constatou-se, ainda, a transferência de funcionários da Viação Farol da Barra para a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda.

Verifica-se, ainda, o reconhecimento da sucessão da empresa executada pela empresa requerida EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA na esfera trabalhista, processo nº 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

Posteriormente, a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência, também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).

A Ótima Transportes de Salvador SPE S/A, tem como acionistas: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51); **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84); RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10)**; Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08); Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01); Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56); UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66); e Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) (fls.294/369).

Dentro da Ótima Transportes de Salvador SPE S/A (21.188.004/0001-15) foi distribuído o capital social na seguinte proporção: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51) – 0,14730%; **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) – 0,19690%; RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) – 19%**; Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08) – 25,54490%; Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01) – 17,13970%; Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56) – 22%; UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66) – 15,01200%; Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) – 0,95920%.

A empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), a qual, registre-se, era a antiga contratada pela Prefeitura Municipal de Salvador, detentora, portanto, de todo o ativo material e pessoal para consecução do contrato, ficou com participação ínfima dentro do consórcio – apenas 0,19690%.

Por sua vez, a RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10), cujos administradores, Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04), Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04) e Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), são os mesmos da Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) e da empresa executada, participa do consórcio em termos mais robustos – 19%.

O sócio Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04) ingressou em 2014 na sociedade como representante da sócia Weipar Empreendimentos e Participações S/A (08.284.304/0001-30) e, na sequência, como sócio administrador. Até então, o objeto social da empresa era "o turismo, transportes rodoviários e urbanos, fretamento e venda de passagens aéreas e rodoviárias, e prestação de transportes turísticos de superfície" (fls. 394/421 dos autos principais). Sua sede fica dentro do Terminal Rodoviário de Salvador.

Considerando a atividade desempenhada pela empresa RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) e a coincidência de administração, vê-se que sua participação nos termos postos visou blindar a real prestadora dos serviços contra iniciativas de seus credores. Conforme informado pela exequente, é a Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) a detentora de todos os atributos necessários à plena prestação do serviço contratado.

Ademais, conforme ressaltado pelo MM. Juiz a quo:

"...Demais disso, a empresa sucessora EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA, passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com a abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).

Tendo em vista a demonstração nos autos dos seguintes elementos: composição/distribuição do capital, nova absorção de funcionários e composição do quadro diretivo, resta caracterizado que a empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, CNPJ 00.500.618/0001-10 se configura, por seu turno, como sucessora de fato da EXPRESSO VITORIA LTDA. Ambas integram a pessoa jurídica autônoma de propósito específico.

De todos os documentos listados, extrai-se que há liame entre a assunção das operações, estrutura e capital social distribuído na sociedade de propósito específico pela RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA e um novo esvaziamento de recursos humanos e financeiros, desta vez da sucessora EXPRESSO VITÓRIA BAHIA LTDA. A sociedade de propósito específico tem personalidade jurídica própria, bem como regulação pelo tipo societário adotado, sem, contudo, que tal característica importe em afastamento da aplicação de dispositivos legais em relação às pessoas jurídicas individuais que a formaram, como no quadro de sucessão de fato existente no caso em tela..."

Deste modo, verifica-se que há elementos suficientes para ensejar o reconhecimento da sucessão de fato da empresa executada pela empresa EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA e pela empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., nos termos do art. 133, do CTN, tomando-se responsáveis pelo pagamento dos débitos da empresa executada.

Ressalto que, em princípio, as provas da existência de sucessão/grupo econômico devem ser analisadas com profundidade nos eventuais embargos à execução, onde se permite amplo contraditório e instrução probatória. Na análise permitida em agravo de instrumento, basta que haja indícios sólidos e não meras presunções e, no caso em tela, aquelas parecem existir.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo interno.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravo de instrumento interposto por Expresso Vitória da Bahia contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a sua inclusão no polo passivo do feito originário.

O Relator Des. Fed. Marcelo Saraiva deixou de apreciar a questão da prescrição para o redirecionamento, suscitada pelo agravante e, no mais, declarou prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e negou provimento ao agravo de instrumento, por entender desnecessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC. Divirjo, todavia, e passo a expor as razões do voto dissidente.

Inicialmente, verifica-se que o tema relativo à prescrição para o redirecionamento do feito é matéria de ordem pública e, assim, pode ser examinada por este tribunal independentemente de a instância a qua tê-la avaliado. Na verdade, o que se veda é o reexame de questão já decidida se não houver o respectivo recurso, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, o que não se verifica nos autos originários. Destarte, divirjo para que o agravo de instrumento seja integralmente conhecido.

Discordo, ainda, quanto à desnecessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica para fins de redirecionamento.

A inclusão de sócios administradores, diretores, gerentes ou representantes da executada no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 134 e 135 do CTN e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade (Súmula 435 do STJ) (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; EREsp 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

As regras da lei processual civil cuidam de estabelecer de que forma a referida responsabilização se desdobra no processo, com nítida intenção de propiciar, por um lado, que o requerente deduza um pedido específico e devidamente fundamentado e, por outro, que o sócio tenha oportunidade de defesa prévia, para assegurar o devido processo legal. Assim, toda vez que o exequente requer o redirecionamento do feito em relação a um ou mais sócios da empresa executada, pleiteia, na verdade, autorização para alcançar o patrimônio de outrem que não a própria pessoa jurídica devedora, com base na legislação material pertinente. Destarte, preocupou-se o legislador em criar procedimento apto a garantir que a ampliação subjetiva do feito executivo prestigie o direito à ampla defesa e ao contraditório (artigos 5º, LIV e LV, da CF/88). Nesse sentido, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco sobre o novo instituto:

"Incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e ss.). Esse é um valioso culto à garantia do contraditório mediante a eliminação da extrema insegurança decorrente de desordenados redirecionamentos de execuções (na maior parte, execuções fiscais ou trabalhistas) e arbitrárias extensões de responsabilidade executiva a sujeitos diferentes do obrigado. Pelo que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, extensões dessa ordem só serão admissíveis quando houver prévio pronunciamento judicial a respeito. O eventual temor de uma dilapidação patrimonial durante o processamento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é facilmente superável pelo amplo poder cautelar do juiz, o qual poderá, em caso de perigo, determinar medidas urgentes capazes de assegurar a integridade do patrimônio do eventual obrigado (inalienabilidade dos bens, bloqueio de depósitos ou aplicações bancárias)".

(in *INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL*, vol. 1, p. 58, 8ª ed., Malheiros Editores)

Por fim, é de rigor que se esclareça que o pedido da parte ou do Ministério Público a que alude o artigo 133 do CPC é justamente o de alteração do polo passivo da execução com o redirecionamento: este jamais poderá se dar por impulso oficial. Todavia, apresentado tal requerimento ao juízo, de rigor a aplicação do texto legal, sob pena de nulidade do *decisum*. Interpretação diversa implicaria considerar que a instauração do incidente é facultativa e subordinada à vontade da exequente, a quem caberia escolher quais devedores teriam o benefício da citação prévia e oportunidade de defesa antes de eventual inclusão no polo passivo de uma ação à qual não pertenciam originalmente.

Ante o exposto, acompanho o relator para declarar prejudicado o agravo interno mas dirijo para que seja conhecida por esta corte a questão relativa à prescrição do redirecionamento, bem como para dar provimento ao recurso a fim de reformar a decisão que incluiu o agravante no polo passivo da execução sem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 133 a 137 do CPC.

É como voto.

André Nabarrete

Desembargador Federal

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIREIONAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSTAURAÇÃO DO IDPJ. DESNECESSIDADE. SUCESSÃO EMPRESARIAL.

1. Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

2. É desnecessária a Instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.

3. A sucessão de empresa extinta constitui hipótese excepcional de redimensionamento do polo passivo da execução fiscal. Ocorre quando a pessoa jurídica criada resultar de "fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra", ficando "responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas", na forma do art. 132 do CTN. Ou na hipótese de "pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual", a teor do art. 133 daquele mesmo diploma.

4. A Execução Fiscal n. 0031969-38.2013.4.03.6182 foi originalmente ajuizada em face da Viação Farol da Barra Ltda. com a finalidade de cobrar créditos de IRRF e PIS.

5. A Viação Farol da Barra foi constituída em 19/02/1998. Foi constituída uma filial, situada na Rua dos Franciscanos, 78E, DomAvelar, Salvador-BA, cujo objeto social é o transporte coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal em região metropolitana. O quadro societário da empresa era composto por: Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) e José Ricardo Caixeta (559.654.078-15). Conforme atestado nos autos principais, não houve a citação da empresa executada, tendo sido infutíferas as diligências postal e por oficial de justiça, realizadas no endereço cadastrado da ficha JUCESP. Segundo consta exposto pela exequente, a empresa Viação Farol da Barra, de acordo com a informação da Superintendência de Transporte Público de Salvador, deixou de operar no município, tendo sido suas linhas assumidas pela empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), conforme constou do processo n. 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

6. Por sua vez a ficha cadastral da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. aponta que são sócios e administradores da empresa em questão Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00) e Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) (fs. 224/246), que foram sócios/gerentes da executada Viação Farol da Barra. Ambas as empresas tem como atividade principal: transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerários fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana. A sede da Expresso Vitória Bahia Ltda. fica situada na Estrada Lobato-Campinas, 62, Campinas de Pirajá, Salvador-BA, CEP 41275-004. A única filial da Viação Farol da Barra (00.729.027/0001-10) esteve sediada no mesmo endereço. Constatou-se, ainda, a transferência de funcionários da Viação Farol da Barra para a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda.

7. Verifica-se, ainda, o reconhecimento da sucessão da empresa executada pela empresa requerida EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA na esfera trabalhista, processo nº 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Posteriormente, a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência, também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).

8. A Ótima Transportes de Salvador SPE S/A, tem como acionistas: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51); **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84); RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10)**; Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08); Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01); Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56); UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66); e Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) (fs.294/369).

9. Dentro da Ótima Transportes de Salvador SPE S/A (21.188.004/0001-15) foi distribuído o capital social na seguinte proporção: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51) – 0,14730%; **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) – 0,19690%; RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) – 19%**; Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08) – 25,54490%; Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01) – 17,13970%; Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56) – 22%; UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66) – 15,01200%; Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) – 0,95920%.

10. A empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), a qual registre-se, era a antiga contratada pela Prefeitura Municipal de Salvador, detentora, portanto, de todo o ativo material e pessoal para consecução do contrato, ficou com participação ínfima dentro do consórcio – apenas 0,19690%. Por sua vez, a RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10), cujos administradores, Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04), Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04) e Ednilson Alves dos Santos (106.815.075-00), são os mesmos da Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) e da empresa executada, participa do consórcio em termos mais robustos – 19%.

11. O sócio Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04) ingressou em 2014 na sociedade como representante da sócia Weipar Empreendimentos e Participações S/A (08.284.304/0001-30) e, na sequência, como sócio administrador. Até então, o objeto social da empresa era "o turismo, transportes rodoviários e urbanos, fretamento e venda de passagens aéreas e rodoviárias, e prestação de transportes turísticos de superfície" (fs. 394/421 dos autos principais). Sua sede fica dentro do Terminal Rodoviário de Salvador. Considerando a atividade desempenhada pela empresa RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) e a coincidência de administração, vê-se que sua participação nos termos postos visou blindar a real prestadora dos serviços contra iniciativas de seus credores. Conforme informado pela exequente, é a Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) a detentora de todos os atributos necessários à plena prestação do serviço contratado.

12. Deste modo, verifica-se que há elementos suficientes para ensejar o reconhecimento da sucessão de fato da empresa executada pela empresa EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA e pela empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., nos termos do art. 133, do CTN, tomando-se responsáveis pelo pagamento dos débitos da empresa executada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator). E, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA, vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que divergia para que fosse conhecida por esta corte a questão relativa à prescrição do redirecionamento, bem como para dar provimento ao recurso a fim de reformar a decisão que incluiu o agravante no polo passivo da execução sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 133 a 137 do CPC. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000640-46.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALPINO INDUSTRIA METALURGICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000640-46.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALPINO INDUSTRIA METALURGICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120057532) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107319517) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123784695).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000640-46.2017.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALPINO INDUSTRIA METALURGICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: PEDRO WANDERLEY RONCATO - SP107020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;
- V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:
- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E.g. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002502-39.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PLASTICOS RISANA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: OTHON VINICIUS DO CARMO BESERRA - SP238522-A, ANTONIO RODRIGO SANTANA - SP234190-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002502-39.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PLASTICOS RISANA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: OTHON VINICIUS DO CARMO BESERRA - SP238522-A, ANTONIO RODRIGO SANTANA - SP234190-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 114923983) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 42959967) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 116939379).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002502-39.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PLASTICOS RISANA INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI - EPP
Advogados do(a) APELADO: OTHON VINICIUS DO CARMO BESERRA - SP238522-A, ANTONIO RODRIGO SANTANA - SP234190-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravo, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003953-22.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
APELADO: ROBSON AMBROSIO DA SILVA & CIA. LTDA. - ME
Advogado do(a) APELADO: JOEL FRANCA - SP178667-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003953-22.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO ESTADO DE SP
APELADO: ROBSON AMBROSIO DA SILVA & CIA. LTDA. - ME
Advogado do(a) APELADO: JOEL FRANCA - SP178667-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o procedimento comum, ajuizada por ROBSON AMBROSIO DA SILVA - ME, em face do Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo, com a finalidade de que seja declarada a inexigibilidade de anuidade.

Alega, em síntese, que é proprietária de uma pequena casa de ração localizada no Mercado Municipal de Jacaréi.

Afirma que é obrigada ao pagamento de anuidade junto ao Conselho de Medicina Veterinária, bem como a contratar um veterinário devidamente credenciado para atuar na empresa como responsável técnico, exercendo atribuições inerentes a sua profissão.

Aduz que a empresa não tem nenhuma atividade restrita ao Veterinário, mesmo assim é obrigada ao pagamento de anuidade ao CRMV.

Citado, o CRMV apresentou contestação. Houve réplica da autora.

Por meio da sentença (ID 127249982), o MM. Juiz *a quo*, julgou parcialmente procedente o pedido, para declarar o direito do autor ao cancelamento de sua inscrição perante o réu, com efeitos a partir da citação (27.08.2019), cancelando todos os débitos relativos às anuidades devidas a partir de então. O CRMV foi condenado ao pagamento de honorários fixados no valor de em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do CPC.

O apelante Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo – CRMV-SP alega em síntese, a obrigatoriedade na contratação de médico veterinário para o desempenho das funções, bem como o registro no CRMV-SP, com fulcro na Lei nº 5.517/68. Requer, ainda, a reforma da r. sentença no tocante aos honorários advocatícios, a fim de que seja aplicado o §3º, inciso I, do artigo 85 do CPC.

Com contrarrazões, os autos subiram a esta e. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003953-22.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO EST DE SP
PROCURADOR: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA DO EST DE SP

APELADO: ROBSON AMBROSIO DA SILVA & CIA. LTDA. - ME
Advogado do(a) APELADO: JOEL FRANCA - SP178667-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, recebo o apelo no duplo efeito, tendo em vista sua tempestividade.

6.839/80: A obrigatoriedade do registro de pessoa jurídica no conselho profissional fundamenta-se na atividade básica ou na natureza dos serviços por ela prestados. Verifica-se, a propósito, a redação do art. 1º da Lei n.

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros.

A Lei nº 5.517/68 que instituiu os Conselhos Federal e Regional de Medicina Veterinária contempla, de forma ampla, a previsão de que as pessoas jurídicas que exploram atividades próprias da profissão de médico-veterinário devem registrar-se no respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária, *verbis*:

Art. 27 As firmas, associações, companhias, cooperativas, empresas de economia mista e outras que exercem atividades peculiares à medicina veterinária previstas pelos artigos 5º e 6º da Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, estão obrigadas a registro nos Conselhos de Medicina Veterinária das regiões onde funcionarem.

O mesmo diploma legar prevê em seus arts. 5º e 6º as atividades de competência privativa desses profissionais, mencionando a atividade comercial tão-somente na alínea "b" do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares:

(...)

e) a direção técnica sanitária dos estabelecimentos industriais e, sempre que possível, dos comerciais ou de finalidades recreativas, desportivas ou de proteção onde estejam, permanentemente, em exposição, em serviço ou para qualquer outro fim animais ou produtos de sua origem;

Já o seu art. 28 estabelece a necessidade de contratação de médico-veterinário pela pessoa jurídica sempre que a atividade por ela desempenhada seja passível da atuação daquele profissional. Observa-se:

Art. 28. As firmas de profissionais da Medicina Veterinária, as associações, empresas ou quaisquer estabelecimentos cuja atividade seja passível da ação de médico-veterinário, deverão, sempre que se tornar necessário, fazer prova de que, para esse efeito, têm a seu serviço profissional habilitado na forma desta Lei.

A Lei nº 6.839/80, por sua vez, disciplinando o Registro de Empresas nas Entidades Fiscalizadoras do Exercício de Profissões, estabeleceu em seu art. 1º que:

"Art. 1º - O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros."

Assim, o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional especializado é determinado pela atividade básica ou pela natureza de serviços prestados pela empresa, que, no caso, ainda que constasse em sua razão social o nome de produtos veterinários, tal fato, por si só, não justifica tal exigência.

No caso, conforme consta no contrato social (ID 127249504 – págs. 9/14), seu objeto social é: "o comércio varejista de artigos para animais (ração, aves vivas, gaiolas e acessórios para criação de animais) e comércio varejista de medicamentos veterinários".

Desse modo, verifica-se que a presença do médico veterinário responsável é facultativa e não obrigatória, visto que a atividade comercial da impetrante não está relacionada às atividades privativas do médico veterinário, motivo pelo qual não é obrigatório seu registro junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, tampouco a contratação de profissional registrado no referido conselho.

A questão sobre a desnecessidade de manter médico veterinário, em estabelecimento que comercializa animais vivos, restou pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.338.942/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução 8/2008 do STJ. Colaciono o pertinente:

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA. VENDA E MEDICAMENTOS VETERINÁRIOS E COMERCIALIZAÇÃO DE ANIMAIS VIVOS. DESNECESSIDADE. LEI N. 5.517/68. ATIVIDADE BÁSICA NÃO COMPREENDIDA ENTRE AQUELAS PRIVATIVAMENTE ATRIBUÍDAS AO MÉDICO VETERINÁRIO. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. O registro da pessoa jurídica no conselho de fiscalização profissional respectivo faz-se necessário quando sua atividade básica, ou o serviço prestado a terceiro, esteja compreendida entre os atos privativos da profissão regulamentada, guardando isonomia com as demais pessoas físicas que também explorem as mesmas atividades.

2. Para os efeitos inerentes ao rito dos recursos repetitivos, deve-se firmar a tese de que, à míngua de previsão contida da Lei n. 5.517/68, a venda de medicamentos veterinários - o que não abrange a administração de fármacos no âmbito de um procedimento clínico - bem como a comercialização de animais vivos são atividades que não se encontram reservadas à atuação exclusiva do médico veterinário. Assim, as pessoas jurídicas que atuam nessas áreas não estão sujeitas ao registro no respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária nem à obrigatoriedade de contratação de profissional habilitado. Precedentes.

3. No caso sob julgamento, o acórdão recorrido promoveu adequada exegese da legislação a respeito do registro de pessoas jurídicas no conselho profissional e da contratação de médico-veterinário, devendo, portanto, ser mantido.

4. Recurso especial a que se nega provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973, correspondente ao art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

(REsp 1338942/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017)

No tocante aos honorários advocatícios, dispõe o art. 85, do CPC:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.

(...)

Nas causas em que a Fazenda Pública figurar como parte, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do art. 85 §§ 3º e 4º do CPC.

Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE EQUIDADE NA FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NOVAS REGRAS: CPC/2015, ART. 85, §§ 2º E 8º. REGRA GERAL OBRIGATÓRIA (ART. 85, § 2º). REGRA SUBSIDIÁRIA (ART. 85, § 8º). PRIMEIRO RECURSO ESPECIAL PROVIDO. SEGUNDO RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O novo Código de Processo Civil - CPC/2015 promoveu expressivas mudanças na disciplina da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na sentença de condenação do vencido.

2. Dentre as alterações, reduziu, visivelmente, a subjetividade do julgador, restringindo as hipóteses nas quais cabe a fixação dos honorários de sucumbência por equidade, pois: a) enquanto, no CPC/1973, a atribuição equitativa era possível: (a.I) nas causas de pequeno valor; (a.II) nas de valor inestimável; (a.III) naquelas em que não houvesse condenação ou fosse vencida a Fazenda Pública; e (a.IV) nas execuções, embargadas ou não (art. 20, § 4º); b) no CPC/2015 tais hipóteses são restritas às causas: (b.I) em que o proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando (b.II) o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º).

3. Com isso, o CPC/2015 tornou mais objetivo o processo de determinação da verba sucumbencial, introduzindo, na conjugação dos §§ 2º e 8º do art. 85, ordem decrescente de preferência de critérios (ordem de vocação) para fixação da base de cálculo dos honorários, na qual a subsunção do caso concreto a uma das hipóteses legais prévias impede o avanço para outra categoria.

4. Tem-se, então, a seguinte ordem de preferência: (I) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (II) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (II.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (II.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art.

85, § 2º); por fim, (III) havendo ou não condenação, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou em que o valor da causa for muito baixo, deverão, só então, ser fixados por apreciação equitativa (art. 85, § 8º).

5. A expressiva redação legal impõe concluir: (5.1) que o § 2º do referido art. 85 veicula a regra geral, de aplicação obrigatória, de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados no patamar de dez a vinte por cento, subsequentemente calculados sobre o valor: (I) da condenação; ou (II) do proveito econômico obtido; ou (III) do valor atualizado da causa; (5.2) que o § 8º do art. 85 transmite regra excepcional, de aplicação subsidiária, em que se permite a fixação dos honorários sucumbenciais por equidade, para as hipóteses em que, havendo ou não condenação: (I) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (II) o valor da causa for muito baixo.

6. Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido. Segundo recurso especial desprovido.

(REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS. CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA. CPC/2015. APLICAÇÃO DO ART. 85, §§ 3º E 4º. 1. Nas causas em que é parte a Fazenda Pública, para a fixação de honorários nos termos do art. 85 do CPC/2015, é imprescindível a aplicação inicial dos §§ 3º e 4º, recorrendo-se, subsidiariamente, ao § 8º apenas na hipótese de proveito econômico irrisório ou de valor da causa muito baixo. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1758633/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018)

Deste modo, considerando o valor da causa (R\$ 3.000,00), bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fixo os honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º e § 3º, inciso I, do CPC.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir os honorários advocatícios fixados na sentença, para o percentual de 20% sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º e § 3º, inciso I, do CPC, ficando mantida a sentença no demais.

É como voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA. VENDA DE ANIMAIS VIVOS E RAÇÕES PARA ANIMAIS. DESNECESSIDADE. LEI N. 5.517/68. ATIVIDADE BÁSICA NÃO COMPREENDIDA ENTRE AQUELAS PRIVATIVAMENTE ATRIBUÍDAS AO MÉDICO VETERINÁRIO. REsp 1.338.942/SP SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional especializado é determinado pela atividade básica ou pela natureza de serviços prestados pela empresa, que, no caso, ainda que constasse em sua razão social o nome de produtos veterinários, tal fato, por si só, não justifica tal exigência.
2. No caso, conforme consta nos documentos (ID 107095797), seu objeto social é: "o comércio varejista de animais vivos e de artigos e alimentos para animais de estimação"
3. Desse modo, verifica-se que a presença do médico veterinário responsável é facultativa e não obrigatória, visto que a atividade comercial da impetrante não está relacionada às atividades privativas do médico veterinário, motivo pelo qual não é obrigatório seu registro junto ao Conselho Regional de Medicina Veterinária, tampouco à contratação de profissional registrado no referido conselho.
4. A questão sobre a desnecessidade de manter médico veterinário, em estabelecimento que comercializa animais vivos, restou pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.338.942/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC/73 e da Resolução 8/2008 do STJ.
5. Nas causas em que a Fazenda Pública figurar como parte, os honorários advocatícios devem ser fixados nos termos do art.85 §§3º e 4º do CPC. Deste modo, considerando o valor da causa (R\$ 3.000,00), bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fixo os honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da causa devidamente atualizado, nos termos do art. 85, § 2º e § 3º, inciso I, do CPC.
6. Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5226661-97.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA - INMETRO.

APELADO: CRISTIANO FERNANDES DA SILVA
Advogados do(a) APELADO: CAIO CESAR VIEIRAS DOS SANTOS - SP390134-N, LUCAS RENATO GIROTO - SP335409-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Recebo o recurso de apelação no duplo efeito, com fulcro no art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intim(m)-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

MARCELO SARAIVA

Desembargador Federal

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001777-57.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: IBAZAR.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA., EBAZAR.COM.BR. LTDA, MERCADOPAGO.COM REPRESENTACOES LTDA., MERCADO ENVIOS SERVICOS DE LOGISTICALTDA.
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A
Advogados do(a) APELADO: FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001777-57.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IBAZAR.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA., EBAZAR.COM.BR. LTDA, MERCADOPAGO.COM REPRESENTACOES LTDA., MERCADO ENVIOS SERVICOS DE LOGISTICALTDA.
Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A
Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A
Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A
Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 117354950) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107616974) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ISS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123954455).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001777-57.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IBAZAR.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA., EBAZAR.COM.BR. LTDA, MERCADOPAGO.COM REPRESENTACOES LTDA., MERCADO ENVIOS SERVICOS DE LOGISTICALTDA.

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

Advogados do(a) APELADO: JOSE MARIA ARRUDA DE ANDRADE - SP153509-A, FERNANDO ANTONIO CAVANHA GAIA - SP58079-A, ENIO ZAHA - SP123946-A, SANDRYA RODRIGUEZ VALMANA DE MEDEIROS - SP250321-A, JORGE HENRIQUE FERNANDES FACURE - SP236072-A, ALESSANDRO TEMPORIM CALAF - SP199894-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se).

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUNÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010458-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010458-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 114812204) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 106262918) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, para reconhecer a impossibilidade de restituição em sede mandamental e deu provimento à apelação da impetrante para reconhecer o direito de compensação dos valores indevidamente recolhidos, a título de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123611379).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5010458-09.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO BEIRA ALTA LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui recusa do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-17.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: NIKKEYPAR COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO HIROSHI HIGUCHI - SP118449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-17.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIKKEYPAR COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO HIROSHI HIGUCHI - SP118449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120063758) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 22792432) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, para afastar a condenação da União a ressarcir os valores indevidamente pagos.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123751795).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002229-17.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NIKKEYPAR COMERCIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIO HIROSHI HIGUCHI - SP118449-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta E. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003652-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AF PLASTICOS INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: IVAN FABIO GONZAGA DEL BUONO - SP243486-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003652-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AF PLASTICOS INDUSTRIA E COMERCIO EIRELI
Advogado do(a) APELADO: IVAN FABIO GONZAGA DEL BUONO - SP243486-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107502370) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 102741910) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para reconhecer a impossibilidade de restituição de valores em sede mandamental.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 108195654).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003652-06.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a fundamentação anterior.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constituirá receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0012887-05.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CINEPOLIS OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ COELHO PAMPLONA - SP147549-A, DANIELLE CHINELLATO - SP329967-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0012887-05.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CINEPOLIS OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ COELHO PAMPLONA - SP147549-A, DANIELLE CHINELLATO - SP329967-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107910728) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107290358) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123499534).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0012887-05.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CINEPOLIS OPERADORA DE CINEMAS DO BRASIL LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ COELHO PAMPLONA - SP147549-A, DANIELLE CHINELLATO - SP329967-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUNÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002570-93.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BORFER FERRAGENS E FERRAMENTAS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: HELDER CURY RICCIARDI - SP208840-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002570-93.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BORFER FERRAGENS E FERRAMENTAS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: HELDER CURY RICCIARDI - SP208840-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 12028881) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 106876178) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 120438900).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002570-93.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BORFER FERRAGENS E FERRAMENTAS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: HELDER CURY RICCIARDI - SP208840-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609)

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000998-80.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAGNI AMERICA DO SUL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: LEANDRO MOREIRA ALVES - SP361136, DEBORA CRISTINA DO PRADO MAIDA - SP175504, THAYS FERREIRA HEILAGUIAR - SP94336-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000998-80.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAGNI AMERICA DO SUL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 114923999) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 105273374) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 116939373).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5000998-80.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MAGNI AMERICA DO SUL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: JEFFERSON LUCATTO DOMINGUES - SP245838-A, THAYS FERREIRA HEILAGUIAR - SP94336-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana a fundamentação anterior.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitero-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei fez menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não devida dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0026554-58.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SONDA PROCWORK INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0026554-58.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SONDA PROCWORK INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 122541032) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107794423) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ISS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123221012).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0026554-58.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SONDA PROCWORK INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores à propositura da ação.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGO INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se).

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUNÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015710-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANE THOME - SP223575-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015710-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANE THOME - SP223575-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. em face da r. decisão proferida pelo MM. Juiz a quo, em execução fiscal, que determinou a sua inclusão no polo passivo do feito, bem como da empresa Expresso Vitória da Bahia.

Alega que a decisão agravada deve ser anulada, em razão da necessidade da instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, previsto nos arts. 133 a 137, do CPC.

Sustenta, ainda, a ocorrência da prescrição para o redirecionamento na ação de execução fiscal, tendo em vista que a suposta sucessão teria ocorrido em meados de 2002 a 2005, conforme relatado pelo Fisco.

Aduz, ainda, que houve o transcurso de lapso temporal superior a cinco anos entre o despacho que ordenou a citação da executada e a sua citação no feito executivo.

Sustenta que para haja a responsabilidade tributária é preciso que ocorra a aquisição de fundo de comércio ou do estabelecimento comercial, nos termos do art. 133 do CTN. Relata que o fato de desempenharem a mesma atividade finalística pode ser tida como configuradora da sucessão, haja vista que para a ocorrência desta última, é necessária a aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial, o que não ocorreu no caso. É preciso que tenha havido negócio jurídico entre a sucessora e a sucedida e isto não ocorreu, inclusive em decorrência da própria atividade desempenhada, que depende da concessão do Poder Público, não podendo ser negociada entre particulares. A SPE – Sociedade de Propósito Específico foi instituída em decorrência de exigência feita pelo Poder Público, por meio de edital de concorrência, se perfazendo na reunião de OITO EMPRESAS, que uniram esforços, em um Consórcio para conseguir atender às exigências necessárias estabelecidas pelo Poder Público para prestação do serviço público.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após a vinda da contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Foi interposto agravo interno pela agravante.

Houve manifestação da União Federal (Fazenda Nacional).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015710-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: TATIANE THOME - SP223575-A, CARLOS ALBERTO RIBEIRO DE ARRUDA - SP133149-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, ressalte-se que a alegação da ocorrência da prescrição, embora consista em matéria de ordem pública, não foi objeto da decisão agravada, razão pela qual não pode ser apreciada neste Tribunal nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição.

Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. DIVERSIDADE DE PARTES. REUNIÃO DE VÁRIAS EXECUÇÕES FISCAIS. FACULDADE DO JUIZ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A 1a. Seção desta Corte, julgando recurso sob o rito do art. 543-C do CPC, REsp. 1.158.766/RJ (Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22.9.2010), entendeu que, nos termos do art. 573 do CPC, c/c 28 da Lei 6.830/80, a cumulação de várias execuções fiscais é uma faculdade outorgada ao juiz e não um dever.

2. No caso, por se tratar de uma faculdade e não de um dever do Juiz em reunir todas as execuções fiscais, não há razão para modificação do julgado. Ademais, não estava obrigado o Tribunal de origem, em sede de Agravo de Instrumento, analisar todas as questões que são próprias do mérito recursal dos Embargos à Execução, sob pena até mesmo de incorrer em supressão de instância.

3. Agravo Interno do particular desprovido.

(AgInt no AREsp 758834/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 06/02/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. PRESCRIÇÃO.

I - A prescrição é matéria cognoscível pela via da exceção de pré-executividade, desde que não demande dilação probatória. Precedentes no STJ.

II - À falta de análise das matérias de ordem pública pelo Juiz da execução, a manifestação em grau de recurso é inoportuna, sob pena de supressão do primeiro grau jurisdição.

III - In casu, é necessário o prévio conhecimento e exame da prescrição pelo Juiz da execução.

IV - Agravo de instrumento parcialmente provido.

(AI nº 0029812-24.2007.4.03.0000/SP - Rel. Desembargadora Federal ALDA BASTO - julgado em 09.05.2013 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 21.05.2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DE SÓCIOS NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE GRAU. CONTRADITÓRIO.

1. Não obstante a prescrição seja matéria de ordem pública, não é factível o exame em sede recursal, sem que antes sejam submetidas ao magistrado singular.

2. A par disto, ainda no que concerne à prescrição, é imprescindível a oitiva da parte contrária, haja vista que ela pode, eventualmente, sustentar a ocorrência de causa interruptiva.

3. É inviável ao tribunal manifestar-se sobre a matéria de defesa, nesta oportunidade, sob pena de supressão de grau de jurisdição e ofensa ao princípio do contraditório.

4. O agravante não afastou a fundamentação da decisão agravada, de modo que não se sustenta a alegação de inexistência de ato fraudulento.

5. O exame da questão relativa à não ocorrência de fraude demanda efetiva dilação probatória, somente viável em sede de embargos à execução.

6. Agravo regimental prejudicado, agravo de instrumento parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

(AI nº 0014623-30.2012.4.03.0000/SP - Rel. JUIZ Federal Convocado PAULO SARNO - julgado em 07.03.2013 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 15.03.2013)

QUESTÃO DE ORDEM - NULIDADE DO JULGADO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - SÓCIO - LEGITIMIDADE PASSIVA - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA NÃO CONHECIDA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS

1. Do exame dos autos, verifica-se que, nos presentes autos, a autora não opôs agravo legal em face da decisão monocrática de fls. 185/187, tendo, apenas, oferecido pedido de reconsideração.

2. Tendo sido equivocada a prolação do acórdão de fls. 198/203 por este órgão Colegiado, impõe-se o reconhecimento de sua nulidade.

3. Questão de ordem para anular o julgamento realizado em 15 de março de 2012.

4. Em homenagem aos princípios constitucionais da celeridade e economia processuais (art. 5º, LXXVIII, CF), impõe-se o julgamento do agravo de instrumento.

5. Constatada a dissolução irregular da sociedade, reconhece-se a responsabilidade do sócio e sua legitimidade para figurar no polo passivo da execução quanto aos débitos executados durante o período em que figurou como gerente da empresa.

6. Embora a prescrição consista em matéria de ordem pública, seu conhecimento pelo Tribunal sem que antes tenha sido suscitada em primeiro grau configura em supressão de instância, vedada pelo ordenamento jurídico.

7. Pedido de reconsideração prejudicado. Embargos de declaração prejudicados.

(AI nº 0029911-23.2009.4.03.0000/SP - Rel. Desembargadora Federal MAIRAN MAIA - julgado em 06.09.2012 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 20.09.2012)

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. ADMISSIBILIDADE DA OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. ÔNUS DA PROVA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - A recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto afirmado na petição inicial. Na verdade, a agravante buscou reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - Os sócios Rita de Cássia Garrutite Martins e Wagner Martins buscam por meio da oposição de exceção de pré-executividade a exclusão do nome deles do pólo passivo da execução fiscal.

IV - A doutrina e a jurisprudência consagraram a admissibilidade da oposição de exceção de pré-executividade para discussão de questões de ordem pública, relativas às condições da ação e que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz - dentre as quais se enquadra a ilegitimidade de parte -, desde que não demandem dilação probatória. Desta feita, pode o Magistrado determinar a exclusão dos sócios do pólo passivo da execução fiscal em sede de exceção de pré-executividade nos casos em que a ilegitimidade deles seja evidente de imediato, insuscetível de controvérsia, utilizando-se, para isso, dos documentos anexados ao incidente processual.

V - Analisar a questão da ilegitimidade de parte neste recurso implicaria em supressão de instância, pelo simples fato de o Magistrado singular não ter apreciado o mérito da exceção, o que sugere que tal atribuição seja a ele conferida.

VI - Agravo improvido.

(AI nº 0005926-25.2009.4.03.0000/SP - Rel. Juiz Federal Convocado FERNANDO GONÇALVES - julgado em 03.07.2012 - publicado no e-DJF3 Judicial 1 em 12.07.2012)

Não conheço do recurso nesta parte.

Da instauração do IDPJ

É desnecessária a Instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.

Ademais, o responsável tributário poderá se defender através da Exceção de Pré-Executividade ou Embargos à Execução.

Nesse sentido, precedente do C. STJ:

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA.

I - Impõe-se o afastamento de alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pelo recorrente foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

II - Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida.

III - Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ.

IV - A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n. 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal "a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível" (REsp n. 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014).

V - Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exigí-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilização por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

(REsp 1786311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019)

A sucessão de empresa extinta constitui hipótese excepcional de redimensionamento do polo passivo da execução fiscal. Ocorre quando a pessoa jurídica criada resultar de "fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra", ficando "responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas", na forma do art. 132 do CTN. Ou na hipótese de "pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual", a teor do art. 133 daquele mesmo diploma.

A Execução Fiscal n. 0031969-38.2013.4.03.6182 foi originalmente ajuizada em face da Viação Farol da Barra Ltda. com finalidade de cobrar créditos de IRRF e PIS.

A Viação Farol da Barra foi constituída em 19/02/1998. Foi constituída uma filial, situada na Rua dos Franciscanos, 78E, Dom Avelar, Salvador-BA, cujo objeto social é o transporte coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal em região metropolitana. O quadro societário da empresa era composto por: Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) e José Ricardo Caixeta (559.654.078-15). Conforme atestado nos autos principais, não houve a citação da empresa executada, tendo sido infrutíferas as diligências postal e por oficial de justiça, realizadas no endereço cadastral da ficha JUCESP.

Segundo consta exposto pela exequente, a empresa Viação Farol da Barra, de acordo com a informação da Superintendência de Transporte Público de Salvador, deixou de operar no município, tendo sido suas linhas assumidas pela empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), conforme constou do processo n. 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Por sua vez, a ficha cadastral da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. aponta que são sócios e administradores da empresa em questão Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00) e Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) (fls. 224/246), que foram sócios/gerentes da executada Viação Farol da Barra. Ambas as empresas tem como atividade principal: transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerários fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana. A sede da Expresso Vitória Bahia Ltda. fica situada na Estrada Lobato-Campinas, 62, Campinas de Pirajá, Salvador-BA, CEP 41275-004. A única filial da Viação Farol da Barra (00.729.027/0001-10) esteve sediada no mesmo endereço. Constatou-se, ainda, a transferência de funcionários da Viação Farol da Barra para a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda.

Verifica-se, ainda, o reconhecimento da sucessão da empresa executada pela empresa requerida EXPRESSO VITÓRIA BAHIA LTDA na esfera trabalhista, processo nº 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

Posteriormente, a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência, também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).

A Ótima Transportes de Salvador SPE S/A, tem como acionistas: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51); **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84); RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10);** Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08); Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01); Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56); UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66); e Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) (fls.294/369).

Dentro da Ótima Transportes de Salvador SPE S/A (21.188.004/0001-15) foi distribuído o capital social na seguinte proporção: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51) – 0,14730%; **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) – 0,19690%; RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) – 19%;** Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08) – 25,54490%; Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01) – 17,13970%; Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56) – 22%; UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66) – 15,01200%; Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) – 0,95920%.

A empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), a qual registre-se, era a antiga contratada pela Prefeitura Municipal de Salvador, detentora, portanto, de todo o ativo material e pessoal para consecução do contrato, ficou com participação ínfima dentro do consórcio – apenas 0,19690%.

Por sua vez, a RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10), cujos administradores, Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04), Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04) e Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), são os mesmos da Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) e da empresa executada, participa do consórcio em termos mais robustos – 19%.

O sócio Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04) ingressou em 2014 na sociedade como representante da sócia Weipar Empreendimentos e Participações S/A (08.284.304/0001-30) e, na sequência, como sócio administrador. Até então, o objeto social da empresa era "o turismo, transportes rodoviários e urbanos, fretamento e venda de passagens aéreas e rodoviárias, e prestação de transportes turísticos de superfície" (fls. 394/421 dos autos principais). Sua sede fica dentro do Terminal Rodoviário de Salvador.

Considerando a atividade desempenhada pela empresa RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) e a coincidência de administração, vê-se que sua participação nos termos postos visou blindar a real prestadora dos serviços contra iniciativas de seus credores. Conforme informado pela exequente, é a Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) a detentora de todos os atributos necessários à plena prestação do serviço contratado.

Ademais, conforme ressaltado pelo MM. Juiz a quo:

"...Demais disso, a empresa sucessora EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA, passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com a abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).

Tendo em vista a demonstração nos autos dos seguintes elementos: composição/distribuição do capital, nova absorção de funcionários e composição do quadro diretivo, resta caracterizado que a empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA, CNPJ 00.500.618/0001-10 se configura, por seu turno, como sucessora de fato da EXPRESSO VITORIA LTDA. Ambas integram a pessoa jurídica autônoma de propósito específico.

De todos os documentos listados, extrai-se que há liame entre a assunção das operações, estrutura e capital social distribuído na sociedade de propósito específico pela RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA e um novo esvaziamento de recursos humanos e financeiros, desta vez da sucessora EXPRESSO VITÓRIA BAHIA LTDA. A sociedade de propósito específico tem personalidade jurídica própria, bem como regulação pelo tipo societário adotado, sem, contudo, que tal característica importe em afastamento da aplicação de dispositivos legais em relação às pessoas jurídicas individuais que a formaram, como no quadro de sucessão de fato existente no caso em tela..."

Deste modo, verifica-se que há elementos suficientes para ensejar o reconhecimento da sucessão de fato da empresa executada pela empresa EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA e pela empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., nos termos do art. 133, do CTN, tornando-se responsáveis pelo pagamento dos débitos da empresa executada.

Ressalto que, em princípio, as provas da existência de sucessão/grupo econômico devem ser analisadas com profundidade nos eventuais embargos à execução, onde se permite amplo contraditório e instrução probatória. Na análise permitida em agravo de instrumento, basta que haja indícios sólidos e não meras presunções e, no caso em tela, aquelas parecem existir.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo interno.

É como voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Agravo de instrumento interposto por RD Turismo Transportes Rodoviários LTDA contra decisão que, em sede de execução fiscal, determinou a sua inclusão no polo passivo do feito originário.

O Relator Des. Fed. Marcelo Saraiva deixou de apreciar a questão da prescrição para o redirecionamento, suscitada pelo agravante e, no mais, declarou prejudicado o agravo interno interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela recursal e negou provimento ao agravo de instrumento, por entender desnecessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC. Divirjo, todavia, e passo a expor as razões do voto dissidente.

Inicialmente, verifica-se que o tema relativo à prescrição para o redirecionamento do feito é matéria de ordem pública e, assim, pode ser examinada por este tribunal independentemente de a instância a qua tê-la avaliado. Na verdade, o que se veda é o reexame de questão já decidida se não houver o respectivo recurso, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, o que não se verifica nos autos originários. Destarte, divirjo para que o agravo de instrumento seja integralmente conhecido.

Discordo, ainda, quanto à desnecessidade de instauração de incidente de desconconsideração da personalidade jurídica para fins de redirecionamento.

A inclusão de sócios administradores, diretores, gerentes ou representantes da executada no polo passivo da execução fiscal é matéria disciplinada nos artigos 134 e 135 do CTN e somente é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato ou estatuto social ou, ainda, na hipótese de dissolução irregular da sociedade (Súmula 435 do STJ) (REsp 474.105/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 19.12.03; EREsp 260.017, Rel. Min. José Delgado, DJU de 19.4.2004; ERESP 174.532/PR, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, DJ 06/10/2003; AgRg no Ag 613.619/MG, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, DJ 13.06.2005).

As regras da lei processual civil cuidam de estabelecer de que forma a referida responsabilização se desdobra no processo, com nítida intenção de propiciar, por um lado, que o requerente deduza um pedido específico e devidamente fundamentado e, por outro, que o sócio tenha oportunidade de defesa prévia, para assegurar o devido processo legal. Assim, toda vez que o exequente requer o redirecionamento do feito em relação a um ou mais sócios da empresa executada, pleiteia, na verdade, autorização para alcançar o patrimônio de outrem que não a própria pessoa jurídica devedora, com base na legislação material pertinente. Destarte, preocupou-se o legislador em criar procedimento apto a garantir que a ampliação subjetiva do feito executivo prestigie o direito à ampla defesa e ao contraditório (artigos 5º, LIV e LV, da CF/88). Nesse sentido, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco sobre o novo instituto:

"Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e ss.). Esse é um valioso culto à garantia do contraditório mediante a eliminação da extrema insegurança decorrente de desordenados redirecionamentos de execuções (na maior parte, execuções fiscais ou trabalhistas) e arbitrárias extensões de responsabilidade executiva a sujeitos diferentes do obrigado. Pelo que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, extensões dessa ordem só serão admissíveis quando houver prévio pronunciamento judicial a respeito. O eventual temor de uma dilapidação patrimonial durante o processamento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é facilmente superável pelo amplo poder cautelar do juiz, o qual poderá, em caso de perigo, determinar medidas urgentes capazes de assegurar a integridade do patrimônio do eventual obrigado (inalienabilidade dos bens, bloqueio de depósitos ou aplicações bancárias)".

(in INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, vol. 1, p. 58, 8ª ed., Malheiros Editores)

Por fim, é de rigor que se esclareça que o pedido da parte ou do Ministério Público a que alude o artigo 133 do CPC é justamente o de alteração do polo passivo da execução com o redirecionamento: este jamais poderá se dar por impulso oficial. Todavia, apresentado tal requerimento ao juízo, de rigor a aplicação do texto legal, sob pena de nulidade do *decisum*. Interpretação diversa implicaria considerar que a instauração do incidente é facultativa e subordinada à vontade da exequente, a quem caberia escolher quais devedores teriam o benefício da citação prévia e oportunidade de defesa antes de eventual inclusão no polo passivo de uma ação à qual não pertenciam originalmente.

Ante o exposto, acompanho o relator para declarar prejudicado o agravo interno mas divirjo para que seja conhecida por esta corte a questão relativa à prescrição do redirecionamento, bem como para dar provimento ao recurso a fim de reformar a decisão que incluiu o agravante no polo passivo da execução sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 133 a 137 do CPC.

É como voto.

André Nabarrete

Desembargador Federal

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO PARA O REDIREIONAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INSTAURAÇÃO DO IDPJ. DESNECESSIDADE. SUCESSÃO EMPRESARIAL.

1. Não cabe ao Tribunal manifestar-se sobre matérias não apreciadas pelo Juiz monocrático, sob pena de supressão de instância. Com efeito, essas matérias devem ser analisadas pelo MM. Juízo singular, respeitados o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o recurso deve ater-se aos limites impostos pela natureza e conteúdo da decisão agravada.
2. É desnecessária a Instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no Código de Processo Civil (art. 133), às hipóteses de responsabilização tributária, conforme o recente julgado pelo c. STJ.
3. A sucessão de empresa extinta constitui hipótese excepcional de redimensionamento do polo passivo da execução fiscal. Ocorre quando a pessoa jurídica criada resultar de "fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra", ficando "responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fisionadas, transformadas ou incorporadas", na forma do art. 132 do CTN. Ou na hipótese de "pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual", a teor do art. 133 daquele mesmo diploma.
4. A Execução Fiscal n. 0031969-38.2013.4.03.6182 foi originalmente ajuizada em face da Viação Farol da Barra Ltda. com finalidade de cobrar créditos de IRRF e PIS.
5. A Viação Farol da Barra foi constituída em 19/02/1998. Foi constituída uma filial, situada na Rua dos Franciscanos, 78E, Dom Avelar, Salvador-BA, cujo objeto social é o transporte coletivo de passageiros, com itinerário fixo, intermunicipal em região metropolitana. O quadro societário da empresa era composto por: Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) e José Ricardo Caixeta (559.654.078-15). Conforme atestado nos autos principais, não houve a citação da empresa executada, tendo sido infutíferas as diligências postal e por oficial de justiça, realizadas no endereço cadastral da ficha JUCESP. Segundo consta exposto pela exequente, a empresa Viação Farol da Barra, de acordo com a informação da Superintendência de Transporte Público de Salvador, deixou de operar no município, tendo sido suas linhas assumidas pela empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), conforme constou do processo n. 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.
6. Por sua vez, a ficha cadastral da empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. aponta que são sócios e administradores da empresa em questão Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04), Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00) e Esdras Ribeiro da Silva (334.266.861-04) (fls. 224/246), que foram sócios/gerentes da executada Viação Farol da Barra. Ambas as empresas tem como atividade principal: transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerários fixo, municipal, intermunicipal em região metropolitana. A sede da Expresso Vitória Bahia Ltda. fica situada na Estrada Lobato-Campinas, 62, Campinas de Pirajá, Salvador-BA, CEP 41275-004. A única filial da Viação Farol da Barra (00.729.027/0001-10) esteve sediada no mesmo endereço. Constatou-se, ainda, a transferência de funcionários da Viação Farol da Barra para a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda.
7. Verifica-se, ainda, o reconhecimento da sucessão da empresa executada pela empresa requerida EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA na esfera trabalhista, processo nº 0046400-08.2007.5.05.0020, que tramitou no âmbito da Justiça do Trabalho da 5ª Região. Posteriormente, a empresa Expresso Vitória Bahia Ltda passou a integrar a sociedade de propósito específico ÓTIMA TRANSPORTES SPE S/A, CPNPJ 21.188.004/0001-15, constituída com propósito específico para atender edital de concorrência, também relacionada à atividade de prestação de serviço de transporte público de passageiros, com a abrangência geográfica equivalente à da prestação pela executada (e pela sucessora).
8. A Ótima Transportes de Salvador SPE S/A, tem como acionistas: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51); **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84); RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10);** Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08); Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01); Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56); UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66); e Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) (fls.294/369).
9. Dentro da Ótima Transportes de Salvador SPE S/A (21.188.004/0001-15) foi distribuído o capital social na seguinte proporção: Coletivos São Cristóvão Ltda. (17.251.034/0001-51) – 0,14730%; **Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) – 0,19690%; RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) – 19%;** Empresa de Transportes União Ltda. (34.391.615/0001-08) – 25,54490%; Transportes Sol S/A (13.403.399/0001-01) – 17,13970%; Triunfo Transporte Urbano S/A (19.200.884/0001-56) – 22%; UNIBUS Bahia Transportes Ltda. (08.420.231/0001-66) – 15,01200%; Modelo Transporte Urbano Ltda. (05.127.206/0001-09) – 0,95920%.
10. A empresa Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84), a qual registre-se, era a antiga contratada pela Prefeitura Municipal de Salvador, detentora, portanto, de todo o ativo material e pessoal para consecução do contrato, ficou com participação ínfima dentro do consórcio – apenas 0,19690%. Por sua vez, a RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10), cujos administradores, Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04), Daniel Ribeiro da Silva (517.681.191-04) e Edmilson Alves dos Santos (106.815.075-00), são os mesmos da Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) e da empresa executada, participa do consórcio em termos mais robustos – 19%.
11. O sócio Esdras da Silva Ribeiro (334.266.861-04) ingressou em 2014 na sociedade como representante da sócia Weipar Empreendimentos e Participações S/A (08.284.304/0001-30) e, na sequência, como sócio administrador. Até então, o objeto social da empresa era "o turismo, transportes rodoviários e urbanos, fretamento e venda de passageiros aéreas e rodoviárias, e prestação de transportes turísticos de superfície" (fls. 394/421 dos autos principais). Sua sede fica dentro do Terminal Rodoviário de Salvador. Considerando a atividade desempenhada pela empresa RD Turismo Transportes Rodoviários Ltda. (00.500.618/0001-10) e a coincidência de administração, vê-se que sua participação nos termos postos visou blindar a real prestadora dos serviços contra iniciativas de seus credores. Conforme informado pela exequente, é a Expresso Vitória Bahia Ltda. (05.163.585/0001-84) a detentora de todos os atributos necessários à plena prestação do serviço contratado.
12. Deste modo, verifica-se que há elementos suficientes para ensejar o reconhecimento da sucessão de fato da empresa executada pela empresa EXPRESSO VITORIA BAHIA LTDA e pela empresa RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA., nos termos do art. 133, do CTN, tomando-se responsáveis pelo pagamento dos débitos da empresa executada.
13. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, julgou prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator). E, por maioria, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votou a Des. Fed. MARLI FERREIRA, vencido o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, que divergia para que fosse conhecida por esta corte a questão relativa à prescrição do redirecionamento, bem como para dar provimento ao recurso a fim de reformar a decisão que incluiu o agravante no polo passivo da execução sem a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 133 a 137 do CPC. Fará declaração de voto o Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001724-39.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANS REAL RIO PRETO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A, CAMILO FRANCISCO PAES DE BARROS E PENATI - SP206403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0001724-39.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANS REAL RIO PRETO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A, CAMILO FRANCISCO PAES DE BARROS E PENATI - SP206403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120727804) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 106262920) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123092308).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001724-39.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRANSPORTADORA TRANS REAL RIO PRETO LTDA

Advogados do(a) APELADO: MARCELO ZANETTI GODOI - SP139051-A, CAMILO FRANCISCO PAES DE BARROS E PENATI - SP206403-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5022494-49.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TRIPLE A PRODUCAO CROSSMEDIA S.A.
Advogados do(a) APELADO: JOSE GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ - SP163613-A, MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5022494-49.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRIPLE A PRODUCAO CROSSMEDIA S.A.

Advogados do(a) APELADO: JOSE GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ - SP163613-A, MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 122805940) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108233665) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, apenas para reconhecer a impossibilidade de restituição de valores nos presentes autos.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ISS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 126310279).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5022494-49.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRIPLE A PRODUCAO CROSSMEDIA S.A.

Advogados do(a) APELADO: JOSE GUILHERME CARNEIRO QUEIROZ - SP163613-A, MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP; Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017, D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUNÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

-Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

-No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

-A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

-In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

-Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

-O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

-No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

-A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

-No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

-Apelação da Autora provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019438-35.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: MEMPHIS SA INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: FABIA MARA FELIPE BELEZI - SP182403-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019438-35.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: MEMPHIS SA INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: FABIA MARA FELIPE BELEZI - SP182403-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, ajuizada por MEMPHIS S/A INDUSTRIAL em face do INMETRO – INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA e do IPEM/MT – INSTITUTO NACIONAL DE PESOS E MEDIDAS, objetivando a anulação do auto de infração, por ofensa aos princípios da legalidade (ausência de base legal para a atuação) e da motivação, aduzindo que é impossível aceitar que um produto aprovado no critério individual seja reprovado no critério médio e vice-versa, uma vez que a aprovação da amostra analisada em um dos critérios já seria suficiente para demonstrar que o produto está dentro do padrão metroológico e não causa dano ao consumidor; os produtos analisados apresentam grande teor alcoólico e é possível que, devido às grandes temperaturas do Estado do Mato Grosso, haja uma perda leve de conteúdo líquido, situação que enseja a divergência do peso.

Ação julgada improcedente, com condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Opostos embargos de declaração pela autora, os quais foram rejeitados.

Interposto recurso de apelação pela parte autora, aduzindo: não haver possibilidade de seus produtos saírem da linha de produção abaixo do peso pré-determinado, bem como que, estando dispostos nas prateleiras de um estabelecimento comercial, à experimentação do consumidor, portanto, pode haver diferenças de volumes significativas em amostras no mesmo lote: como são produtos de grande teor alcoólico, é possível que, devido às grandes temperaturas do Estado de Mato Grosso, haja uma leve perda de conteúdo líquido, situação que enseja a divergência do peso; a Lei nº 9.933/99 nada fala sobre a penalização para a empresa que deixa de ser aprovada em um dos critérios, em especial quando aprovada no outro critério; considerando que a apelante foi aprovada em um dos critérios de análise, conforme se observa dos laudos de exame quantitativo de produtos pré-medidos nºs 1278016 e 1278017, não há razão para aplicar-lhe qualquer tipo de penalidade, visto que atendida a legislação metroológica; a decisão administrativa é singela e não elucidativa, impedindo o conhecimento dos fundamentos e razões da decisão, ferindo de morte o princípio da motivação do ato administrativo; a decisão negando provimento ao recurso não fundamenta as razões do julgador, prática essa que é rechaçada pelas regras de direito administrativo; as decisões não atendem à determinação contida na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, em especial o disposto nos arts. 2º, *caput*, 38, *caput* e § 1º e 50, II e § 1º; os produtos fiscalizados – sabonetes e desodorantes – são regulamentados pelas Portarias INMETRO nºs 126/99 e 202/89, respectivamente, sendo que a exigência de que todas as amostras sejam aprovadas tanto no critério individual como no da média não consta da Lei nº 9.933/99, mas tão somente das mencionadas Portarias INMETRO, as quais não constituem instrumentos adequados para instituir infração e estabelecer sanções; salienta-se que, independente da perda de voláteis, a matéria ativa continua presente, mantendo o mesmo desempenho da sua forma original.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019438-35.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: MEMPHIS SA INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELANTE: ANA CRISTINA CASANOVA CAVALLO - SP125734-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: FABIA MARA FELIPE BELEZI - SP182403-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso dos autos, a autora foi autuada por infração ao disposto nos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.933/99 c.c. o subitem 8.1 do Regulamento Técnico Metroológico aprovado pela Portaria INMETRO nº 126/99 e item 3, subitens 3.2 e 3.2.1, Tabelas I e II, do Regulamento Técnico Metroológico aprovado pela Portaria INMETRO nº 248/08.

O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial foi instituído pela Lei n. 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Referida Lei também criou o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º).

Por sua vez, em seu art. 9º, definiu como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizou o infrator como aquele que pratica a infração e definiu quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Referido diploma legal permite ao INMETRO, mediante autorização do CONMETRO, credenciar atividades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.933/99, a qual prevê:

"Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

§ 1º Os regulamentos técnicos deverão dispor sobre características técnicas de insumos, produtos finais e serviços que não constituam objeto da competência de outros órgãos e de outras entidades da Administração Pública Federal, no que se refere a aspectos relacionados com segurança, prevenção de práticas enganosas de comércio, proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal, e com o meio ambiente.

§ 2º Os regulamentos técnicos deverão considerar, quando couber, o conteúdo das normas técnicas adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;

II - elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados;

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer o poder de polícia administrativa na área de Avaliação da Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados ou por competência que lhe seja delegada;

V - executar, coordenar e supervisionar as atividades de Metrologia Legal em todo o território brasileiro, podendo celebrar convênios com órgãos e entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para esse fim.

Art. 4º O Inmetro poderá delegar a execução de atividades de sua competência.

Parágrafo único. No que se refere às atribuições relacionadas com a Metrologia Legal e a Certificação Compulsória da Conformidade, dotadas de poder de polícia administrativa, a delegação ficará restrita a entidades públicas que reúnam os atributos necessários para esse cometimento.

Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Art. 6º É assegurado ao agente público fiscalizador acesso à empresa sob fiscalização, a qual se obriga a prestar, para tanto, as informações necessárias, desde que com o objetivo de verificação do controle metroológico e da qualidade de produtos, bem assim o ingresso nos locais de armazenamento, transporte, exposição ou venda de produtos.

Art. 7º Constituir-se-á em infração a esta Lei, ao seu regulamento e aos atos normativos baixados pelo Conmetro e pelo Inmetro a ação ou omissão contrária a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por essas normas nos campos da Metrologia Legal e da Certificação Compulsória da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

Parágrafo único. Será considerada infratora das normas legais mencionados no caput deste artigo a pessoa natural ou a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, que, no exercício das atividades previstas no art. 5º, deixar de cumprir os deveres jurídicos pertinentes a que estava obrigada.

Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que detiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, obedecerá os seguintes valores:

I - nas infrações leves, de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 200,00 (duzentos reais) até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração:

I - a vantagem auferida pelo infrator;

II - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

III - o prejuízo causado ao consumidor.

§ 2º As multas previstas neste artigo poderão ser aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que trata o art. 8º e de graduação da multa prevista neste artigo.

§ 4º Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente."

Analisando-se os dispositivos acima transcritos, tem-se que o art. 9º contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Com efeito, define como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracteriza o infrator como aquele que pratica a infração e define quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

Quanto à legalidade da aplicação de penalidade com fundamento em Portaria do INMETRO ou Resolução do CONMETRO, firmou-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM PORTARIA DO INMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

2. Ademais, "a Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metroológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo" (REsp 597.275/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

3. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais."

(STJ, 1ª Turma, REsp 1107520, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 18.06.2009, D.E. de 05.08.2009)

Assim, utilizando seu poder regulamentar, o INMETRO baixou as Portarias necessárias para aprovar os correspondentes Regulamentos Técnicos Metroológicos.

Desse modo, válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista no art. 9º da Lei nº 5.966/73, consoante jurisprudência adotada.

Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Ademais, a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, com a redação dada pela Lei n. 8.884/94, dispõe que:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO."

Tal dispositivo, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas, reconhece como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização.

Por sua vez, verifica-se que as variações de quantidade decorrentes de alterações climáticas, de conservação e exposição, bem como de transporte do produto devem limitar-se ao máximo tolerado pela legislação, de modo a assegurar ao consumidor a aquisição correta da quantidade do produto indicada na embalagem.

O risco inerente à atividade econômica requer a vigilância e eleição de métodos de trabalho e utilização de equipamentos seguros para prevenir ocorrências prejudiciais ao consumidor.

Nesse sentido, colaciono o julgado do TRF4:

"ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CDA. MULTA. INMETRO. VALIDADE.

1. Constatada diferença entre o peso líquido do produto e o peso indicado na etiqueta ou embalagem, em quantitativo superior ao tolerado em lei, incorre o comerciante em infração à legislação metroológica, sendo irrelevante o fato do produto sofrer desidratação por ação natural, por se tratar de fato previsível e mensurável, a exigir maior cautela na indicação do peso.

2. A Portaria nº 96/00 do INMETRO, que juntamente com a Lei nº 9.933/99 fundamenta o auto de infração e, consequentemente, a CDA, foi expedida em consonância com a permissão outorgada pelo art. 3º da Lei nº 9.933/99.

(...)"

(TRF-4, AC 200670050035907, Quarta Turma, Relator Des. Márcio Antônio Rocha, Julgamento 09/04/2008, DE. 22/04/2008)

Por fim, não logrou a autora demonstrar a ausência de fundamentação na aplicação da multa em tela, devendo, assim, ser reconhecida a validade de sua imposição.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. INMETRO. PERDA NATURAL E CLIMA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA APLICAÇÃO DA MULTA.

I - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial instituído pela Lei nº 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

II - Criados o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º) também pelo mencionado diploma legal.

III - Definido no art. 9º dessa norma como infração o desrespeito a dispositivos da Lei nº 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizando o infrator como aquele que pratica a infração e definindo as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

IV - Também a Lei nº 9.933/99 contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades previstas.

V - As infrações às obrigações previstas na legislação metroológica possuem natureza objetiva, justamente pela presunção de prejuízo ao consumidor, independentemente, assim, da intenção ou não do comerciante de gerar prejuízo a quem adquire seus produtos.

VI - Reconhecido pelo CDC (art. 39, VIII, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94), como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas.

VII - Obrigatoriedade do fornecimento de informações claras ao consumidor que se aplica não só ao fabricante do produto, mas também ao estabelecimento responsável pelo comércio ou distribuição do mesmo, na esteira do previsto no art. 5º, da Lei nº 9.933/99.

VIII - As variações de quantidade decorrentes de alterações climáticas, de conservação e exposição, bem como de transporte do produto devem limitar-se ao máximo tolerado pela legislação, de modo a assegurar ao consumidor a aquisição correta da quantidade do produto indicada na embalagem.

IX - O risco inerente à atividade econômica requer a vigilância e eleição de métodos de trabalho e utilização de equipamentos seguros para prevenir ocorrências prejudiciais ao consumidor.

X - Não logrou a autora demonstrar a ausência de fundamentação na aplicação da multa em tela, devendo, assim, ser reconhecida a validade de sua imposição.

XI - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000123-61.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

APELADO: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - MG80788-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000123-61.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

APELADO: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, ajuizada por UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO em face da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, objetivando o reconhecimento da ilegalidade do cálculo do ressarcimento devido ao SUS, referente ao Processo Administrativo nº 3910.016.413/2017-59, a fim de que o ressarcimento ocorra especificamente sobre o valor gasto pelo SUS, afastando-se o IVR, bem como da ocorrência da prescrição dos débitos cobrados e, ainda, a suspensão da exigibilidade dos débitos discutidos, mediante a efetivação do depósito dos valores devidos nestes autos, a fim de que a autarquia se abstenha de incluir seu nome no CADIN e de ajuizar a correspondente execução fiscal.

Foi deferido a prova pericial contábil requerida pela autora, nos termos do art. 464 e seguinte do CPC e indeferido a expedição de ofícios.

Posteriormente, houve desistência da parte autora da produção da prova pericial.

Pedidos julgados parcialmente procedentes, para o fim de reconhecer a ilegalidade da cobrança e obrigação de ressarcimento ao SUS dos valores cobrados referentes às AIH e APAC nºs 3512244951259, 3512224641827, 3512224649483 E 3512244510687, com condenação da parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizado nos termos da Resolução CJF 267/13.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Interposto recurso de apelação pela autora, alegando, preliminarmente, nulidade da sentença, por inobservância aos preceitos do devido processo legal, por não ter oportunizado à apelante a produção da prova requerida, qual seja, a expedição de ofício às instituições médicas para apresentar os prontuários médicos, de forma a descaracterizar a urgência/emergência. Aduz, outrossim, a ocorrência de prescrição dos valores, em razão de os atendimentos terem sido realizados entre outubro e dezembro de 2012. No mérito, sustenta: não é devido o ressarcimento em relação aos atendimentos prestados a usuários em período de carência contratual ou em período de cobertura parcial temporária, porquanto, conforme Ofício nº 4786/2017/DIDES/ANS (ID 4181229), tratavam-se de atendimentos eletivos; não há como ressarcir atendimentos prestados pela rede pública quando realizados fora da cobertura contratual e em relação àqueles que inclusive não se enquadravam sequer no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde de cobertura obrigatória vigente à época dos atendimentos.

Também a ANS interpôs recurso de apelação, aduzindo não haver comprovação de que as informações relativas aos citados usuários inativos, excluídos ou fora de cobertura tenham sido levadas ao conhecimento da ANS, sendo de responsabilidade da operadora tal comunicação.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000123-61.2018.4.03.6110

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR, UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO

Advogado do(a) APELANTE: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

APELADO: UNIMED DE SOROCABA COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

Advogado do(a) APELADO: PAULA REGINA GUERRA DE RESENDE COURI - SP340947-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, conforme se verifica dos documentos de pp. 4 a 26 do ID 73259436, acompanhando o Ofício nº 4786/2017/DIDES/ANS, consta que os atendimentos prestados na rede pública de saúde tiveram caráter eletivo, o que tira a obrigatoriedade de ressarcimento ao SUS nos casos em que os beneficiários estavam em período de carência ou de cobertura parcial temporária.

Desse modo, tendo a autora comprovado, com a juntada das propostas de admissão ao plano de saúde, que esses usuários estavam em período de carência ou de cobertura parcial temporária à época dos atendimentos, devem ser excluídas as cobranças relativas a esses beneficiários, cujos contratos se encontram acostados a estes autos.

Todavia, nos casos de acompanhamento semi-intensivo de criança e adolescente com transtornos mentais isso não se aplica, em face do entendimento do C. STJ no sentido de haver abusividade na cláusula contratual ou emato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais (STJ, Terceira Turma, REsp 1.679.190, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26.09.2017, DJe 02.10.2017).

Assim, devem ser mantidas as cobranças relativas a esses atendimentos, uma vez que a restrição severa de cobertura poderá provocar a interrupção da própria terapia, o que comprometerá o restabelecimento da higidez mental do usuário, a contrariar não só princípios consumeristas, mas também os de atenção integral à saúde.

Passo à análise da prescrição.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte é pacífica no sentido de que a cobrança do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, previsto no art. 32 da Lei n.º 9.656/1998, pelo uso dos serviços de saúde pública, prescreve em 05 anos, na forma do Decreto n.º 20.910/1932, aplicando-se as normas de suspensão e interrupção na forma da Lei n.º 6.830/80, sendo inaplicável o prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de recurso repetitivo, no REsp nº 1.112.577/SP, firmou entendimento de que o prazo prescricional se inicia após o encerramento do processo administrativo, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DECADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

1. A Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental de São Paulo-CETESB aplicou multa à ora recorrente pelo fato de ter promovido a "queima da palha de cana-de-açúcar ao ar livre, no sítio São José, Município de Itapuí, em área localizada a menos de 1 Km do perímetro urbano, causando inconvenientes ao bem-estar público, por emissão de fumaça e fuligem" (fl. 28).

2. A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que é de cinco anos o prazo para a cobrança da multa aplicada ante infração administrativa ao meio ambiente, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, o qual que deve ser aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional.

3. Não obstante seja aplicável a prescrição quinquenal, com base no Decreto 20.910/32, há um segundo ponto a ser examinado no recurso especial - termo inicial da prescrição - que torna correta a tese acolhida no acórdão recorrido.

4. A Corte de origem considerou como termo inicial do prazo a data do encerramento do processo administrativo que culminou com a aplicação da multa por infração à legislação do meio ambiente. A recorrente defende que o termo a quo é a data do ato infracional, ou seja, data da ocorrência da infração.

5. O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da actio nata. Nesses termos, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado.

6. No caso, o procedimento administrativo encerrou-se apenas em 24 de março de 1999, nada obstante tenha ocorrido a infração em 08 de agosto de 1997. A execução fiscal foi proposta em 31 de julho de 2002, portanto, pouco mais de três anos a contar da constituição definitiva do crédito.

7. Nesses termos, embora esteja incorreto o acórdão recorrido quanto à aplicação do art. 205 do novo Código Civil para reger o prazo de prescrição de crédito de natureza pública, deve ser mantido por seu segundo fundamento, pois o termo inicial da prescrição quinquenal deve ser o dia imediato ao vencimento do crédito decorrente da multa aplicada e não a data da própria infração, quando ainda não era exigível a dívida.

8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1.112.577/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJe 08/02/2010)

Ainda, por se tratar de cobrança de dívida não tributária, deve ser observado o rito previsto no artigo 32, §1º ao 4º da Lei nº 9.656/98.

Na fase administrativa não há se falar em prescrição, pois o prazo prescricional só tem início após o encerramento do processo administrativo, haja vista que durante o seu processamento, o crédito carece de constituição definitiva.

Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre o encerramento do processo administrativo e o vencimento da cobrança (22.01.2018).

Acerca do ressarcimento ao SUS, o C. STF, ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, assim decidiu:

"É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos."

(STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

Referida Corte Suprema, ao apreciar a ADI n.º 1.931-8, que questionava os dispositivos da Lei n.º 9.656/98 e suas sucessivas Medidas Provisórias, assim decidiu:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99."

(STF, ADI n.º 1.931-MC/DF, Tribunal Pleno, v.u, Rel. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004)

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI N. 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Agravo regimental a que se nega provimento."

(REAgR nº 488.026, Rel. Min. EROS GRAU, DJE 06.06.2008)

Com efeito, o ressarcimento permite que o SUS receba de volta os valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde. Tal ressarcimento possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, e por esse motivo não tem por objeto a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.

Desta feita, não se faz necessária a edição de Lei Complementar para dispor sobre a matéria, razão pela qual não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários.

Além disso, resta evidente que a garantia de acesso universal à saúde pública não obsta o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública de saúde, o que, porém, não significa que a seguradora possa locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestou através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado, como se pretende.

A existência do ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica também não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", uma vez que a cobrança não é realizada diretamente à pessoa atendida pelos serviços do SUS.

Desse modo, o que busca o Estado é a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado à custa da prestação pública do serviço à saúde, tem natureza ressarcitória (compensatória), busca também a concretização de outros princípios de fonte constitucional, como o da solidariedade e do Estado Democrático, revelando-se um instrumento para o exercício da função regulatória do Estado sobre o mercado de Saúde Suplementar.

Nessa linha:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI 9.656/98. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES.

- 1. Conforme sustentou a própria autora, ora apelada, em sua peça inicial, os atendimentos na rede pública de saúde ocorreram no primeiro trimestre de 2005, tendo sido a parte autora notificada da existência do débito em fevereiro de 2006 (fl. 51).*
- 2. Por sua vez, muito embora a apelada tenha sido notificada para que realizasse o ressarcimento dos valores em questão tão somente em outubro de 2011, não se pode olvidar que, durante o interregno de julho de 2006 a junho de 2011, no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo (Processo n.º 33902027597200629), não houve fluência do prazo prescricional, razão pela qual se conclui que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no Decreto n.º 20.910/32 está longe de chegar a termo, merecendo ser inteiramente rejeitada tal alegação.*
- 3. Os valores exigidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) visam o ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados aos usuários de planos de saúde pelas instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).*
- 4. Tal ressarcimento consiste em mecanismo de recuperação de valores antes despendidos pelo Estado na assistência à saúde, de sorte a possibilitar o emprego de tais recursos em favor do próprio sistema de saúde, seja no aprimoramento ou na expansão dos serviços, em consonância aos preceitos e diretrizes traçados nos arts. 196 a 198 da Carta Magna.*
- 5. A cobrança possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.*
- 6. É desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria, inexistindo, por conseguinte, qualquer ofensa aos princípios constitucionais tributários.*
- 7. O ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", pois não há cobrança direta à pessoa atendida pelos serviços do SUS, nada impedindo que o Estado busque a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado às custas da prestação pública do serviço à saúde.*
- 8. De outra parte, os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.*
- 9. Precedentes: TRF 3ª Região, AG nº 2002.03.00.050544-0, j. 01/12/2004, DJ 07/01/2005, STF, ADI 1.931-MC/DF, Tribunal Pleno, v.u, Rel. Maurício Corrêa, DJ 28/05/2004; STF, 2ª Turma, RE 488026 AgR/RJ, Min. Eros Grau, j. 13/05/2008, DJe-102 06/06/2008.*
- 10. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.*
- 11. Agravo legal improvido."*

(TRF3, AC n.º 0008948-32.2011.4.03.6108, Rel. JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, SEXTA TURMA, j. 16/01/2014, e-DJF3 24/01/2014 - grifei)

"ADMINISTRATIVO - OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE - ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 - RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS - CONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÕES E TABELA TUNEP - LEGALIDADE.

- 1. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia federal criada pela Lei nº 9.961/2000 e vinculada ao Ministério da Saúde, recebeu a missão de atuar como órgão destinado a regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades de assistência suplementar à saúde.*
- 2. A Lei nº 9.656/98, destinada à regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde, atribuiu à ANS competência para operacionalizar a restituição dos valores despendidos pelo SUS com o atendimento de beneficiários de planos de assistência à saúde gerenciados por instituições privadas.*
- 3. Ao promover ações de cobrança, em face das operadoras de planos privados de saúde, a ANS age sob o amparo do princípio da legalidade, bem assim, do poder-dever de controle e fiscalização do setor econômico de saúde.*
- 4. A lei não eximiu o Estado da obrigação consubstanciada no universal e igualitário acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, porquanto o pilar de sustentação da obrigação contida no art. 32 da Lei nº 9.656 fora construído sob o ideário da vedação ao enriquecimento ilícito. Devida a indenização ao Poder Público em razão de valores despendidos pelos cofres com serviços para cuja execução as instituições privadas já se mostravam prévia e contratualmente obrigadas.*
- 5. Não há qualquer ilegalidade no poder regulamentar exercido pela ANS, à luz da autorização contida no caput do art. 32 da Lei nº 9.656, que autoriza a expedição de atos normativos destinados a conferir operatividade às suas funções institucionais.*
- 6. Presume-se a legalidade e a veracidade da TUNEP, cujos montantes devem suportar todas as ações necessárias ao pronto atendimento e recuperação do paciente, militando em favor da ans qualquer dívida levantada acerca da consistência dos valores discriminados pela referida tabela (art. 32, § 8º, Lei nº 9.656 e Resolução-CONSU nº 23/199).*
- 7. Inexistência de mácula ao princípio da irretroatividade, em razão da cobrança de atendimentos prestados a consumidores cujos contratos tenham sido firmados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, visto independe o ressarcimento da data de adesão ao plano de saúde por parte do beneficiário atendido na rede do SUS."*

(TRF3, AC nº 0002076-30.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, SEXTA TURMA, j. 25/03/2010, e-DJF3 19/04/2010, p. 427)

Outrossim, se o usuário se encontra desvinculado do plano de saúde, o ônus pelo atendimento no Sistema Integrado de Saúde é do Estado, e não das operadoras.

Todavia, cumpre à Operadora do plano de saúde comprovar que cientificou a ANS da exclusão do usuário, anteriormente à prestação do atendimento, nos termos dos arts. 20 da Lei nº 9.656/98, 9º da RDC nº 03/00 e 4º da RN 17/02, o que não ocorreu no caso dos autos, nada lhe valendo a prova posterior feita nos autos, não cabendo aqui a aplicação do art. 333 do CPC em desfavor da ANS.

Ainda, nos termos da jurisprudência desta E. Corte, a contratação de plano de saúde nas diferentes modalidades ou mesmo em regime de coparticipação, não leva à conclusão acerca da impossibilidade de ressarcimento, visto que a Lei nº 9.656/98 vincula o ressarcimento ao atendimento médico-assistencial do beneficiário com recursos públicos, independente do regime de pagamento de tais serviços.

Confira-se:

"ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. REGIME DE CUSTO OPERACIONAL. TABELA ÚNICA NACIONAL DE EQUIVALÊNCIA DE PROCEDIMENTOS (TUNEP).

(...)

10 - De fato, a aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional", sendo que, nos contratos de coparticipação, o ressarcimento é devido somente em relação à parcela de responsabilidade da operadora do plano de saúde.

(...)"

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1850201 - 0016874-59.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 06/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2017)

Por sua vez, a tabela TUNEP foi criada e aprovada pela Resolução do Conselho de Saúde Suplementar nº 23/99 e foi concebida a partir de um processo participativo e consensual, desenvolvido no âmbito da Câmara da Saúde Suplementar, no qual foram envolvidos gestores estaduais e municipais do SUS, representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do SUS.

Com efeito, a Tabela TUNEP não possui qualquer ilegalidade e foi implementada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) a partir de seu poder regulador do mercado de saúde suplementar, §§1º e 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários. Confira-se julgado sobre o tema:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO FINANCEIRO. RESSARCIMENTO AO SUS. CARÁTER INDENIZATÓRIO. LEI Nº 9.656/98. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. LIMITAÇÃO RESTRITA AO CONTRATO PRIVADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. TUNEP. DEFESA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Lei nº 9.656/98, no seu artigo 32, obriga o ressarcimento, por parte de operadoras de planos de saúde, dos valores despendidos para a prestação de serviços aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde.

2. O objetivo da norma é o de evitar o enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde que decorreria do atendimento de seus conveniados por meio da rede pública de atendimento, onerando sobremaneira esta, quando aqueles deveriam ser atendidos por meio dos hospitais próprios da operadora ou através de instituições credenciadas.

3. Todavia, de fato o limite desta responsabilidade diz respeito aos serviços contratados, não tendo a parte autora obrigação de ressarcir serviços para os quais não contratou a respectiva cobertura. Nessa hipótese, não há como exigir o ressarcimento, até porque se trata de responsabilidade do Estado a prestação do serviço público de saúde à população.

4. No caso dos autos, em que pese a autora ter colacionado aos autos diversos papéis e defesas administrativas, nas quais impugna as cobranças posta em deslinde, tais documentos, porém, não são suficientes para comprovar as afirmações ali exaradas, tendo em vista a ausência de outros elementos de prova ali mencionados e que poderiam corroborar com tais assertivas, porém, restaram não colacionados.

5. Ora, a apelante alega, em sede de defesa administrativa, o fato de a prestação dos serviços médicos ter ocorrido fora da área de abrangência geográfica estipulada no contrato da beneficiária atendida pelo SUS, porém, cinge-se a trazer um Contrato de Assistência Médico Hospitalar padrão, e um termo de adesão individual da usuária do atendimento médico em questão, que não a vincula, porém, ao contrato anteriormente colacionado, impossibilitando, pois, a confirmação desses fatos por parte do Juízo.

6. Dessa forma, não é possível verificar, em sede desta ação, a plausibilidade das referidas alegações, decorrentes de previsões contratuais, e, assim, delinear os consequentes limites da cobrança em questão, isso, não obstante a discussão ser feita nos autos.

7. Outrossim, não restou comprovada a alegação da apelante de que os preços cobrados com base na chamada tabela TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, não refletem o real valor de mercado dos serviços. Além disso, limitou-se a alegar a vultosa diferença de valores que teria identificado, contudo, não trouxe qualquer documento que comprove a plausibilidade das alegações, limitando-se apenas a transcrever nas razões de sua apelação parte da referida tabela. No entanto, o procedimento realizado pela beneficiária não se encontra descrito na parte transcrita da referida tabela.

8. Ademais, deve-se registrar que a aprovação da TUNEP é resultado de um processo administrativo, amplamente discutido no âmbito do Conselho de Saúde Complementar, de que participam os gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, os representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do Sistema Único de Saúde, conforme pode se depreender da Resolução CONSU nº 23/1999. Assim, remanescendo qualquer dúvida sobre a razoabilidade dos preços, esta milita em favor da apelada, no sentido da regularidade dos valores discriminados na referida tabela.

9. Quanto à assertiva de que houve violação ao contraditório e a ampla defesa na esfera administrativa, não merece prosperar as alegações da apelante. Ora, a apelante juntou aos autos a impugnação ao pedido de ressarcimento do serviço de atendimento à saúde prestado na rede do SUS, posto em deslinde no presente caso, bem como a reiteração de sua impugnação administrativa, dirigida à Câmara de Julgamento, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

10. Apelação a que se nega provimento."

(AC nº 1419554, Rel. Juiz Fed. Conv. VALDECI DOS SANTOS, DJF3 19/07/2010)

Em relação à utilização do IVR, denota-se que a sua construção foi implementada com base no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), que traz informações sobre os gastos públicos em saúde, divididos nas três esferas de governo.

O IVR é calculado tendo por base o quanto representa os gastos administrativos em relação às despesas com assistência hospitalar e ambulatorial, sendo que, a partir dos dados apresentados pelos municípios e estado para os anos de 2002 a 2009, foi encontrada o IVR no valor de 1,5. Ou seja, no cálculo não se leva em conta apenas os gastos assistenciais, mas também outros diretos e indiretos envolvidos no atendimento, não havendo qualquer ilegalidade na utilização desse índice.

Em face da sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários de seus respectivos patronos.

Ante o exposto, **dou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da ANS**, para manter a cobrança em relação aos usuários que se desligaram do plano anteriormente aos atendimentos prestados pela rede pública de saúde, em face da ausência de comprovação por parte da autora de que informou a ANS acerca desses fatos anteriormente aos atendimentos, e **dou parcial provimento ao recurso de apelação da autora**, para afastar a cobrança dos atendimentos eletivos prestados a usuários em período de carência ou de cobertura parcial temporária, devendo as partes arcar com os honorários de seus respectivos patronos, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO

A Excelentíssima Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA:

Peço vênia para divergir parcialmente do e. Relator, eis que a ausência de comunicação à ANS prevista no art. 20 da Lei nº 9.656/98 não se afigura elemento suficiente para impor o ressarcimento quanto ao atendimento daqueles que se desligaram das operadoras de planos de saúde, não passando de mera irregularidade administrativa, que não atrai a responsabilidade pelo pagamento das despesas de atendimento.

Nesse sentido colho dos seguintes julgados:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. PROVA PERICIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE DA TABELA TUNEP. DESLIGAMENTO DOS USUÁRIOS. COMPROVAÇÃO. NÃO COMUNICAÇÃO À ANS. IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 85, CAPUTE §4º DO NCPC. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. 1. A questão em debate refere-se à constitucionalidade do instituto do ressarcimento ao SUS, produção de prova pericial, desligamento de usuários do plano e a legalidade da utilização da tabela TUNEP, além de cabimento de condenação em honorários advocatícios. 2. Preliminarmente, as alegações a respeito de abrangência geográfica do plano de assistência, coparticipação e custos de procedimentos que não poderia ser ressarcidos à ANS foram genéricas e superficiais, sem contraposição específica de cada uma delas. Deveria a embargante, ora apelante demonstrar tal alegação de forma específica. Em sendo possível a demonstração de eventuais incongruências na cobrança através de documentos, ou não sendo exigido conhecimento técnico específico, afigura-se desnecessária a realização de prova pericial. 3. O tema 345 da repercussão geral foi apreciado recentemente pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 597.064 em 07.02.2018, publicado em 09/02/2018, e fixou a seguinte tese: "É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos", pacificando a discussão acerca da questão. 4. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da compatibilidade entre a previsão contida no artigo 32, §8º da Lei nº 9.656/1998 e a utilização da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), que serve como parâmetro acerca dos valores a serem ressarcidos por procedimento, contando com a participação das operadoras privadas e unidades de atendimento na sua elaboração, e valores compatíveis com as despesas principais e acessórias ao atendimento (TRF-2, Sexta Turma, Relatora: Nizete Lobato, Apelação nº 0030180-05.2015.4.02.5101, julgada em 22/03/2017, publicação no DJe em 04/04/2017). 5. Ainda que a operadora não tenha se desincumbido da obrigação de comunicar a ANS sobre desligamento dos usuários que foram submetidos a tratamento médico no SUS do Plano, tal descumprimento é irregularidade administrativa que não deverá, por força do princípio da razoabilidade e mesmo pela ausência de responsabilidade contratual que a ampare, implicar na obrigação de ressarcimento ao SUS em relação aos atendimentos realizados após findo contrato de prestação de serviços, fato que se constata consoante análise da documentação acostada pela autora, referida pormenorizadamente na sentença. Outrossim, em que pese a ANS alegue que a operadora não apresentou a documentação 1 adequada, de natureza contratual, que comprovasse efetivamente as referidas rescisões contratuais, não apresentou qualquer contraprova à prova trazida aos autos, e sem demonstrar qualquer indicio de que se trata de prova inidônea ou falsa. 6. No que tange à questão da fixação da condenação em honorários advocatícios, em sendo a sentença prolatada em 07 de julho de 2016, já sob a vigência do novo Código de Processo Civil, não há que se falar em compensação dos honorários advocatícios em caso de sucumbência recíproca, consoante disposto no artigo 85, §14 da Lei nº 13.105/2015. Atendidos os critérios estabelecidos no artigo 85, caput e §4º do novo Código de Processo Civil, reformo a sentença neste ponto para fixar condenação em honorários em favor de Unimed Poços de Caldas, em 10% do somatório dos valores das AIHs 2701297544, 2700048824 e 2701301372, e em favor da Agência Nacional de Saúde em 10% do valor constante na 2772370620, 2770298949, 2768587998, 2702747509, 2701300151, 2702744704, 2700044776 e 2701300976. 7. Apelação cível da Unimed Poços de Caldas conhecida e não provida, e da ANS conhecida e parcialmente provida."

(TRF2, AC Nº 0033730-76.2013.4.02.5101, Rel. Des. Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA - TURMA ESPEC. III - j. 07/06/2018 - Data de disponibilização 12/06/2018)

"ADMINISTRATIVO. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. NATUREZA RESTITUTÓRIA. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANS. EXIGIBILIDADE DO RESSARCIMENTO. IRRETROATIVIDADE DA LEI. COBERTURA CONTRATUAL. PERÍODO DE CARÊNCIA. REDE NÃO CREDENCIADA. ÁREA GEOGRÁFICA DE ABRANGÊNCIA. DESLIGAMENTO PRÉVIO. ÔNUS DA PROVA. 1. O artigo 32 da Lei nº 9.656/98 já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, devendo ser observada a decisão liminar proferida naquela oportunidade. 2. Nos termos da competência normativa e operacional que lhe foi atribuída pelo artigo 32, parágrafos 1º a 3º, da Lei nº 9.656/98 e pelo artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 9.961/2000, a ANS tem legitimidade para normatizar o ressarcimento ao SUS e cobrar das operadoras de plano de saúde o seu adimplemento. 3. O ressarcimento ao SUS não se reveste de natureza tributária, não se encontrando sujeito às limitações impostas à exigência de tributos. 4. O dever de ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei nº 9.656/98 aplica-se aos contratos firmados antes da vigência do referido diploma. 5. Esta Corte tem firme posicionamento no sentido de que as únicas causas impeditivas da cobrança do ressarcimento são a não cobertura pelo plano de saúde contratado do serviço médico prestado pelo SUS e a exclusão prévia do beneficiário do plano, pouco importando que o atendimento tenha sido efetuado sem a apresentação de guia de encaminhamento emitida pela operadora, fora da rede credenciada ou da área geográfica de abrangência. 7. Comprovada a não cobertura pelo plano de saúde contratado do serviço médico prestado pelo SUS, não há o que se ressarir."

(TRF4, AC 5007346-60.2013.404.7000/PR - Rel. Des. Federal LORACI FLORES DE LIMA - QUARTA TURMA - j. 01/09/2015)

In casu, correta a r. sentença na parte que afastou a obrigação de ressarcimento dos casos comprovados, em que houve a prévia rescisão do contrato ao atendimento realizado pelo SUS.

Ante o exposto, peço vênia a V. E. Relator para negar provimento à apelação da ANS e à remessa necessária, acompanhando-o quanto à apelação da parte autora. Considerando a extensão da sucumbência, condeno a ANS ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, conforme art. 85, § 3º, I, do CPC.

É como voto.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. PERÍODO DE CARÊNCIA OU DE COBERTURA PARCIAL TEMPORÁRIA. COMPROVAÇÃO. CARÁTER ELETIVO COMPROVADO. COBRANÇAS AFASTADAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. JULGAMENTO DO RE 597.064/RJ, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. CARÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. TABELA TUNEP. IVR. LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - Conforme se verifica dos documentos de pp. 4 a 26 do ID 73259436, acompanhando o Ofício nº 4786/2017/DIDES/ANS, consta que os atendimentos prestados na rede pública de saúde tiveram caráter eletivo, o que tira a obrigatoriedade de ressarcimento ao SUS nos casos em que os beneficiários estavam em período de carência ou de cobertura parcial temporária.

II - Desse modo, tendo a autora comprovado, com a juntada das propostas de admissão ao plano de saúde, que esses usuários estavam em período de carência ou de cobertura parcial temporária à época dos atendimentos, devem ser excluídas as cobranças relativas a esses beneficiários.

III - Todavia, nos casos de acompanhamento semi-intensivo de criança e adolescente com transtornos mentais isso não se aplica, em face do entendimento do C. STJ no sentido de haver abusividade na cláusula contratual ou em ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais (STJ, Terceira Turma, REsp 1.679.190, Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuevas, j. 26.09.2017, DJe 02.10.2017).

IV - Assim, devem ser mantidas as cobranças relativas a esses atendimentos, uma vez que a restrição severa de cobertura poderá provocar a interrupção da própria terapia, o que comprometerá o restabelecimento da saúde mental do usuário, a contrariar não só princípios consumeristas, mas também os de atenção integral à saúde.

V - A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte é pacífica no sentido de que a cobrança do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos ou seguros de saúde, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, pelo uso dos serviços de saúde pública, prescreve em 05 anos, na forma do Decreto nº 20.910/1932, aplicando-se às normas de suspensão e interrupção na forma da Lei nº 6.830/80, sendo inaplicável o prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

VI - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de recurso repetitivo, no REsp nº 1.112.577/SP, firmou entendimento de que o prazo prescricional se inicia após o encerramento do processo administrativo.

VII - Ainda, por se tratar de cobrança de dívida não tributária, deve ser observado o rito previsto no artigo 32, §1º ao 4º da Lei nº 9.656/98.

VIII - Na fase administrativa não há se falar em prescrição, pois o prazo prescricional só tem início após o encerramento do processo administrativo, haja vista que durante o seu processamento, o crédito carece de constituição definitiva.

IX - Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre o encerramento do processo administrativo e o vencimento da cobrança (22.01.2018).

X - O C. STF ao apreciar o RE nº 597064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 04.06.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.

XI - O ressarcimento permite que o SUS receba de volta os valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde. Tal ressarcimento possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, e por esse motivo não tem por objeto a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos. Desta feita, não se faz necessária a edição de Lei Complementar para dispor sobre a matéria, razão pela qual não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários.

XII - Além disso, resta evidente que a garantia de acesso universal à saúde pública não obsta o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública de saúde, o que, porém, não significa que a seguradora possa locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestou através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado, como se pretende.

XIII - A existência do ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica também não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", uma vez que a cobrança não é realizada diretamente à pessoa atendida pelos serviços do SUS.

XIV - Desse modo, o que busca o Estado é a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado à custa da prestação pública do serviço à saúde, tem natureza ressarcitória (compensatória), busca também a concretização de outros princípios de fonte constitucional, como o da solidariedade e do Estado Democrático, revelando-se um instrumento para o exercício da função regulatória do Estado sobre o mercado de Saúde Suplementar.

XV - Outrossim, se o usuário se encontra desvinculado do plano de saúde, o ônus pelo atendimento no Sistema Integrado de Saúde é do Estado, e não das operadoras.

Todavia, cumpre à Operadora do plano de saúde comprovar que cientificou a ANS da exclusão do usuário, anteriormente à prestação do atendimento, nos termos dos arts. 20 da Lei nº 9.656/98, 9º da RDC nº 03/00 e 4º da RN 17/02, o que não ocorreu no caso dos autos, nada lhe valendo a prova posterior feita nos autos, não cabendo aqui a aplicação do art. 333 do CPC em desfavor da ANS. Ainda, meros "prints" do sistema unilateral da Operadora do plano de saúde não temo condão de afastar a presunção de legitimidade e veracidade das CDAs impugnadas.

XVI - Nos termos da jurisprudência desta E. Corte, a contratação de plano de saúde nas diferentes modalidades ou mesmo em regime de coparticipação, não leva à conclusão acerca da impossibilidade de ressarcimento, visto que a Lei nº 9.656/98 vincula o ressarcimento ao atendimento médico-assistencial do beneficiário com recursos públicos, independente do regime de pagamento de tais serviços.

XVII - A tabela TUNEP foi criada e aprovada pela Resolução do Conselho de Saúde Complementar nº 23/99, que foi concebida a partir de um processo participativo e consensual, desenvolvido no âmbito da Câmara da Saúde Suplementar, no qual foram envolvidos gestores estaduais e municipais do SUS, representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do SUS.

XVIII - A Tabela TUNEP não possui qualquer ilegalidade e foi implementada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) a partir de seu poder regulador do mercado de saúde suplementar, §§1º e 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.

XIX - Em relação à utilização do IVR, denota-se que a sua construção foi implementada com base no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), que traz informações sobre os gastos públicos em saúde, divididos nas três esferas de governo.

XX - O IVR é calculado tendo por base o quanto representa os gastos administrativos em relação às despesas com assistência hospitalar e ambulatorial, sendo que, a partir dos dados apresentados pelos municípios e estado para os anos de 2002 a 2009, foi encontrada o IVR no valor de 1,5. Ou seja, no cálculo não se leva em conta apenas os gastos assistenciais, mas também outros diretos e indiretos envolvidos no atendimento, não havendo qualquer ilegalidade na utilização desse índice.

XXI - Em face da sucumbência recíproca, as partes arcarão com os honorários de seus respectivos patronos.

XXII – Reexame necessário provido. Recurso de apelação da ANS provido. Recurso de apelação da autora parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso de apelação da autora, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA.E. por maioria, decidiu dar provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da ANS, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e o Des. Fed. SOUZA RIBEIRO. Vencidas as Des. Fed. MARLI FERREIRA e MÔNICA NOBRE, que negavam provimento à apelação da ANS e à remessa necessária. Fará declaração de voto a Des. Fed. MARLI FERREIRA.A Des. Fed. MÔNICA NOBRE votou nos termos do art. 942, §1º do CPC.O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1.º do RITRF3 , nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000632-38.2014.4.03.6136
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIMED DE CATANDUVA - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: JULIO FERRAZ CEZARE - SP149927-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000632-38.2014.4.03.6136
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIMED DE CATANDUVA - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: JULIO FERRAZ CEZARE - SP149927-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por UNIMED DE CATANDUVA – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO em face da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, alegando, em síntese: prescrição do crédito; inconstitucionalidade do art. 32 e parágrafos da Lei nº 9.656/98; ilegalidade dos atos normativos que regulamentam mencionada lei; ressarcimento indevido, pois houve liberalidade de seu cliente em optar pelo serviço prestado pela rede pública ao invés daquele que a autora oferece, além de violação pelos usuários de cláusulas contratuais referentes à área geográfica de atendimento e não comunicação prévia à operadora para autorização do procedimento e/ou ressarcimento e, ainda, violação de cláusulas contratuais referentes à carência.

Antecipação de tutela deferida, para não incluir o nome da autora no CADIN, bem como não seja inscrito o título em Dívida Pública da ANS, como respectivo ajuizamento da execução fiscal.

Julgados improcedentes todos os pedidos, nos termos do art. 269, I, do CPC, com condenação da autora ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Interposto recurso de apelação pela autora, alegando, preliminarmente: cerceamento de defesa, por ter sido indeferidos seus pedidos de expedição de ofícios para constatação dos valores pagos pelo SUS aos prestadores dos serviços e de produção de prova pericial; nulidade da sentença, por não ter analisado cada impugnação feita à AIH que integra a lide, como por exemplo em relação às internações cobradas de usuários que só tinham direito a atendimento ambulatorial, conforme o contrato celebrado como operadora, no tocante aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 e, ainda, porque referidos contratos não são produtos de que tratam o inciso I e o § 1º, do art. 1º da referida lei. No mérito, sustenta: a ocorrência da prescrição; ilegalidade do ressarcimento de atendimentos prestados a beneficiários de planos de saúde firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98; violação do princípio da legalidade; necessidade da análise da impugnação específica da cobrança relativa a cada AIH que compõe o boleto e processo administrativo objeto desta lide

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000632-38.2014.4.03.6136
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIMED DE CATANDUVA - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO
Advogado do(a) APELANTE: JULIO FERRAZ CEZARE - SP149927-A
APELADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, analiso as preliminares de cerceamento de defesa e nulidade da sentença.

Nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade de dilação probatória, aferir a utilidade e pertinência das provas requeridas, podendo indeferi-las, porque o ônus da prova cabe à parte autora, que deve juntar à inicial os documentos necessários para fundamentar sua defesa.

Por sua vez, a realização de prova pericial se mostra inócua, já que a pretensão para verificação da ilegalidade das cobranças demanda apenas prova documental, sendo despiciente a perícia, já que a situação de urgência/emergência foi constatada por médico, profissional que realmente tem capacidade técnica para fazê-lo.

Desse modo, não há se falar em cerceamento de defesa.

Também a expedição de ofícios para constatação dos valores pagos pelo SUS aos prestadores dos serviços não teria o condão de afastar a aplicação da TUNEP.

No tocante à alegação de que o MM. Juízo *a quo* não teria apreciado devidamente suas impugnações às AIHs, também não assiste razão à apelante.

Com efeito, conforme se depreende da leitura da sentença recorrida, os tópicos abordados pela autora na sentença foram devidamente analisados, inclusive constando os números das AIHs em cada tópico, fundamentando-se a improcedência (ID 94372205).

Cumprido observar que a alegação relativa à cobrança referente aos contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 inbrica-se com o mérito e com ele será analisada.

Passo a examinar a questão da prescrição.

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte é pacífica no sentido de que a cobrança do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/1998, pelo uso dos serviços de saúde pública, prescreve em 05 anos, na forma do Decreto nº 20.910/1932, aplicando-se as normas de suspensão e interrupção na forma da Lei nº 6.830/80, sendo inaplicável o prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de recurso repetitivo, no REsp nº 1.112.577/SP, firmou entendimento de que o prazo prescricional se inicia após o encerramento do processo administrativo, *verbis*:

"ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. SUCESSÃO LEGISLATIVA. LEI 9.873/99. PRAZO DE CADENCIAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E À RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008.

1. A Companhia de Tecnologia e Saneamento Ambiental de São Paulo-CETESB aplicou multa à ora recorrente pelo fato de ter promovido a "queima da palha de cana-de-açúcar ao ar livre, no sítio São José, Município de Itapuí, em área localizada a menos de 1 Km do perímetro urbano, causando inconvenientes ao bem-estar público, por emissão de fumaça e fuligem" (fl. 28).

2. A jurisprudência desta Corte tem reconhecido que é de cinco anos o prazo para a cobrança da multa aplicada ante infração administrativa ao meio ambiente, nos termos do Decreto n.º 20.910/32, o qual que deve ser aplicado por isonomia, à falta de regra específica para regular esse prazo prescricional.

3. Não obstante seja aplicável a prescrição quinquenal, com base no Decreto 20.910/32, há um segundo ponto a ser examinado no recurso especial - termo inicial da prescrição - que torna correta a tese acolhida no acórdão recorrido.

4. A Corte de origem considerou como termo inicial do prazo a data do encerramento do processo administrativo que culminou com a aplicação da multa por infração à legislação do meio ambiente. A recorrente defende que o termo a quo é a data do ato infracional, ou seja, data da ocorrência da infração.

5. O termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, consagração do princípio universal da actio nata. Nesses termos, em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. Antes disso, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado.

6. No caso, o procedimento administrativo encerrou-se apenas em 24 de março de 1999, nada obstante tenha ocorrido a infração em 08 de agosto de 1997. A execução fiscal foi proposta em 31 de julho de 2002, portanto, pouco mais de três anos a contar da constituição definitiva do crédito.

7. Nesses termos, embora esteja incorreto o acórdão recorrido quanto à aplicação do art. 205 do novo Código Civil para reger o prazo de prescrição de crédito de natureza pública, deve ser mantido por seu segundo fundamento, pois o termo inicial da prescrição quinquenal deve ser o dia imediato ao vencimento do crédito decorrente da multa aplicada e não a data da própria infração, quando ainda não era exigível a dívida.

8. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1.112.577/SP, Primeira Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJe 08/02/2010)

Ainda, por se tratar de cobrança de dívida não tributária, deve ser observado o rito previsto no artigo 32, §1º ao 4º da Lei nº 9.656/98.

Na fase administrativa não há se falar em prescrição, pois o prazo prescricional só tem início após o encerramento do processo administrativo, haja vista que durante o seu processamento, o crédito carece de constituição definitiva.

Desse modo, tendo se encerrado o procedimento administrativo em 27.02.2014, com a cobrança dos valores referentes às AIHs mantidas, em 03.06.2014, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal prescricional.

Passo à análise do mérito.

Acerca do ressarcimento ao SUS, o C. STF, ao apreciar o RE nº 597.064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, assim decidiu:

"É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4.6.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos."

(STF, Plenário, RE 597.064/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 07.02.2018, DJe 16.05.2018)

Conforme se verifica do julgado acima, o que deve ser posterior ao início de vigência da Lei nº 9.656/98 é o procedimento médico, hospitalar ou ambulatorial custeado pelo SUS, não importando a data de celebração do contrato entre o usuário e a operadora do plano de saúde. Além disso, constata-se da leitura da inicial que a autora em nenhuma de suas impugnações alega que o contrato foi celebrado em data anterior ao início de vigência da referida lei.

Referida Corte Suprema, ao apreciar a ADI nº 1.931-8, que questionava os dispositivos da Lei nº 9.656/98 e suas sucessivas Medidas Provisórias, assim decidiu:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99."

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI N. 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 1.931-MC, Relator o Ministro Mauricio Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n. 9.656/98. Agravo regimental a que se nega provimento."

(REAgR n.º 488.026, Rel. Min. EROS GRAU, DJE 06.06.2008)

Com efeito, o ressarcimento permite que o SUS receba de volta os valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde. Tal ressarcimento possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, e por esse motivo não tem por objeto a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.

Desta feita, não se faz necessária a edição de Lei Complementar para dispor sobre a matéria, razão pela qual não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários.

Além disso, resta evidente que a garantia de acesso universal à saúde pública não obsta o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública de saúde, o que, porém, não significa que a seguradora possa locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestou através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado, como se pretende.

A existência do ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica também não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", uma vez que a cobrança não é realizada diretamente à pessoa atendida pelos serviços do SUS.

Desse modo, o que busca o Estado é a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado à custa da prestação pública do serviço à saúde, tem natureza ressarcitória (compensatória), busca também a concretização de outros princípios de fonte constitucional, como o da solidariedade e do Estado Democrático, revelando-se um instrumento para o exercício da função regulatória do Estado sobre o mercado de Saúde Suplementar.

Nessa linha:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI 9.656/98. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES.

- 1. Conforme sustentou a própria autora, ora apelada, em sua peça inicial, os atendimentos na rede pública de saúde ocorreram no primeiro trimestre de 2005, tendo sido a parte autora notificada da existência do débito em fevereiro de 2006 (fl. 51).*
- 2. Por sua vez, muito embora a apelada tenha sido notificada para que realizasse o ressarcimento dos valores em questão tão somente em outubro de 2011, não se pode olvidar que, durante o interregno de julho de 2006 a junho de 2011, no qual a questão foi discutida no âmbito administrativo (Processo n.º 33902027597200629), não houve fluência do prazo prescricional, razão pela qual se conclui que o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no Decreto n.º 20.910/32 está longe de chegar a termo, merecendo ser inteiramente rechaçada tal alegação.*
- 3. Os valores exigidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) visam o ressarcimento dos serviços de atendimento à saúde prestados aos usuários de planos de saúde pelas instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, que integram o Sistema Único de Saúde (SUS).*
- 4. Tal ressarcimento consiste em mecanismo de recuperação de valores antes despendidos pelo Estado na assistência à saúde, de sorte a possibilitar o emprego de tais recursos em favor do próprio sistema de saúde, seja no aprimoramento ou na expansão dos serviços, em consonância aos preceitos e diretrizes traçados nos arts. 196 a 198 da Carta Magna.*
- 5. A cobrança possui caráter restitutivo, não se revestindo de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos.*
- 6. É desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria, inexistindo, por conseguinte, qualquer ofensa aos princípios constitucionais tributários.*
- 7. O ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", pois não há cobrança direta à pessoa atendida pelos serviços do SUS, nada impedindo que o Estado busque a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado às custas da prestação pública do serviço à saúde.*
- 8. De outra parte, os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de planos de saúde, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.*
- 9. Precedentes: TRF 3ª Região, AG nº 2002.03.00.050544-0, j. 01/12/2004, DJ 07/01/2005, STF, ADI 1.931-MC/DF, Tribunal Pleno, v.u, Rel. Mauricio Corrêa, DJ 28/05/2004; STF, 2ª Turma, RE 488026 AgR/RJ, Min. Eros Grau, j. 13/05/2008, DJe-102 06/06/2008.*
- 10. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.*
- 11. Agravo legal improvido."*

(TRF3, AC n.º 0008948-32.2011.4.03.6108, Rel. JUÍZA CONVOCADA GISELLE FRANÇA, SEXTA TURMA, j. 16/01/2014, e-DJF3 24/01/2014 - grifei)

"ADMINISTRATIVO - OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE - ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 - RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS - CONSTITUCIONALIDADE - RESOLUÇÕES E TABELA TUNEP - LEGALIDADE.

- 1. A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia federal criada pela Lei nº 9.961/2000 e vinculada ao Ministério da Saúde, recebeu a missão de atuar como órgão destinado a regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades de assistência suplementar à saúde.*
- 2. A Lei nº 9.656/98, destinada à regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde, atribuiu à ANS competência para operacionalizar a restituição dos valores despendidos pelo SUS com o atendimento de beneficiários de planos de assistência à saúde gerenciados por instituições privadas.*
- 3. Ao promover ações de cobrança, em face das operadoras de planos privados de saúde, a ANS age sob o amparo do princípio da legalidade, bem assim, do poder-dever de controle e fiscalização do setor econômico de saúde.*
- 4. A lei não eximiu o Estado da obrigação consubstanciada no universal e igualitário acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, porquanto o pilar de sustentação da obrigação contida no art. 32 da Lei nº 9.656 fora construído sob o ideário da vedação ao enriquecimento ilícito. Devida a indenização ao Poder Público em razão de valores despendidos pelos cofres com serviços para cuja execução as instituições privadas já se mostravam prévia e contratualmente obrigadas.*
- 5. Não há qualquer ilegalidade no poder regulamentar exercido pela ANS, à luz da autorização contida no caput do art. 32 da Lei nº 9.656, que autoriza a expedição de atos normativos destinados a conferir operatividade às suas funções institucionais.*
- 6. Presume-se a legalidade e a veracidade da TUNEP, cujos montantes devem suportar todas as ações necessárias ao pronto atendimento e recuperação do paciente, militando em favor da ans qualquer dívida levantada acerca da consistência dos valores discriminados pela referida tabela (art. 32, § 8º, Lei nº 9.656 e Resolução-CONSUS nº 23/199).*
- 7. Inexistência de mácula ao princípio da irretroatividade, em razão da cobrança de atendimentos prestados a consumidores cujos contratos tenham sido firmados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, visto independer o ressarcimento da data de adesão ao plano de saúde por parte do beneficiário atendido na rede do SUS."*

(TRF3, AC n.º 0002076-30.2008.4.03.6100, Rel. Des. Fed. MAIRAN MAIA, SEXTA TURMA, j. 25/03/2010, e-DJF3 19/04/2010, p. 427)

Por sua vez, à vista da presunção da legitimidade dos atos administrativos, cabia à embargante provar que os atendimentos referentes às AIHs em questão não se enquadravam nas situações previstas em lei, ônus do qual não se desincumbiu.

Com efeito, a Lei nº 9.656/98, em seus arts. 12, V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual, *in verbis*:

"Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

[...]

V - quando fixar períodos de carência:

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada;

[...]

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional;

III - de planejamento familiar."

Desse modo, caberia à embargante o ônus de comprovar, tendo em conta a presunção de legalidade dos atos administrativos, não ser o caso de atendimento emergencial ou urgencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura.

A propósito, colaciono precedentes desta E. Turma e Corte, bem como do C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. COBERTURA DE PROCEDIMENTOS DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA. SÚMULA 597/STJ. DEMONSTRAÇÃO DE FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DO AUTOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. SOBRESTAMENTO. NÃO OBRIGATORIEDADE. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

(...)

IV - De outro lado, a jurisprudência desta Corte tem entendimento consolidado, segundo o qual a cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de urgência ou de emergência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação, a teor da Súmula n. 597 do Superior Tribunal de Justiça. Assim, o direito ao ressarcimento encontra-se presente, por princípio, nas situações em que haveria cobertura, incluindo procedimentos de urgência e emergência durante o prazo de carência. O ônus da prova incumbe ao autor, ora recorrente, quanto ao fato constitutivo do seu direito, isto é, a ausência de débito referente ao ressarcimento ao SUS.

(...)"

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.711.812/RJ, Relatora Ministra Regina Helena Costa, j. 14.08.2018, DJe 20.08.2018)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. LEI Nº 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DA ANS. TABELAS DA TUNEP. LEGALIDADE.

(...)

Quanto à alegação de que o procedimento foi realizado dentro do período de carência contratual, ressalte-se que o art. 12, V, da Lei 9.656/98 prevê que, em casos de urgência ou emergência, o prazo máximo de carência é de 24 horas.

Da análise da documentação acostada aos autos não é possível verificar se os procedimentos realizados seriam, ou não, casos de urgência ou emergência, razão pela qual mantém-se a obrigatoriedade de ressarcimento ao SUS.

Apelação improvida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1518435 - 0023982-13.2007.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 19/01/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2012)

"ADMINISTRATIVO. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE-SUS. LEI N.º 9.656/98. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA IRRETROATIVIDADE. TABELA TUNEP. LEGALIDADE. OPÇÃO DO BENEFICIÁRIO.

(...)

11. As alegações obstativas de cobrança como atendimento fora da área de abrangência geográfica ou da rede credenciada, carência, não prosperam em casos de emergência e urgência, já que a Lei n.º 9.656/1998, em seus artigos 12, incisos V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual.

12. À autora caberia o ônus de comprovar, tendo em conta a presunção de legalidade dos atos administrativos, não ser o caso de atendimento emergencial ou urgencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura.

(...)"

(TRF3, AC 00239038720144036100 SP, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 19.04.2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017)

Outrossim, nos termos da jurisprudência desta E. Corte, a contratação de plano de saúde nas diferentes modalidades ou mesmo em regime de coparticipação, não leva à conclusão acerca da impossibilidade de ressarcimento, visto que a Lei nº 9.656/98 vincula o ressarcimento ao atendimento médico-assistencial do beneficiário com recursos públicos, independente do regime de pagamento de tais serviços.

Confira-se:

"ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA. RESSARCIMENTO AO SUS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ARTIGO 32 DA LEI Nº 9.656/98. REGIME DE CUSTO OPERACIONAL. TABELA ÚNICA NACIONAL DE EQUIVALÊNCIA DE PROCEDIMENTOS (TUNEP).

(...)

10 - De fato, a aplicação da Lei nº 9.656/98 vincula-se ao efetivo atendimento médico-assistencial, com recursos públicos, de beneficiários de plano de saúde privado, independentemente do regime de pagamento dos respectivos serviços por parte dos contratantes, não existindo distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de planos de saúde "pós-pagos" ou na modalidade "custo operacional", sendo que, nos contratos de coparticipação, o ressarcimento é devido somente em relação à parcela de responsabilidade da operadora do plano de saúde.

(...)"

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1850201 - 0016874-59.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, julgado em 06/09/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/09/2017)

Por sua vez, a tabela TUNEP foi criada e aprovada pela Resolução do Conselho de Saúde Complementar nº 23/99, que foi concebida a partir de um processo participativo e consensual, desenvolvido no âmbito da Câmara da Saúde Suplementar, no qual foram envolvidos gestores estaduais e municipais do SUS, representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do SUS.

Com efeito, a Tabela TUNEP não possui qualquer ilegalidade e foi implementada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) a partir de seu poder regulador do mercado de saúde suplementar, §§1º e 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários. Confira-se julgado sobre o tema:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO FINANCEIRO. RESSARCIMENTO AO SUS. CARÁTER INDENIZATÓRIO. LEI Nº 9.656/98. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. LIMITAÇÃO RESTRITA AO CONTRATO PRIVADO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. TUNEP. DEFESA EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Lei nº 9.656/98, no seu artigo 32, obriga o ressarcimento, por parte de operadoras de planos de saúde, dos valores despendidos para a prestação de serviços aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde.

2. O objetivo da norma é o de evitar o enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde que decorreria do atendimento de seus conveniados por meio da rede pública de atendimento, onerando sobremaneira esta, quando aqueles deveriam ser atendidos por meio dos hospitais próprios da operadora ou através de instituições credenciadas.

3. Todavia, de fato o limite desta responsabilidade diz respeito aos serviços contratados, não tendo a parte autora obrigação de ressarcir serviços para os quais não contratou a respectiva cobertura. Nessa hipótese, não há como exigir o ressarcimento, até porque se trata de responsabilidade do Estado a prestação do serviço público de saúde à população.

4. No caso dos autos, em que pese a autora ter colacionado aos autos diversos papéis e defesas administrativas, nas quais impugna as cobranças posta em deslinde, tais documentos, porém, não são suficientes para comprovar as afirmações ali exaradas, tendo em vista a ausência de outros elementos de prova ali mencionados e que poderiam corroborar com tais assertivas, porém, restaram não colacionados.

5. Ora, a apelante alega, em sede de defesa administrativa, o fato de a prestação dos serviços médicos ter ocorrido fora da área de abrangência geográfica estipulada no contrato da beneficiária atendida pelo SUS, porém, cinge-se a trazer um Contrato de Assistência Médico Hospitalar padrão, e um termo de adesão individual da usuária do atendimento médico em questão, que não a vincula, porém, ao contrato anteriormente colacionado, impossibilitando, pois, a confirmação desses fatos por parte do Juízo.

6. Dessa forma, não é possível verificar, em sede desta ação, a plausibilidade das referidas alegações, decorrentes de previsões contratuais, e, assim, delinear os consequentes limites da cobrança em questão, isso, não obstante a discussão ser feita nos autos.

7. Outrossim, não restou comprovada a alegação da apelante de que os preços cobrados com base na chamada tabela TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, não refletem o real valor de mercado dos serviços. Além disso, limitou-se a alegar a vultosa diferença de valores que teria identificado, contudo, não trouxe qualquer documento que comprove a plausibilidade das alegações, limitando-se apenas a transcrever nas razões de sua apelação parte da referida tabela. No entanto, o procedimento realizado pela beneficiária não se encontra descrito na parte transcrita da referida tabela.

8. Ademais, deve-se registrar que a aprovação da TUNEP é resultado de um processo administrativo, amplamente discutido no âmbito do Conselho de Saúde Complementar, de que participam os gestores responsáveis pelo processamento do ressarcimento, os representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do Sistema Único de Saúde, conforme pode se depreender da Resolução CONSU n.º 23/1999. Assim, remanescendo qualquer dúvida sobre a razoabilidade dos preços, esta milita em favor da apelada, no sentido da regularidade dos valores discriminados na referida tabela.

9. Quanto à assertiva de que houve violação ao contraditório e a ampla defesa na esfera administrativa, não merece prosperar as alegações da apelante. Ora, a apelante juntou aos autos a impugnação ao pedido de ressarcimento do serviço de atendimento à saúde prestado na rede do SUS, posto em deslince no presente caso, bem como a reiteração de sua impugnação administrativa, dirigida à Câmara de Julgamento, não havendo, pois, que se falar em ofensa ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

10. Apelação a que se nega provimento."

(AC n.º 1419554, Rel. Juiz Fed. Conv. VALDECI DOS SANTOS, DJF3 19/07/2010)

Em relação à utilização do IVR, denota-se que a sua construção foi implementada com base no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), que traz informações sobre os gastos públicos em saúde, divididos nas três esferas de governo.

O IVR é calculado tendo por base o quanto representa os gastos administrativos em relação às despesas com assistência hospitalar e ambulatorial, sendo que, a partir dos dados apresentados pelos municípios e estado para os anos de 2002 a 2009, foi encontrada o IVR no valor de 1,5. Ou seja, no cálculo não se leva em conta apenas os gastos assistenciais, mas também outros diretos e indiretos envolvidos no atendimento, não havendo qualquer ilegalidade na utilização desse índice.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação da autora**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. PROVA PERICIAL. DIREITO MATERIAL. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NULIDADE AFASTADA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. JULGAMENTO DO RE 597.064/RJ, SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. CARÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. TABELA TUNEP. IVR. LEGALIDADE.

I - Nos termos do CPC, o juiz deve analisar a necessidade de dilação probatória, aferir a utilidade e pertinência das provas requeridas, podendo indeferi-las, porque o ônus da prova cabe à parte autora, que deve juntar à inicial os documentos necessários para fundamentar sua defesa.

II - Por sua vez, a realização de prova pericial se mostra inócua, já que a pretensão para verificação da ilegalidade das cobranças demanda apenas prova documental, sendo despicienda a perícia, já que a situação de urgência/emergência foi constatada por médico, profissional que realmente tem capacidade técnica para fazê-lo.

III - Também a expedição de ofícios para constatação dos valores pagos pelo SUS aos prestadores dos serviços não teria o condão de afastar a aplicação da TUNEP.

IV - Conforme se depreende da leitura da sentença recorrida, os tópicos abordados pela autora na sentença foram devidamente analisados, inclusive constando os números das AIHs em cada tópico, fundamentando-se a improcedência (ID 94372205).

V - A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte é pacífica no sentido de que a cobrança do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de planos ou segurados de saúde, previsto no art. 32 da Lei n.º 9.656/1998, pelo uso dos serviços de saúde pública, prescreve em 05 anos, na forma do Decreto n.º 20.910/1932, aplicando-se as normas de suspensão e interrupção na forma da Lei n.º 6.830/80, sendo inaplicável o prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

VI - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de recurso repetitivo, no REsp nº 1.112.577/SP, firmou entendimento de que o prazo prescricional se inicia após o encerramento do processo administrativo.

VII - Ainda, por se tratar de cobrança de dívida não tributária, deve ser observado o rito previsto no artigo 32, §1º ao 4º da Lei nº 9.656/98.

VIII - Na fase administrativa não há se falar em prescrição, pois o prazo prescricional só tem início após o encerramento do processo administrativo, haja vista que durante o seu processamento, o crédito carece de constituição definitiva.

IX - Desse modo, tendo se encerrado o procedimento administrativo em 27.02.2014, com a cobrança dos valores referentes às AIHs mantidas, em 03.06.2014, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal prescricional.

X - O C. STF ao apreciar o RE nº 597064/RJ, submetido à sistemática da repercussão geral, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 04.06.1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos.

XI - Conforme se verifica do julgado acima, o que deve ser posterior ao início de vigência da Lei nº 9.656/98 é o procedimento médico, hospitalar ou ambulatorial custeado pelo SUS, não importando a data de celebração do contrato entre o usuário e a operadora do plano de saúde. Além disso, constata-se da leitura da inicial que a autora em nenhuma de suas impugnações alega que o contrato foi celebrado em data anterior ao início de vigência da referida lei.

XII - O ressarcimento permite que o SUS receba de volta os valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada em virtude de previsão contratual, mas que acabaram sendo atendidas pela rede pública de saúde. Tal ressarcimento possui caráter ressatuatório, não se revestindo de natureza tributária, e por esse motivo não tem por objeto a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos. Desta feita, não se faz necessária a edição de Lei Complementar para dispor sobre a matéria, razão pela qual não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais tributários.

XIII - Além disso, resta evidente que a garantia de acesso universal à saúde pública não obsta o contratante de plano privado de ser atendido na rede pública de saúde, o que, porém, não significa que a seguradora possa locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestou através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado, como se pretende.

XIV - A existência do ressarcimento pelas operadoras de planos de assistência médica também não descaracteriza a saúde como "direito de todos e dever do Estado", uma vez que a cobrança não é realizada diretamente à pessoa atendida pelos serviços do SUS.

XV - Desse modo, o que busca o Estado é a reparação pelo atendimento prestado, evitando-se o enriquecimento sem causa do privado à custa da prestação pública do serviço à saúde, tem natureza ressatuatória (compensatória), busca também a concretização de outros princípios de fonte constitucional, como o da solidariedade e do Estado Democrático, revelando-se um instrumento para o exercício da função regulatória do Estado sobre o mercado de Saúde Suplementar.

XVI - Por sua vez, à vista da presunção da legitimidade dos atos administrativos, cabia à embargante provar que os atendimentos referentes às AIHs em questão não se enquadravam nas situações previstas em lei, ônus do qual não se desincumbiu.

XVII - Com efeito, a Lei nº 9.656/98, em seus arts. 12, V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual. Desse modo, caberia à embargante o ônus de comprovar, tendo em conta a presunção de legalidade dos atos administrativos, não ser o caso de atendimento emergencial ou urgencial, hipótese em que se torna obrigatória a cobertura.

XVIII - Nos termos da jurisprudência desta E. Corte, a contratação de plano de saúde nas diferentes modalidades ou mesmo em regime de coparticipação, não leva à conclusão acerca da impossibilidade de ressarcimento, visto que a Lei nº 9.656/98 vincula o ressarcimento ao atendimento médico-assistencial do beneficiário com recursos públicos, independente do regime de pagamento de tais serviços.

XIX - A tabela TUNEP foi criada e aprovada pela Resolução do Conselho de Saúde Complementar nº 23/99, que foi concebida a partir de um processo participativo e consensual, desenvolvido no âmbito da Câmara de Saúde Suplementar, no qual foram envolvidos gestores estaduais e municipais do SUS, representantes das operadoras e das unidades prestadoras de serviços integrantes do SUS.

XX - A Tabela TUNEP não possui qualquer ilegalidade e foi implementada pela Agência Nacional de Saúde (ANS) a partir de seu poder regulador do mercado de saúde suplementar, §§ 1º e 8º do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.

XXI - Em relação à utilização do IVR, denota-se que a sua construção foi implementada com base no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS), que traz informações sobre os gastos públicos em saúde, divididos nas três esferas de governo.

XXII - O IVR é calculado tendo por base o quanto representa os gastos administrativos em relação às despesas com assistência hospitalar e ambulatorial, sendo que, a partir dos dados apresentados pelos municípios e estado para os anos de 2002 a 2009, foi encontrada o IVR no valor de 1,5. Ou seja, no cálculo não se leva em conta apenas os gastos assistenciais, mas também outros diretos e indiretos envolvidos no atendimento, não havendo qualquer ilegalidade na utilização desse índice.

XXIII – Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004040-15.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS SOTELO CALVO - SP163382-N

APELADO: PAULO ROBERTO VANICOLA, CRISTHIANE VANICOLA, DANIELA VANICOLA, VANICOLA SALGADOS E DOCES LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: NATIELE BARROSO - SP355564-N

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004040-15.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS SOTELO CALVO - SP163382-N

APELADO: PAULO ROBERTO VANICOLA, CRISTHIANE VANICOLA, DANIELA VANICOLA, VANICOLA SALGADOS E DOCES LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: NATIELE BARROSO - SP355564-N

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal, ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL – INMETRO em face de VANÍCOLA SALGADOS E DOCES LTDA. e MARIA ANTONIA SANCHES VANICOLA, tendo as executadas oposto exceção de pré-executividade, alegando a prescrição do crédito tributário, pois se passaram mais de cinco anos entre a citação da empresa e o redirecionamento da execução aos sócios.

Accolhida a exceção em relação à excipiente MARIA ANTONIA SANCHES VANICOLA, julgando extinta a execução fiscal em relação à sócia, com fundamento no art. 924, V, do CPC e art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80, devendo a ação prosseguir apenas em relação à sociedade executada, sem condenação em honorários advocatícios.

Interposto recurso de apelação pelo INMETRO, sustentando a não ocorrência da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, porquanto a dissolução irregular da empresa foi constatada em 22.06.2002, quando a empresa foi citada e sua representante legal informou que a mesma já havia encerrado as atividades, tendo sido requerido o redirecionamento em 26.08.2002.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004040-15.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

Advogado do(a) APELANTE: LUIS SOTELO CALVO - SP163382-N

APELADO: PAULO ROBERTO VANICOLA, CRISTHIANE VANICOLA, DANIELA VANICOLA, VANICOLA SALGADOS E DOCES LTDA - ME

VOTO

Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

Todavia, a discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

Em razão disso, houve um novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, na mencionada Corte Superior, cuja transcrevo a seguir, na íntegra:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO.

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): “prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica”.

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que “terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte”.

4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-vista - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal.

PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária.

6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos EREsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.

7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010.

8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada).

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (distinguishing).

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controvertida, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ (“Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”).

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que “a data do ato de alienação ou oneração de bem ou venda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo”, é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lústro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.

18. Recurso Especial provido.”

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019)

No referido julgado foram analisadas hipóteses em que a dissolução irregular da sociedade ocorreu após a citação da pessoa jurídica, alterando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento.

Nesse cenário, o C. STJ definiu a data do termo a quo da prescrição para o redirecionamento, nos casos em que o ato de citação resultar negativo em razão do encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ou seja, dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, como a data da diligência que resultou negativa (nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN) ou à data do despacho do juiz que ordenar a citação (para os casos regidos pela novel redação do mencionado artigo, dada pela Lei Complementar nº 118/05).

Por sua vez, restou decidido que a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for posterior a ela, uma vez que, em tal circunstância, não existirá, na data de tal ato, pretensão contra os sócios-gerentes, uma vez que, conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN.

Desse modo, somente pode ser considerado como termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes, a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte.

Portanto, constatada a dissolução irregular da sociedade em data subsequente à da citação da pessoa jurídica, somente a data desse ato posterior é que pode ser considerada como termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução contra seus sócios-gerentes.

Na hipótese em tela, a dissolução irregular da sociedade foi constatada pelo Oficial de Justiça, conforme certidão datada de 15.07.2002 (fl. 38).

Assim, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (15.07.2002 - fl. 38) e a data em que a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ora embargante (26.08.2002 – fl. 40).

Cumprе ressaltar que o pedido de redirecionamento da execução fiscal contra a sócia foi feito, inicialmente, em 26.08.2002, reiterado em 29.08.2003 e novamente reiterado em 29.07.2008, quando, enfim, foi deferido, sendo que entre a primeira e a última data de requerimento do INMETRO não houve qualquer mudança na situação da empresa, ou seja, já estava dissolvida irregularmente, conforme constatado pelo Oficial de Justiça, quando do primeiro requerimento.

Afastado a ocorrência de prescrição para o redirecionamento da execução fiscal em face da sócia, devemos autos retornar à primeira instância, para prosseguimento do feito executivo em relação à sócia.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação do INMETRO**, para afastar a ocorrência de prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra a sócia, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA.

I - Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

II – A discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

III - Em novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019, a Primeira Seção do C. STJ firmou a tese de que: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

IV - Na hipótese em tela, a dissolução irregular da sociedade foi constatada pelo Oficial de Justiça, conforme certidão datada de 15.07.2002 (fl. 38).

V - Verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (15.07.2002 – fl. 38) e a data em que o exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente ora embargante (26.08.2002 – fl. 40).

VI - Afastado a ocorrência de prescrição para o redirecionamento da execução fiscal em face da sócia, devemos autos retornar à primeira instância, para prosseguimento do feito executivo em relação à sócia.

VII – Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELANTE: REM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogados do(a) APELANTE: CELIA ALVES GUEDES - SP234337, MARCELA QUENTAL - SP105107
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009194-23.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MARCELA QUENTAL - SP105107
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, proposta por REM Indústria e Comércio Ltda. em face da União Federal, pela qual requereu a anulação de débitos tributários em razão da compensação dos mesmos, equivocadamente não vinculados à DCOMP apresentada.

Na sentença (fls. 507 a 509), o MM Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, assinalando que a documentação existente se mostrou insuficiente para a comprovação do alegado, tanto que o perito contábil se viu obrigado a analisar o movimento de entrada e saídas da conta corrente da autora. Condenada a parte autora a pagar honorários advocatícios da ordem de 10% sobre o valor da causa.

Em suas razões de Apelação (fls. 532 a 542), a autora argumentou não terem sido observadas as conclusões do perito contábil, o qual concluiu pela comprovação da quitação dos débitos, por compensação. Alternativamente, insurgiu-se contra a condenação em honorários, não cabendo sua percepção por advogados públicos; ainda, requer a redução do percentual.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009194-23.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: MARCELA QUENTAL - SP105107
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

É cediço caber à parte autora o ônus de comprovar fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/73, correspondente ao art. 373, I, do novo Código de Processo Civil, devendo ser instruída a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, a teor do art. 283 do CPC/73 – art. 320 do CPC/15.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR MUNICÍPIO. INTIMAÇÃO DO INSS PARA QUE PROCEDESSE À EXIBIÇÃO DOS COMPROVANTES DOS VALORES QUE RECEBERA MEDIANTE DESCONTO NOS REPASSES DAS QUOTAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.

1. O autor da ação deve instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, ex vi do disposto no artigo 283, do CPC.

2. Outrossim, a iniciativa instrutória do juiz, que decorre da exegese dos artigos 130, 131 e 399, do Código de Processo Civil, somente se revela razoável quando a parte logra demonstrar a impossibilidade de obter, pessoalmente, a informação cuja requisição pleiteia, salvante os casos em que a medida judicial decorrer do poder geral de cautela do magistrado ou do interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional.

(STJ, REsp 834297/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 20.10.2008)

No presente caso corrig, a parte autora não teve sucesso em demonstrar o alegado. Conforme mencionado na sentença, “A autora não se desencilhou, em sua inicial e na juntada de documentos, de apresentar planilha de cálculos e documentos que correlacionassem os recolhimentos efetivados e os débitos tributários em aberto, o que o próprio perito destaca às fls. 454. O resultado da carência documental foi a realização de perícia com base na movimentação de conta corrente, o que, por evidente, não pode ser aceito para fins de apuração de crédito/débito tributário”.

É de notório conhecimento que os títulos executivos combatidos contam com a presunção de liquidez e certeza, não bastando para ilidi-la a mera comparação a movimentações em conta corrente – momento no caso concreto, em que a parte autora argumentou não ter vinculado os débitos à pertinente DCOMP, igualmente não havendo qualquer retificação. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. ÔNUS DE ILIDIR A PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA QUE COMPETE AO CONTRIBUINTE.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, não fica caracterizada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

2. "A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidí-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia" (AgInt no REsp 1580219/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, Dje 12/09/2016).

3. Embargos de declaração acolhidos. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial.

(STJ, Edcl no AgInt no AREsp 1203836/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, Dje 11.04.2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR MUNICÍPIO. INTIMAÇÃO DO INSS PARA QUE PROCEDESSE À EXIBIÇÃO DOS COMPROVANTES DOS VALORES QUE RECEBERÁ MEDIANTE DESCONTO NOS REPASSES DAS QUOTAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.

1. O autor da ação deve instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, ex vi do disposto no artigo 283, do CPC.

2. Outrossim, a iniciativa instrutória do juiz, que decorre da exegese dos artigos 130, 131 e 399, do Código de Processo Civil, somente se revela razoável quando a parte logra demonstrar a impossibilidade de obter, pessoalmente, a informação cuja requisição pleiteia, salvante os casos em que a medida judicial decorrer do poder geral de cautela do magistrado ou do interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional.

(STJ, REsp 834297/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Dje 20.10.2008)

Quanto aos honorários, igualmente não assiste razão à parte autora.

Pacificada a jurisprudência no sentido de que, vencedora a Fazenda Pública, a verba honorária passa a integrar o patrimônio da Administração, não se justificando o inconformismo da parte autora em relação a uma eventual percepção por parte dos advogados públicos.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESERVA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO CAUSÍDICO DA ECT. VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 4º DA LEI 9.527/97 QUE ALCANÇA TAMBÉM O ADVOGADO QUE NÃO INTEGRA OS QUADROS PROFISSIONAIS DA EMPRESA PÚBLICA. ART. 22 DA LEI 8.906/1994. NÃO INCIDÊNCIA.

(...)

2. Segundo a jurisprudência do STJ, o disposto no art. 22 da Lei 8.906/1994, que assegura ao causídico o direito aos honorários de sucumbência, não tem incidência quando for vencedora a Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as autarquias, fundações instituídas pelo Poder Público, empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesses casos, a verba honorária deixa de ser direito autônomo do procurador judicial, e passa a integrar o patrimônio público das entidades citadas, conforme exceção especificada no art. 4º da Lei 9.527/97.

3. Tal exceção legal alcança, inclusive, as hipóteses em que o causídico não integra os quadros profissionais das entidades públicas mencionadas em lei.

4. No caso dos autos, em que houve a celebração de contrato de prestação de serviços advocatícios entre os Correios e patrono particular, não se revela possível a pretendida reserva da verba honorária em favor do causídico assim contratado.

(...)

(STJ, AgRg no AgRg no Resp 1222200/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, Dje 11.09.2017)

Por fim, no caso em tela o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios foi o mínimo previsto pelo art. 20, §3º, do CPC/73, então vigente e, não obstante o disposto pelo §4º, o montante se coaduna com o costumeiramente arbitrado por esta Quarta Turma, razão pela qual há de ser mantido.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. ONUS PROBANDI. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADVOGADOS PÚBLICOS.

1. É cediço caber à parte autora o ônus de comprovar fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC/73, correspondente ao art. 373, I, do novo Código de Processo Civil, devendo ser instruída a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, a teor do art. 283 do CPC/73 – art. 320 do CPC/15.

2. Na presente hipótese, a parte autora não teve sucesso em demonstrar o alegado. Conforme mencionado na sentença, "A autora não se desencarregou, em sua inicial e na juntada de documentos, de apresentar planilha de cálculos e documentos que correlacionassem os recolhimentos efetivados e os débitos tributários em aberto, o que o próprio perito destaca às fls. 454. O resultado da carência documental foi a realização de perícia com base na movimentação de conta corrente, o que, por evidente, não pode ser aceito para fins de apuração de crédito/débito tributário".

3. É de notório conhecimento que os títulos executivos combatidos contam com a presunção de liquidez e certeza, não bastando para ilidí-la a mera comparação a movimentações em conta corrente – mormente no caso concreto, em que a parte autora argumentou não ter vinculado os débitos à pertinente DCOMP, igualmente não havendo qualquer retificação. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

4. Pacifica a jurisprudência no sentido de que, vencedora a Fazenda Pública, a verba honorária passa a integrar o patrimônio da Administração, não se justificando o inconformismo da parte autora em relação a uma eventual percepção por parte dos advogados públicos.

5. No caso em tela o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios foi o mínimo previsto pelo art. 20, §3º, do CPC/73, então vigente e, não obstante o disposto pelo §4º, o montante se coaduna com o costumeiramente arbitrado por esta Quarta Turma, razão pela qual há de ser mantido.

6. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à Apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003122-10.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CIPA-INDUSTRIAL DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, FRANCISCO LEAL DE QUEIROZ NETO - SP257644-A, LEANDRO JOSE GIOVANNI CASADIO - SP211796-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003122-10.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CIPA-INDUSTRIAL DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, FRANCISCO LEAL DE QUEIROZ NETO - SP257644-A, LEANDRO JOSE GIOVANNI CASADIO - SP211796-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por CIPA INDÚSTRIA DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA, em face do INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL – INMETRO, requerendo, preliminarmente, a juntada do processo administrativo por parte da embargada. No mérito, sustenta, em síntese: nulidade dos títulos executivos, por falta especificação do suporte legal para a imposição da multa, não existir individualização da conduta infracional e não ser possível identificar as infrações cometidas pela embargante; a Lei nº 12.545/11 alterou a Lei nº 9.933/99, impondo a obrigatoriedade de decreto regulamentador para o delineamento das condutas infracionais, não podendo tal regulamentação ser suprida por portaria ou resolução, reputando haver ofensa aos princípios da legalidade e tipicidade, por considerar inconstitucional a delegação de poderes legislativos ao CONMETRO e ao INMETRO; ilegalidade do procedimento de recolhimento de amostras para pré-medição; ilegalidade do encargo de 20% previsto pelo Decreto-Lei nº 1.025/69.

Acompanhando a impugnação, foram apresentadas cópias dos processos administrativos relacionados aos créditos cobrados na execução fiscal.

Embargos julgados improcedentes.

Interposto recurso de apelação pela embargante, aduzindo: a não apreciação do Recurso Administrativo pela Comissão Permanente de Julgamento, como disposto no art. 9º, § 4º, da Lei nº 9.933/99, constitui cerceamento de defesa, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao devido processo legal; nos termos da alteração dada pela Lei nº 12.545/11 ao art. 7º da Lei nº 9.933/99, a constituição da infração deve ser feita na forma determinada em decreto regulamentador, e não por portarias ou resoluções.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003122-10.2015.4.03.6003

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: CIPA-INDUSTRIAL DE PRODUTOS ALIMENTARES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A, FRANCISCO LEAL DE QUEIROZ NETO - SP257644-A, LEANDRO JOSE GIOVANNI CASADIO - SP211796-A

APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, aprecio a alegação de cerceamento de defesa no âmbito administrativo.

Ao contrário do alegado pela apelante, seu Recurso Administrativo foi efetivamente encaminhado à Comissão Permanente para Apreciação e Julgamento de Recursos Administrativos, conforme se verifica das fls. 152/157 dos autos físicos destes embargos – ID 56695465, tendo apresentado pareceres o Procurador-Chefe do INMETRO e o Diretor de Metrologia Legal do INMETRO, ambos membros dessa Comissão, tendo o Presidente do INMETRO e dessa Comissão acolhido os pareceres.

Desse modo, não há se falar em cerceamento de defesa, porquanto os pareceres estão devidamente fundamentados.

Passo a analisar o mérito.

O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial foi instituído pela Lei n. 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Referida Lei também criou o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º).

Por sua vez, em seu art. 9º, definiu como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizou o infrator como aquele que pratica a infração e definiu quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Referido diploma legal permite ao INMETRO, mediante autorização do CONMETRO, credenciar atividades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.

Por sua vez, o CONMETRO autorizou a delegação de funções executórias no art. 7º da Resolução n. 11/88, tendo o INMETRO, assim, firmado convênio como IPEM/SP.

Destarte, a expressão "metrologia legal" refere-se às normas relativas à metrologia, que definem os padrões que devem ser observados nas técnicas de medição de mercadorias e respectivos instrumentos de aferição, não envolvendo as atividades de exame, aferição e, especialmente, fiscalização. O que se transfere é, basicamente, a execução de atividades de inspeção, verificação, fiscalização, processamento e julgamento de infrações, e tal delegação encontra respaldo legal.

Nesse sentido, registro julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES AOS INSTITUTOS ESTADUAIS DE PESOS E MEDIDAS - IPEMs. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. PRETENSÃO DE SE ANALISAR SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADO. SÚMULA 13/STJ.

1. Conforme dispunha o art. 5º da Lei 5.966/73, o INMETRO, como órgão executivo central do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, podia, mediante autorização do CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.

2. No exercício dessa prerrogativa, e para alcançar os seus objetivos, o INMETRO atua por intermédio de órgãos estaduais - Institutos Estaduais de Pesos e Medidas - IPEMs -, mediante delegação.

3. Ademais, o art. 9º da Lei 5.966/73, ainda vigente à época da infração, além de definir as penalidades aplicáveis aos infratores das normas baixadas pelo CONMETRO, conferia ao INMETRO, na aplicação destas penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, os privilégios e vantagens da Fazenda Pública, a atrair a incidência da norma contida no art. 9º, § 2º, do Decreto 70.235/72: "§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo."

(...)"

(STJ, 1ª Turma, REsp 987.253/PB, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 09.12.2008, DJE de 16.02.2009)

Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.933/99, a qual prevê:

"Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor:

Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei n.º 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

§ 1º Os regulamentos técnicos deverão dispor sobre características técnicas de insumos, produtos finais e serviços que não constituam objeto da competência de outros órgãos e de outras entidades da Administração Pública Federal, no que se refere a aspectos relacionados com segurança, prevenção de práticas enganosas de comércio, proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal, e com o meio ambiente.

§ 2º Os regulamentos técnicos deverão considerar, quando couber, o conteúdo das normas técnicas adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei n.º 5.966, de 1973, é competente para:

I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;

II - elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados;

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer o poder de polícia administrativa na área de Avaliação da Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados ou por competência que lhe seja delegada;

V - executar, coordenar e supervisionar as atividades de Metrologia Legal em todo o território brasileiro, podendo celebrar convênios com órgãos e entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para esse fim.

Art. 4º O Inmetro poderá delegar a execução de atividades de sua competência.

Parágrafo único. No que se refere às atribuições relacionadas com a Metrologia Legal e a Certificação Compulsória da Conformidade, dotadas de poder de polícia administrativa, a delegação ficará restrita a entidades públicas que reúnam os atributos necessários para esse cometimento.

Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Art. 6º É assegurado ao agente público fiscalizador acesso à empresa sob fiscalização, a qual se obriga a prestar, para tanto, as informações necessárias, desde que com o objetivo de verificação do controle metroológico e da qualidade de produtos, bem assim o ingresso nos locais de armazenamento, transporte, exposição ou venda de produtos.

Art. 7º Constituir-se-á em infração a esta Lei, ao seu regulamento e aos atos normativos baixados pelo Conmetro e pelo Inmetro a ação ou omissão contrária a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por essas normas nos campos da Metrologia Legal e da Certificação Compulsória da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

Parágrafo único. Será considerada infratora das normas legais mencionados no caput deste artigo a pessoa natural ou a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, que, no exercício das atividades previstas no art. 5º, deixar de cumprir os deveres jurídicos pertinentes a que estava obrigada.

Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que detiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, obedecerá os seguintes valores:

I - nas infrações leves, de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 200,00 (duzentos reais) até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração:

I - a vantagem auferida pelo infrator;

II - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

III - o prejuízo causado ao consumidor.

§ 2º As multas previstas neste artigo poderão ser aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que trata o art. 8º e de graduação da multa prevista neste artigo.

§ 4º Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente."

Analisando-se os dispositivos acima transcritos, tem-se que o art. 9º contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Com efeito, define como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracteriza o infrator como aquele que pratica a infração e define quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

Quanto à legalidade da aplicação de penalidade com fundamento em Portaria do INMETRO ou Resolução do CONMETRO, firmou-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EMPORTARIA DO INMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

2. Ademais, "a Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metroológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo" (REsp 597.275/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

3. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais."

(STJ, 1ª Turma, REsp 1107520, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 18.06.2009, D.E. de 05.08.2009)

Assim, utilizando seu poder regulamentar, o INMETRO baixou as Portarias necessárias para aprovar os correspondentes Regulamentos Técnicos Metroológicos.

Desse modo, válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista no art. 9º da Lei nº 5.966/73, consoante jurisprudência adotada.

Por sua vez, mesmo após a alteração promovida pela Lei nº 12.545/11, continuam revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e pelo INMETRO, conforme já reconhecido pelo C. STJ:

"ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - ENTENDIMENTO REAFIRMADO POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP 1.102.578/MG, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC - ORIENTAÇÃO INALTERADA PELA EDIÇÃO DA LEI N.º 12.545/2011.

1. Não pode ser conhecido o recurso no tocante à alegada infringência do art. 535 do CPC, pois nem sequer foram opostos embargos de declaração na origem. Súmula 284/STF.

2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais.

3. Compete ao CONMETRO a fixação de critérios e procedimentos para aplicação das penalidades no caso de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes (art. 3º, "f", da Lei n.º 5.966/73).

4. A nova redação conferida ao art. 7º da Lei n.º 9.933/99, pela Lei n.º 12.545/2011, a despeito da expressão "nos termos do seu decreto regulamentador", não retira do CONMETRO e do INMETRO a competência para a edição de atos obrigacionais, cuja ação ou omissão contrária a eles constituirá infração punível. A edição de decreto regulamentador somente se torna imprescindível quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem definidos pela Administração.

5. A Lei n.º 9.933/99 é precisa ao definir as condutas puníveis (art. 7º), aí incluídas as ações ou omissões contrárias a qualquer das obrigações instituídas pela própria lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, as penalidades cabíveis (art. 8º) e a forma de graduação da pena (art. 9º), estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em resolução do CONMETRO, conforme autoriza a própria lei.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.330.024/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 07.05.2013, DJe 26.06.2013)

Também nesse sentido já se manifestou esta E. Quarta Turma:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - INMETRO - LICITUDE DOS ATOS NORMATIVOS INFRALEGAIS - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Em plano de legalidade, oriunda da ordem constitucional a proteção consumerista, patente que não se flagra excedimento nas normas editadas pelo CONMETRO e pelo INMETRO, vez que a complementarem o quanto assim autorizado pela Lei nº 5.966/73, por seu art. 9º: não se cuida, pois, de lacuna ou omissão, mas de autorização legislativa expressa, plenamente aceita e praticada junto ao sistema.

2. Todo um vínculo de compatibilidade vertical, desde a Constituição, surpreende-se na espécie, a afastar a afirmada transgressão à legalidade, também de estatura magna, inciso II de seu art. 5º.

3. De se destacar, então, que a matéria é alvo de pacificação por meio dos Recursos Repetitivos, REsp 1102578/MG, reconhecendo-se a legalidade dos atos normativos metroológicos editados pelo CONMETRO e pelo INMETRO. Precedente.

4. Sobre a alteração legislativa invocada, o C. STJ já teve a oportunidade de se manifestar, no seguinte sentido: "A nova redação conferida ao art. 7º da Lei n.º 9.933/99, pela Lei n.º 12.545/2011, a despeito da expressão "nos termos do seu decreto regulamentador", não retira do CONMETRO e do INMETRO a competência para a edição de atos obrigacionais, cuja ação ou omissão contrária a eles constituirá infração punível. A edição de decreto regulamentador somente se torna imprescindível quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem definidos pela Administração", REsp 1330024/GO. Precedente.

5. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos."

(TRF da 3ª Região, Quarta Turma, APELAÇÃO CÍVEL 2291971/SP, Relator Juiz Convocado Silva Neto, julgado em 01/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/09/2018)

Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Ademais, a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, com a redação dada pela Lei n. 8.884/94, dispõe que:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO."

Tal dispositivo, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas, reconhece como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização.

No tocante ao valor da multa, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se ter sido aplicada dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99.

Cumprido ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

Nesse sentido:

"AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. INMETRO. COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. CABIMENTO.

1. A apelada foi autuada pela apelante na data de 05/01/2005, nos termos do auto de infração nº 1328426, em razão da presença de bomba de combustível com erro de medição maior do que o tolerável pelo item 13.1 da Portaria INMETRO 23/85 (fls. 75/76).

2. Em análise, verifica-se que não há nos autos comprovação acerca da violação de qualquer princípio constitucional ou administrativo.

3. A multa foi aplicada com fundamento nos arts. 8º e 9º, da lei nº 9.933/99.

4. No uso de suas atribuições, o Inmetro baixou a Portaria nº 23/1985, aprovando as instruções relativas às bombas medidoras de volume de combustíveis líquidos. Resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regularem matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

5. Igualmente, a certidão de Dívida ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional. Uma vez que referida certidão goza da presunção de liquidez e certeza, produzindo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída; e não tendo a autora apresentado qualquer prova inequívoca de sua nulidade (art. 204 do CTN), merecem ser afastadas suas alegações.

6. Por fim, mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a decisão ressaltou a primariedade da apelada como causa atenuante de aplicação da pena (fls. 92), respeitando os preceitos e limites dispostos no art. 9º da lei nº 9.933/99.

7. Inversão dos ônus sucumbências, condenando a apelada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da execução."

(TRF3R, AC 2008.61.12.008765-0/SP, Rel. Des. Fed. Constuelo Yoshida, 6ª Turma, DJ 31.08.2017)

Oportuno rememorar que a Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes; no entanto, afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

Colaciono julgados proferidos pelo Colégio Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE VALORES EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos tidos como discionários, exercidos pela Administração Pública, devem, ao fixar o quantum de multa ou qualquer outra penalidade, guardar os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, quando exorbitantes, permitem que o Poder Judiciário adeque-os a fim de evitar desequilíbrios inaceitáveis entre a Administração e administrados.

(...)

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no AREsp 419651/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 16.12.2013)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC, DOS ARTS. 6º E 72 DA LEI 9.605/1998 E DO ART. 4º, II, DO DECRETO 6.514/2008. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ARTS. 2º, 19 E 74 DA LEI 9.605/2008. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta pelo Hotel Porto do Mar Ltda. contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama com o objetivo de "ANULAR, seja pela presença de vício quanto ao motivo, seja pela presença de vício quanto à forma, o Auto de Infração nº 598707- série D, o qual multou a empresa no montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)" (fl. 36, e-STJ, grifos no original). O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, sendo a sentença mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(...)

5. (omissis) Não fica evidenciado, portanto, que tenha havido excesso por parte da Administração, uma vez que a multa obedeceu estritamente aos patamares fixados na legislação e não exorbitou a capacidade econômica da empresa autora. Estando a multa aplicada dentro da margem de discricionariedade da autoridade ambiental, inviável a sua modificação pelo Poder Judiciário" (fls. 594-609, e-STJ).

(...)

7. Agravo Regimental não provido."

(STJ, AgRg no REsp 1428671/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25.09.2014)

Igualmente, a doutrina:

"(...) o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricionariedade) significa que lhe conferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado."

(Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, Malheiros: 1998, pág. 68)

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONMETRO E INMETRO. RECURSO ADMINISTRATIVO APRECIADO PELA COMISSÃO PERMANENTE PARA APRECIÇÃO E JULGAMENTO DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. LEI Nº 9.933/99. ATOS NORMATIVOS. LEGALIDADE MESMO APÓS A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.545/11. MULTA ADMINISTRATIVA. VALOR FIXADO DENTRO DO LIMITE LEGAL. FIXAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA PENALIDADE A SER APLICADA. CAMPO DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - Ao contrário do alegado pela apelante, seu Recurso Administrativo foi efetivamente encaminhado à Comissão Permanente para apreciação e julgamento de Recursos Administrativos, conforme se verifica das fls. 152/157 dos autos físicos destes embargos – ID 56695465, tendo apresentado pareceres o Procurador-Chefe do INMETRO e o Diretor de Metrologia Legal do INMETRO, ambos membros dessa Comissão, tendo o Presidente do INMETRO e dessa Comissão acolhido os pareceres.

II - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial instituído pela Lei nº 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

III - Criados o CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º) também pelo mencionado diploma legal.

IV - Definido no art. 9º dessa norma como infração o desrespeito a dispositivos da Lei nº 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizando o infrator como aquele que pratica a infração e definindo as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

V - Também a Lei nº 9.933/99 contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades previstas.

VI - Por sua vez, mesmo após a alteração promovida pela Lei nº 12.545/11, continuam revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e pelo INMETRO. Precedentes do C. STJ e desta E. Quarta Turma.

VII - As infrações às obrigações previstas na legislação metrológica possuem natureza objetiva, justamente pela presunção de prejuízo ao consumidor, independentemente, assim, da intenção ou não do comerciante de gerar prejuízo a quem adquire seus produtos.

VIII - Reconhecido pelo CDC (art. 39, VIII, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94), como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas.

IX - Obrigatoriedade do fornecimento de informações claras ao consumidor que se aplica não só ao fabricante do produto, mas também ao estabelecimento responsável pelo comércio ou distribuição do mesmo, na esteira do previsto no art. 5º, da Lei nº 9.933/99.

X - Sanção aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as normas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

XI - Multa dentro do limite do *quantum* previsto no inciso I, do art. 9º, da Lei nº 9.933/99. Para aplicação da penalidade, a autoridade competente leva em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, sua condição econômica e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

XII - A Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes. Afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

XIII - A fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

XIV - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026817-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: GOLD WORK COMERCIAL - PECAS DE EMPILHADEIRAS EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - SP260447-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026817-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: GOLD WORK COMERCIAL - PECAS DE EMPILHADEIRAS EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo GOLD WORK COMERCIAL PEÇAS DE EMPILHADEIRAS EIRELI contra a r. decisão que, nos autos do executivo fiscal de origem, que deferiu a penhora de 5% do seu faturamento bruto.

Inconformada, assevera a agravante, em síntese, que o faturamento bruto, não acopla o valor de fato auferido pela empresa, isto é, uma vez que há extração de valores a título de despesas mensais, o valor restante passa a integrar o faturamento líquido.

Aduz que entre o faturamento bruto e o faturamento líquido, haverá uma discrepância quanto aos valores, de modo que a penhora deferida deva recair sobre o último.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi postergada para após o oferecimento de contraminuta.

Devidamente intimada, a agravada apresentou contraminuta.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026817-30.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: GOLD WORK COMERCIAL - PECAS DE EMPILHADEIRAS EIRELI
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARISTELA ANTONIA DA SILVA - MG92324-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

Primeiramente, em virtude dos irrefutáveis efeitos negativos advindos da penhora sobre o faturamento à regular continuidade das atividades da empresa, somente em situações excepcionais tem-se admitido esta modalidade de constrição.

Por outro lado, muito embora a execução deva ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor (artigo 805, CPC), o Código de Processo Civil também agasalha o princípio de que "realiza-se a execução no interesse do credor" (artigo 797).

Assim, desrespeitada, em princípio, a ordem legal estabelecida pelo artigo 11 da LEF, será ineficaz a nomeação de bens feita pelo devedor, salvo com a concordância expressa do credor, conforme dispõe o artigo 848, I, do CPC.

É de se ressaltar que a própria LEF, no inciso II de seu artigo 15, assegura à Fazenda Pública a prerrogativa da substituição dos bens penhora dos por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Especificamente no tocante à penhora sobre o faturamento, saliento que a pretensão não consiste em simples penhora sobre determinada importância existente em poder da executada, seja no caixa, seja em conta corrente.

Tal procedimento diz respeito à penhora sobre o movimento de caixa da devedora e, portanto, exige a observância das formalidades legais, especialmente a nomeação de administrador (CPC, artigo 869 do CPC) com as atribuições inscritas no artigo 863, §1º do CPC, ou seja, apresentação de forma de administração e esquema de pagamento.

Na hipótese, infere-se que o executivo fiscal que tramita na instância de piso foi proposto com o objetivo de exigir débitos regularmente inscritos em Dívida Ativa, fixados, naquela altura, na quantia total de R\$ 172.134,63.

Constata-se, ainda, que a executada não quitou o débito ou ofereceu bens ao ser citada e as tentativas de penhora de ativos financeiros ou possíveis bens de sua propriedade foram infrutíferas, conforme afirmou o MM. Juízo "a quo" e a agravada.

A jurisprudência do c. STJ firmou-se no sentido ora esposado, conforme precedentes que trago à colação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PATRIMÔNIO OUTRO SUFICIENTE PARA GARANTIR A EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO (10%). POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à possibilidade de a penhora recair, em caráter excepcional, sobre o faturamento da empresa - desde que observadas, cumulativamente, as condições previstas na legislação processual (arts. 655-A, § 3º, do CPC) e o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial - sem que isso configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC.

2. O STJ, por vários dos seus precedentes, tem mantido penhoras fixadas no percentual de 5% a 10% do faturamento, com vistas a, por um lado, em não existindo patrimônio outro suficiente, disponibilizar forma menos onerosa para o devedor e, por outro lado, garantir forma idônea e eficaz para a satisfação do crédito, atendendo, assim, ao princípio da efetividade da execução, caso dos autos. Precedentes.

3. Na espécie, o Tribunal de origem fixou a penhora sobre o faturamento no percentual de 10% (dez por cento), diante da baixa liquidez do bem ofertado à substituição.

4. Agravo regimental não provido. (STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp 483558/SP, DJe 19/12/2014, Relator: Ministro Raul Araújo)

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEPCIONALIDADE. DILIGÊNCIAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, tendo o decisum se mostrado suficientemente fundamentado.

2. A penhora sobre o faturamento é medida excepcional, que impõe alto gravame ao funcionamento da empresa, razão pela qual deve ser executada com parcimônia e obedecidos os seguintes requisitos: prova da inexistência de outros bens passíveis de constrição, aptos a garantir a execução fiscal e nomeação de administrador, na forma dos artigos 678 e 719 do CPC; e fixação de percentual razoável, que não inviabilize o funcionamento do empreendimento. Precedentes.

3. Para desconstituir a premissa fática alicerçada pelo Tribunal de origem, de que estão presentes os requisitos para a penhora do faturamento do devedor; demandaria o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, tarefa vedada em face do teor da Súmula 7/STJ, in verbis: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no Ag 1368381/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012).

"TRIBUNÁRIO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. BENS OFERECIDOS A CONSTRIÇÃO. LEILÕES INFRUTÍFEROS. ART. 620 DO CPC. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. A penhora sobre o percentual do faturamento da empresa é possível em caráter excepcional, ou seja, após a tentativa frustrada de constrição dos bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei n. 6.830/80, e desde que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial, sem que isso configure violação do princípio exposto no art. 620 do CPC.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem expressamente consignou o caráter excepcional da penhora sobre o faturamento da recorrente, tendo em vista a ausência de outros bens passíveis de nomeação para a garantia da execução fiscal, tendo ainda registrado que o percentual fixado não atentaria contra o regular exercício da atividade empresarial.

3. Rever a conclusão do Tribunal de origem requer, necessariamente, o reexame de fatos e provas, o que é vedado ao STJ por óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1313904/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012).

No entanto, quanto ao percentual a incidir, entendo que deve ser fixado em 5% (cinco por cento) sobre o faturamento mensal, devendo ser aplicado na totalidade das execuções fiscais que eventualmente possam ter.

Confina-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO DE LIMINAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS. DISCUSSÃO ACERCA DA PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA, NO PERCENTUAL DE 5%, DEFERIDA PELO TRIBUNAL A QUO EM CARÁTER EXCEPCIONAL, MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA E COM BASE NOS ELEMENTOS E NA SINGULARIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO. MATÉRIA FÁTICA. PROCESSO EXTINTO, SEM EXAME DE MÉRITO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A apreciação das condições da Ação Cautelar está intrinsecamente vinculada à possibilidade de êxito do Apelo Nobre, de modo que cabe ao Relator do feito proceder a um juízo prévio e perfunctório a respeito da perspectiva de êxito do Recurso Raro, uma vez que, sendo o mesmo inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante na Corte, a admissibilidade do pedido cautelar mostra-se prejudicada.

2. Na hipótese, não obstante a admissão do Apelo Nobre pela Corte de origem, a aparência do bom direito não ressaí evidente ou cristalina, como exige a situação excepcional de deferimento de liminar para conferir efeito suspensivo a Recurso Especial, mostrando-se, ao contrário, a possibilidade de êxito da requerente passível de análise mais acurada, uma vez que as principais teses suscitadas estão estreitamente vinculadas ao acervo probatório analisado pelas instâncias ordinárias.

3. O Tribunal a quo, sopesando os arts. 612 e 620 do CPC, concluiu ser possível a penhora do faturamento das empresas executadas, em caráter excepcional, dentre elas a ora requerente, todas de um mesmo grupo econômico, no percentual de 5%, afirmando que de forma alguma isso afetaria a continuidade de suas atividades.

4. Esta Corte já se manifestou, inúmeras vezes, sobre a possibilidade da penhora recair sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (normalmente 5%) e desde que não prejudique as suas atividades (AgRg no REsp. 1.320.996/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 11/9/2012, AgRg no Ag. 1.359.497/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJ de 24/3/2011, AgRg no REsp. 1.328.516/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 17/9/2012 e AgRg no AREsp. 242.970/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 22/11/2012).

5. Agravo Regimental desprovido."

(AgRg no MC 19681/SC - Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA TURMA - julgado em 11/12/2012 - publicado no DJe em 19/12/2012 - destaquei).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO NO PERCENTUAL DE 5% ACÓRDÃO DE ORIGEM QUE ESPELHA A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que "É possível, em caráter excepcional, que a penhora recaia sobre o faturamento da empresa, desde que o percentual fixado não torne inviável o exercício da atividade empresarial, sem que isso configure violação do princípio da menor onerosidade para o devedor, posto no art. 620 do CPC." (AgRg no REsp 1.320.996/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 11/9/2012). De igual modo: AgRg no Ag. 1.359.497/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJ de 24/3/2011, AgRg no REsp 1.328.516/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17/9/2012.

2. Na hipótese em foco, registrou o acórdão de origem: a) a penhora sobre o faturamento é medida constritiva excepcional, a depender da inexistência de bens idôneos a garantir a execução; b) não logrou êxito a exequente na localização de bens a garantir a satisfação da dívida, tendo resultado negativa a penhora on line deferida; c) revela-se adequada a fixação da penhora em 5% sobre o faturamento da empresa para fins de adimplemento do crédito tributário, sem que isso importe em violação ao regular exercício da sua atividade empresarial.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 242970/PR - Ministro BENEDITO GONÇALVES - PRIMEIRA TURMA - julgado em 13/11/2012 - publicado no DJe em 22/11/2012).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO.

De acordo com o princípio favor debitoris (art. 620 do CPC), a penhora sobre o faturamento da empresa somente deverá ocorrer quando não existir outra forma de garantia do juízo, isto é, quando não houver bens passíveis de penhora ou quando os oferecidos forem insuficientes para o pagamento do débito exequendo. Precedentes do C. STJ.

A fim de não comprometer as atividades empresariais, o C. STJ firmou o entendimento no sentido de ser possível a constrição recair sobre o percentual de 5% (cinco por cento).

Os bens penhorados restaram infrutíferos para garantir a execução.

A União Federal comprovou a inexistência de bens passíveis de constrição, após a realização das diligências necessárias.

Agravo de instrumento parcialmente provido, para reduzir o percentual da penhora sobre o faturamento, para 5% (cinco por cento), à míngua de outros bens passíveis de garantir adequadamente a execução."

(TRF-3ª Região, 4ª Turma, AI nº 0028527-49.2014.4.03.0000, D.E. 20/05/2015, Relator(a): Desembargadora Federal Marli Ferreira).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que, para o deferimento da penhora sobre faturamento, devem ser observados especificamente três requisitos: que o devedor não possua bens ou, se os tiver, sejam de difícil execução ou insuficientes a saldar o crédito demandado, seja promovida a nomeação de administrador que apresente plano de pagamento e o percentual fixado sobre o faturamento não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

- No que se refere a observância dos requisitos da penhora sobre o faturamento, verifica-se da narrativa do caso que os bens localizados são de difícil alienação e outros não foram encontrados, inclusive por meio BACENJUD. Esgotados os meios para satisfação do crédito, é possível a constrição do faturamento.

- De acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta corte, o percentual da penhora sobre o faturamento não pode ser superior a 10%.

- Para não comprometer o regular funcionamento da empresa, fixo a penhora em 5% sobre o faturamento, percentual considerado adequado por esta 4ª Turma.

- O magistrado a quo deverá nomear o administrador, a quem incumbirá apresentar plano de pagamento.

- Recurso parcialmente provido para reformar a decisão agravada e estabelecer a penhora de 5% sobre o faturamento da executada."

(AI 0000431-92.2012.4.03.0000/SP, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, 4ª Turma, j. 13.12.2012, DE 16.01.2013).

Quanto à base de cálculo da penhora do faturamento, o MM. Juiz a quo determinou a constrição sobre o faturamento bruto e a agravante pleiteia sua incidência sobre o faturamento líquido.

No entanto, não restou comprovada a efetiva inviabilização de suas atividades empresariais, de modo que resta mantida a constrição.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO BRUTO DA EMPRESA - PREJUÍZO ECONÔMICO NÃO COMPROVADO - CABIMENTO. 1. Trata-se de agravo de instrumento, interposto por SOCIEDADE BRASILEIRA DE INSTRUÇÃO (SIB) e CÂNDIDO ANTONIO JOSÉ FRANCISCO MENDES DE ALMEIDA (CÂNDIDO MENDES), em face da decisão que determinou que a penhora se fizesse incidir sobre o faturamento bruto da principal executada. 2. Em suas razões, os agravantes argumentam, em síntese, que: 1) o artigo 620 do CPC determina que a execução deve ocorrer da forma menos gravosa para o devedor; 2) a primeira agravante é uma instituição tradicionalmente filantrópica, cumpridora de sua função social, a qual, empresa cerca de mil professores e atende a quinze mil alunos sendo um terço destes agraciados com bolsas de estudos; 3) existe jurisprudência pacífica no sentido de que a penhora deve incidir sobre o faturamento líquido e não sobre o faturamento bruto da empresa; 4) vêm atravessando uma crise financeira, conforme noticiado nos jornais. 3. A disciplina da penhora sobre o faturamento é construção jurisprudencial que não encontra abrigo específico nas leis processuais invocadas. 4. Esse procedimento só pode ser adotado excepcionalmente, desde que esgotadas todas as possibilidades de penhora de outros bens. 5. Tratando-se de medida excepcional, o delineamento para a quantificação do montante a ser penhorado é análogo ao que permite a penhora sobre o faturamento, qual seja, o que menor onere ao devedor, sem olvidar do direito da parte exequente na satisfação do seu crédito. 6. Inexiste a demonstração de que a constrição excepcional, no percentual de dois por cento sobre o faturamento bruto, ensejaria consequências nefastas no âmbito econômico da empresa agravante, a ponto de obstar o exercício de suas atividades. 7. **Caberia à agravante fazer prova contundente em sentido contrário, ou seja, de que a penhora sobre o faturamento bruto inviabilizaria por completo sua atividade, o que não ocorreu, sendo inviável presumir-se tal situação.** 8. Agravo de instrumento improvido. (TRF 2ª Região, AG 201102010154224, Relatora CRISTIANE CONDE CHMATALIK, Quarta Turma, Especializada, E-DJF2R - Data: 02/08/2012). (grifos).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA CORRESPONDENTE A 5% (CINCO POR CENTO) DO FATURAMENTO BRUTO. INCLUSÃO DE OUTROS DÉBITOS. REDUÇÃO PARA 15% (QUINZE POR CENTO) DO FATURAMENTO LÍQUIDO. RISCO À VIABILIDADE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. 1. Agravo no qual a empresa executada pleiteia reforma de decisão singular para que atual penhora, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o faturamento bruto, seja reduzida para 15% (quinze por cento) do faturamento líquido, abarcando outras execuções. 2. Entendimento adotado pela jurisprudência no sentido de a penhora sobre o faturamento não ser utilizada como meio impeditivo à sobrevivência da empresa, ou que inviabilize o pagamento dos débitos. Precedentes. 3. **Indeferimento do pleito dada a falta de efetiva demonstração das dificuldades enfrentadas pela empresa a ensejar a alteração concernente ao percentual da constrição.** 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região, AG 00186365220114050000, Relatora Cíntia Menezes Brunetta, Terceira Turma, DJE - Data: 03/09/2012). (grifos)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA.

1. Primariamente, em virtude dos irrefutáveis efeitos negativos advindos da penhora sobre o faturamento à regular continuidade das atividades da empresa, somente em situações excepcionais tem-se admitido esta modalidade de constrição.
2. Por outro lado, muito embora a execução deva ser feita pelo modo menos gravoso para o devedor (artigo 805, CPC), o Código de Processo Civil também agasalha o princípio de que "realiza-se a execução no interesse do credor" (artigo 797).
3. Assim, desrespeitada, em princípio, a ordem legal estabelecida pelo artigo 11 da LEF, será ineficaz a nomeação de bens feita pelo devedor, salvo com a concordância expressa do credor, conforme dispõe o artigo 848, I, do CPC.
4. É de se ressaltar que a própria LEF, no inciso II de seu artigo 15, assegura à Fazenda Pública a prerrogativa da substituição dos bens penhora dos por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.
5. Especificamente no tocante à penhora sobre o faturamento, saliento que a pretensão não consiste em simples penhora sobre determinada importância existente em poder da executada, seja no caixa, seja em conta corrente.
6. Tal procedimento diz respeito à penhora sobre o movimento de caixa da devedora e, portanto, exige a observância das formalidades legais, especialmente a nomeação de administrador (CPC, artigo 869 do CPC) com as atribuições inscritas no artigo 863, §1º do CPC, ou seja, apresentação de forma de administração e esquema de pagamento.
7. Na hipótese, infere-se que o executivo fiscal que tramita na instância de piso foi proposto com o objetivo de exigir débitos regularmente inscritos em Dívida Ativa, fixados, naquela altura, na quantia total de R\$ 172.134,63.
8. Consta-se, ainda, que a executada não quitou o débito ou ofereceu bens ao ser citada e as tentativas de penhora de ativos financeiros ou possíveis bens de sua propriedade foram infrutíferas, conforme afirmou o MM. Juízo "a quo" e a agravada.
9. No entanto, quanto ao percentual a incidir, entendo que deve ser fixado em 5% (cinco por cento) sobre o faturamento mensal, devendo ser aplicado na totalidade das execuções fiscais que eventualmente possam ter.
10. Quanto à base de cálculo da penhora do faturamento, o MM. Juízo *quo* determinou a constrição sobre o faturamento bruto e a agravante pleiteia sua incidência sobre o faturamento líquido. No entanto, não restou comprovada a efetiva inviabilização de suas atividades empresariais, de modo que resta mantida a constrição.
11. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000265-42.2016.4.03.6007
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: FRANCISCO XAVIER DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO GARCIA DA SILVEIRA - MS6742
PARTE RE: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) PARTE RE: ELIZA MARIA ALBUQUERQUE PALHARES - MS3966
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000265-42.2016.4.03.6007
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: FRANCISCO XAVIER DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO GARCIA DA SILVEIRA - MS6742
PARTE RE: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) PARTE RE: ELIZA MARIA ALBUQUERQUE PALHARES - MS3966
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **Francisco Xavier da Silva** em face do Presidente da Comissão Eleitoral Local do Compus Coxim do IFMS que indeferiu a candidatura do impetrante ao cargo de Diretor-Geral.

Narra o impetrante, em resumo, que embora tenha preenchido dois dos três requisitos exigidos para concorrer ao cargo pleiteado (incisos II e III, do artigo 10 da Resolução nº 013/2016 COSUP-IFMS), sua candidatura foi indeferida, tendo sido considerado inapto (Deliberação nº 16 de 2016), em razão do não preenchimento de nenhum dos requisitos estabelecidos nos artigos 10, II e 12, §10, IV e §3º, da citada Resolução.

Informa que atendeu ao requisito de exigência de possuir no mínimo 2 (dois) anos de exercício em cargo ou função de gestão na instituição, visto que foi designado como Coordenador Adjunto do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego PRONATEC, inclusive com ônus para a instituição.

Continua relatando que, ainda que não tivesse preenchido o requisito do inciso II, preencheu o previsto no inciso III (ter concluído, com aproveitamento, curso de formação por o exercício de cargo ou função de gestão em instituições da administração pública), já que comprovou a conclusão do Curso de PAD – Formação para Membros de Comissões/2013, realizado pela escola de Administração Fazendária - ESAF, de 19 a 23 de agosto de 2013, com carga horária de 27 horas.

Alega que preencheu os dois dos requisitos exigidos para concorrer ao Cargo de Diretor-Geral do Compus Coxim, alegando a ilegalidade do indeferimento de sua candidatura.

A medida liminar foi deferida em parte determinando-se que a autoridade impetrada considere cumprida a exigência feita pelo inciso II do artigo 10 da Resolução n. 13/2016, não podendo sua candidatura ser impugnada pelo descumprimento específico desse requisito (fls. 200-202v).

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação, concedendo a segurança, de modo parcial, apenas para que a autoridade impetrada considere cumprida a exigência feita pelo inciso II do artigo 10 da Resolução n. 13/2016 (fls. 234/236 – ID 92942848).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não provimento da remessa oficial (fls. 250/251 - ID 92943493).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0000265-42.2016.4.03.6007
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
PARTE AUTORA: FRANCISCO XAVIER DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: FLAVIO GARCIA DA SILVEIRA - MS6742
PARTE RE: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL
Advogado do(a) PARTE RE: ELIZA MARIA ALBUQUERQUE PALHARES - MS3966
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança interposto em face da r. sentença que concedeu a segurança, em parte, para que a impetrada não indefira a candidatura do impetrante pelo descumprimento de requisito específico.

Conforme bem assentou o r. Juízo de piso, o Impetrante não preencheu o requisito previsto no inciso III do §1º do artigo 13 da Lei nº 11.892/2008, qual seja, ter concluído, com aproveitamento, curso de formação para o exercício de cargo ou função de gestão em instituições da administração pública.

Cinge-se, portanto, a controvérsia acerca da aplicação da expressão "cargo ou função de gestão na instituição", empregada no artigo 13, §1, II da Lei nº 11.982/2008, *in verbis*:

"Art. 13 Os campi serão dirigidos por Diretores Gerais, nomeados pelo Reitor para mandato de 4 (quatro) anos, permitida uma recondução, após processo de consulta à comunidade do respectivo campus, atribuindo-se o peso de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo docente, de 1/3 (um terço) para a manifestação dos servidores técnico-administrativos e de 1/3 (um terço) para a manifestação do corpo discente, (Regulamento)

§1º Poderão candidatar-se ao cargo de Diretor – Geral do campus os servidores ocupantes de cargo efetivo da carreira docente ou de cargo efetivo de nível superior da carreira dos técnico-administrativos do Plano de carreira dos Cargos Técnico Administrativos em Educação, desde que possuam o mínimo de 5 (cinco) anos de efetivo exercício em instituição federal de educação profissional e tecnológica e que se enquadrem em pelo menos uma das seguintes situações:

I - preencher os requisitos exigidos para a candidatura ao cargo de Reitor do Instituto Federal,

II - possuir o mínimo de 2 (dois) anos de exercício em cargo ou função de gestão na instituição; ou

III - ter concluído, com aproveitamento curso de formação para o exercício de cargo ou função de gestão em instituições da administração pública. § O Ministério da Educação expedirá normas complementares dispondo sobre o reconhecimento, a validação e a oferta regular dos cursos de que trata o inciso o III do § 1 deste artigo.

A Comissão Eleitoral entendeu que o impetrante, apesar de ser ocupante de cargo efetivo da carreira de docente no FMS por prazo superior a 5 (cinco) anos, não preencheu os requisitos do artigo 13, §1º, II da Lei nº 11.982/2008.

Pois bem. O impetrante comprova documentalmente que atuou como Coordenador Adjunto compondo o Comitê Gestor do PRONATEC no âmbito da IFMS entre 28.02.2013 a 15.10.2015 (fls. 37).

Ora, verifica-se que o PRONATEC é um curso ofertado no âmbito do IFMS, o que comprova que o cargo exercido pelo impetrante ocorreu no âmbito do IFMS, de modo que se conclui que o requisito de tempo mínimo de dois anos em cargo ou função de gestão na instituição.

Assim, não merecer reparo a r. sentença que entendeu que exigir-se que o exercício e cargo ou função de gestão seja - exclusivamente - relacionado ao organograma do IFMS, sem abarcar o exercício de função de gestão relacionado a execução do PRONATEC no âmbito do próprio IFMS colide com a parte final do § 1º do artigo 13 da Lei n. 11.892/2008, que inequivocamente pretende ampliar o rol dos possíveis candidatos ao cargo de Direção Geral no "campus" da instituição de ensino.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ELEIÇÃO CORPO DIRETIVO EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO. REQUISITOS PARA CANDIDATURA CUMPRIDOS. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Trata-se de reexame necessário em mandado de segurança interposto em face da r. sentença que concedeu a segurança, em parte, para que a impetrada não indefira a candidatura do impetrante pelo descumprimento de requisito específico.

2. O impetrante comprova documentalmente que atuou como Coordenador Adjunto compondo o Comitê Gestor do PRONATEC no âmbito da IFMS entre 28.02.2013 a 15.10.2015 (fls. 37).

3. Ora, verifica-se que o PRONATEC é um curso ofertado no âmbito do IFMS, o que comprova que o cargo exercido pelo impetrante ocorreu no âmbito do IFMS, de modo que se conclui que o requisito de tempo mínimo de dois anos em cargo ou função de gestão na instituição.

3. Não merecer reparo a r. sentença que entendeu que exigir-se que o exercício e cargo ou função de gestão seja - exclusivamente - relacionado ao organograma do IFMS, sem abarcar o exercício de função de gestão relacionado a execução do PRONATEC no âmbito do próprio IFMS colide com a parte final do § 1º do artigo 13 da Lei n. 11.892/2008, que inequivocamente pretende ampliar o rol dos possíveis candidatos ao cargo de Direção Geral no "campus" da instituição de ensino.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0051815-55.1997.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0051815-55.1997.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno/legal de fls. 618/627 interposto por Empório Chiappetta Ltda. contra a decisão proferida por este Relator às fls. 575/581 que, em Juízo de retratação, nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC/1973, deu provimento à apelação da parte autora, para afastar a aplicação do art. 170-A, do CTN, bem como condenar a União Federal nas custas e em honorários advocatícios fixados em 1% sobre o valor dado à causa, devidamente atualizado até o efetivo pagamento e dou parcial provimento à remessa oficial, para afastar a incidência de juros compensatórios sobre o valor do indébito de 1% (um por cento) até 31/12/1995 ante a ausência de previsão legal.

Em suas razões de inconformismo a agravante, alega, em síntese, que os honorários advocatícios devem ser fixados no mínimo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §3º, do CPC, sendo inaplicável, no caso, o art. 20, do CPC/1973.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos 629/630v.

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0051815-55.1997.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA, EMPORIO CHIAPPETTA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO FERREIRA NETO - SP67564-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso a possibilidade de aplicação do disposto no art. 557 do antigo CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar provimento ou negar seguimento ao recurso.

No que toca a aplicabilidade do art. 557, transcrevo a jurisprudência adotada pelo C. STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ART. 557 DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR RESPALDADA EM JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL A QUE PERTENCE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. A aplicação do artigo 557, do CPC, supõe que o julgador, ao isoladamente negar seguimento ao recurso ou dar-lhe provimento, confira à parte prestação jurisdicional equivalente a que seria concedida acaso o processo fosse julgado pelo órgão colegiado.

2. A 'ratio essendi' do dispositivo, com a redação dada pelo artigo 1º, da Lei 9.756/98, visa desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamentos de recursos que encerram matéria controversa.

3. Prevalência do valor celeridade à luz do princípio da efetividade (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 508.889/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, 3.ª Turma, DJ 05.06.2006; AgRg no REsp 805.432/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2.ª Turma, DJ 03.05.2006; REsp 771.221/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1.ª Turma, DJ 24.04.2006; AgRg no REsp 743.047/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, 1.ª Turma, DJ 24.04.2006).

4. 'In casu', o acórdão hostilizado denota a perfeita aplicação do art. 557, do CPC, posto que a prolação de sentença de mérito na ação originária revela a superveniente perda de objeto do recurso utilizado contra o deferimento ou indeferimento da tutela antecipada in initio litis. Precedentes: RESP 702.105/SC, DJ de 01.09.2005; AgRg no RESP 526.309/PR, DJ 04.04.2005 e RESP 673.291/CE, DJ 21.03.2005.

5. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo 'decisum' revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater; um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005.

6. Agravo regimental desprovido."

(AGRESP 200601194166 - 857173 - 1ª TURMA - Rel. Min. LUIZ FUX - DJE 03/04/2008).

E, ainda:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO.

I - A reforma introduzida pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 da Lei Processual Civil, teve o intuito de desobstruir as pautas dos tribunais, dando preferência a julgamento pelas turmas apenas dos recursos que realmente reclamam apreciação pelo órgão colegiado. No caso presente, em que se decidiu pela ausência de omissão no acórdão recorrido, não havia a necessidade de a matéria ser apresentada diretamente à Turma, mormente por se tratar de hipótese em que o seguimento do especial foi obstado já no juízo de admissibilidade realizado na corte estadual, e a orientação esposada encontra-se respaldada em jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça.

II - Em casos que tais, a possibilidade de o relator decidir monocraticamente decorre do princípio da celeridade processual, sem que tal fato importe violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, haja vista que a defesa das partes, se indevida a aplicação do julgamento simplificado, faz-se via agravo regimental.

III - Inviável o especial que deixa de atacar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão assentada no aresto hostilizado (Súmula 283/STF). Agravo improvido."

(AGA 200601825383 - AgRg AI - 800650 - 3ª TURMA - Rel. Min. CASTRO FILHO - DJ 10/09/2007 - p. 00230).

Quanto à questão em discussão, reitera-se que, no tocante à fixação da sucumbência, tendo em vista que ser pedido totalmente procedente (reconhecimento dos valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL, superiores a 0,5%, bem como a sua compensação, devidamente corrigidos), deve ser a União Federal condenada no ônus da sucumbência.

O art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, aplicável ao presente caso, tendo em vista que a r. sentença foi proferida na vigência do anterior código, prescrevia o seguinte, *in verbis*:

"Art. 20 - A sentença condenará o vencido a pagar o vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 4º - Nas causas de pequeno valor: nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo anterior.

O colendo Superior Tribunal de Justiça fixou orientação no sentido de que "a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade", *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. PRETENSÃO DE MAJORAR O VALOR FIXADO NA ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

I. Na hipótese em foco, a Fazenda Nacional, em face do acolhimento da exceção de pré-executividade, foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.500,00, levando-se em conta a análise dos critérios estipulados no artigo 20, § 3º e 4º, do CPC. 2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que: "Vencido a Fazenda Pública, afixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. (Recurso Especial 1.155.125/MG, Rel. Mi Castro Meira, DJ de 6/4/2010, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC). 3. A revisão da verba honorária fixada pela origem, com base no Critério de equidade, encontra óbice na Súmula 7 do STJ. (REsp 1.186.053/SP, Rel. Min Teori Albino Zavascki, DJ de 12/5/2010). 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 216.958/AL, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 08/10/2012), "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 20, § 4, DO CPC. FIXAÇÃO EQUITATIVA DA VERBA HONORÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Inexistindo condenação em dinheiro, devem os honorários ser fixados por apreciação equitativa do juiz, nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil. Precedentes. II - Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg nos EDeI no REsp 877, 199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 16/03/2011).

E não é outro o entendimento desta egrégia Corte, a saber:

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUTIVO EXTINTO. CDA CANCELADA. VERBA HONORÁRIA REDUZIDA. RECURSO E REMESSA OFICIAL, DADA POR OCORRIDA, PROVIDOS. - Incidem, no caso, as disposições do artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil, sujeitando-se a sentença à remessa oficial, ora tida como ocorrida, não se aplicando o disposto no artigo 475, §2º, do referido diploma, com redação dada pela Lei nº 10.352/2001. - O processo em questão foi extinto ante o cancelamento do débito pela Fazenda Nacional e a exequente condenada no pagamento honorários advocatícios ao executado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais reais). - No que diz respeito à possibilidade de incidência de verba honorária, verifica-se que, tanto no caso de oposição de embargos, como no caso de mera apresentação de exceção de pré-executividade, o executado teve que efetuar despesas e constituir advogado para se defender da execução indevida, o que impõe o ressarcimento das quantias despendidas. - Cabe ao vencido, aquele que deu causa à instauração do processo, arcar com as despesas dele decorrentes. Dessa forma, será sucumbente a parte que deu causa à instauração de uma relação processual indevida. Haja vista o caráter contencioso da exceção de pré-executividade (fis. 44/77), é devida a condenação da União Federal ao pagamento de honorários advocatícios, não se aplicando, ao caso, o disposto no artigo 26 da Lei nº 6.830/80. - Quanto ao percentual fixado, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que: "vencida a Fazenda Pública, afixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade". - Por sua vez, o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, adotado por esta Quarta Turma, é no sentido de que não podem ser arbitrados em valores inferiores a 1% do valor da causa, nem em percentual excessivo (EDeI no REsp 792.306/RJ, Rel. Ministro Mouro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009). - Considerando o valor da causa (R\$ 237.174,99 - duzentos e trinta e sete mil, cento e setenta e quatro reais e noventa e nove centavos - em 28/06/2004 -/l. 02.), bem como a matéria discutida nos autos, reduz os honorários advocatícios para 1% (um por cento) do referido valor, devidamente atualizado, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil. - Apelação e remessa oficial, dada por ocorrida, providos. (destaque nosso)

(TRF 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL nº 0002212-29.2011.4.03.6130/SP, Rel. Desembargadora Federal MONICA NOBRE, Quarta Turma, fui. 18/11/2015, D.E. 09/12/2015).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO. MULTA MORATÓRIA. NÃO AFASTADA EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PARTES ILEGÍTIMAS. EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO. ANUÊNCIA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. - Não conheço das razões relativas à penalidade pecuniária, dado que a questão sequer foi discutida ou afastada em sentença, motivo pelo qual inexistiu interesse recursal quanto à matéria. - No que concerne à verba de sucumbência, não obstante a anuência da fazenda quanto à pretensão deduzida pelos embargantes relativamente à ilegitimidade de parte, é cabível a condenação da exequente, uma vez que houve ônus para as partes, as quais constituíram advogado com o escopo de pleitear seu afastamento da demanda. Nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, o magistrado não está adstrito aos limites mínimo e máximo previstos no § 3º do mesmo dispositivo. Não pode fixar os honorários advocatícios em valor ínfimo em relação à quantia discutida, ou seja, menos de 1% (um por cento), tampouco está autorizado onerar aparte devedora em quantia excessiva. - E cediço que os honorários advocatícios devem valorizar a dignidade do trabalho do profissional sem, contudo, implicar meio que gere locupletamento ilícito. A razoabilidade, aliada aos princípios da equidade e proporcionalidade, deve pautar o seu arbitramento. A dívida cobrada supera o valor de R\$ 22.928,79, de maneira que, observados alguns critérios da norma processual, quanto à natureza e a relevância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado, apresenta-se razoável a quantia fixada em sentença. - Parte das razões recursais não conhecida e, na parte conhecida, desprovida. (destaque nosso) (TRF 3ª Região, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0036860-39.2012.4.03.6182/SP, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE, jul. 16/07/2015, D.E. 31/07/2015).

“TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DECADÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APELO DA UNIÃO IMPROVIDO - REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA - SENTENÇA REFORMADA. EM PARTE. 2. De acordo com o entendimento pacificado pelo Egrégio STF (Súmula Vinculante nº 08), são inconstitucionais os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Assim sendo, aplica-se, à espécie, o CTN, que estabelece o prazo de cinco anos para apuração e constituição do crédito (art. 150, § 4º, se houver antecipação do pagamento, ou art. 173, 1, nos casos em que não houver pagamento) e outros cinco para a sua cobrança (art. 174), em conformidade com os julgados do Egrégio STJ, cujo entendimento foi confirmado em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.138.159/SP, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 01/02/2010; REsp nº 973.733/SC, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 18/09/2009). 2. O termo “a quo” do prazo previsto no artigo 173, inciso 1, do Código de Processo Civil, conforme entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, “corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação” (REsp nº 973.733/SC, 1ª Seção, Relator Ministro Luiz Fux, DJe 18/09/2009). 3. No caso, considerando que os débitos foram constituídos após o decurso do prazo quinquenal previsto no artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional, contado da data dos fatos geradores, o reconhecimento da decadência era medida de rigor. 4. Em conformidade com o entendimento adotado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, “vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade” (REsp nº 1.151.125/MG, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, DJe 06/04/2010). 5. Na hipótese, tendo em conta que foi atribuído à causa o valor de R\$ 426.240,51 (quatrocentos e vinte e seis mil, duzentos e quarenta reais e cinquenta e um centavos), bem como a simplicidade da causa e a singeleza do trabalho realizado, os honorários advocatícios devem ser fixados em 1% (um por cento) do valor atualizado atribuído à causa, o que se harmoniza com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do artigo 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil. 6. Apelo da União improvido. Remessa oficial parcialmente provida.” (destaque nosso) (TRF 3ª Região, APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO nº 0000 775- 82.2008.4.03.6121/SP, Rel. Desembargadora Federal CECILIA MELLO, Décima Primeira Turma, jul. 06/10/2015, D.E. 15/10/2015).

“DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO RETIDO. PROVA TESTEMUNHAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. REAJUSTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIO E TELÉGRAFOS

- ECT. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARTIGO 20, § 4º CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO. OMISSIS... 13. Considerado o resultado, como definido supra no exame dos apelos, verifica-se que, de fato, a sucumbência da ré foi mínima diante da extensão dos pedidos deduzidos na inicial, autorizando, nos termos do artigo 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a condenação exclusiva da autora nas verbas respectivas. Todavia, considerando o valor da causa sujeito à atualização, os honorários advocatícios devem ser reduzidos de 10% (dez por cento) para 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, (PC, o que se faz para atender o princípio da equidade, evitar condenação excessiva e enriquecimento sem causa, e garantir observância de critérios legais de arbitramento, condizentes com grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço. 14. Caso em que o valor da causa era de R\$ 1.159.988,80 em dezembro/1999, o que corresponde, em setembro/2014, a 3.155.173,28, de modo que a verba honorária fixada é de R\$ 31.551,73, valor que, ao contrário do alegado, não viola o artigo 20, § 4º, CPC. 15. Agravo inominado desprovido.” (destaque nosso)

(TRF3ª Região. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL nº0011473-02.1997.4.03.6100/SP, Rel. Desembargador Federal CARLOS MUTA. Terceira Turma, jul. 27/11/2014, DE. 03/12/2014).

Assim, em homenagem ao princípio da razoabilidade, tendo em vista o valor atribuído à causa (R\$ 455.796,57 - fl. 29), ainda, considerado o trabalho realizado pelo patrono da parte autora, fixo os honorários advocatícios em 1% sobre o valor dado à causa, atualizado até o efetivo pagamento, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 e entendimento desta E. Quarta Turma.

Veja que o valor da causa de R\$ 455.796,57 em novembro de 1997 ainda será atualizado, e a fixação dos honorários advocatícios em 1% sobre tal valor não pode ser considerado valor ínfimo.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC/1973, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO/LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. FINSOCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 557, do CPC/1973, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. No tocante à fixação da sucumbência, tendo em vista que ser pedido totalmente procedente (reconhecimento dos valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL, superiores a 0,5%, bem como a sua compensação, devidamente corrigidos), deve ser a União Federal condenada no ônus da sucumbência.
3. O art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil/1973, aplicável ao presente caso, tendo em vista que a r. sentença foi proferida na vigência do anterior código.
4. O colendo Superior Tribunal de Justiça fixou orientação no sentido de que “a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade”.
5. Assim, em homenagem ao princípio da razoabilidade, tendo em vista o valor atribuído à causa (R\$ 455.796,57 - fl. 29), ainda, considerado o trabalho realizado pelo patrono da parte autora, fixo os honorários advocatícios em 1% sobre o valor dado à causa, atualizado até o efetivo pagamento, conforme a regra prevista no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil/1973 e entendimento desta E. Quarta Turma.
6. Veja que o valor da causa de R\$ 455.796,57 em novembro de 1997 ainda será atualizado, e a fixação dos honorários advocatícios em 1% sobre tal valor não pode ser considerado valor ínfimo.
7. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001603-73.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ALLAMANDA JARDINS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001603-73.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ALLAMANDA JARDINS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, proposta por Allamanda Jardins Ltda. em face da União Federal, pela qual o autor requereu a anulação dos débitos tributários em razão da configuração de prescrição ou prescrição intercorrente.

Carreadas aos autos cópias dos processos administrativos (fls. 291 a 666, 673 a 784).

Na sentença (fls. 789 a 792), o MM Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, assinalando não ocorrer a prescrição; quanto à prescrição intercorrente, deu-se por incompetente, não estando os autos das Execuções Fiscais em seu poder.

Em suas razões de Apelação (fls. 798 a 812), a autora reiterou ocorrer a prescrição, além de argumentar ser verificável a prescrição intercorrente em razão das datas de arquivamento daqueles autos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001603-73.2010.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ALLAMANDA JARDINS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: JOSE RENA - SP49404-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, equivocada a sentença ao expressar o entendimento de que os créditos não estariam constituídos se, declarados e não pagos, necessária se faria a atuação do Fisco.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais – DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regime em lei complementar – o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

(...)

Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

O art. 174 do CTN prevê o prazo de cinco anos para a prescrição dos créditos tributários, período iniciado da constituição definitiva do crédito; acrescente-se que o reconhecimento do débito por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial – caso do parcelamento, por exemplo – interrompe a prescrição, a qual é reiniciada por ato formal de rescisão do parcelamento.

Nesse sentido:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

(...)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO OCORRÊNCIA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INADIMPLEMENTO DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO FORMAL DO CONTRIBUINTE. LEGALIDADE DA TAXA SELIC. FUNDAMENTO INATACADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 283 DO STF E SÚMULA 7 DO STJ.

1. A Corte de origem infirmou que a sociedade empresária não afastou a presunção de veracidade do extrato da Receita Federal em que consta a data do inadimplemento do parcelamento, fundamento esse não impugnado pela recorrente nas razões do recurso especial, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF.

2. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a legalidade da incidência da taxa Selic para a cobrança de tributos federais, a partir de 1º de janeiro de 1995, consoante o disposto na Lei 9.065/1995.

3. Igualmente, a jurisprudência do STJ firmou a orientação de que "a confissão, para fins de parcelamento, equivale à constituição do crédito tributário, sendo desnecessário lançamento pelo Fisco" (AgRg no Ag 1.028.235/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/3/2009).

4. Do mesmo modo, a jurisprudência do STJ, também, proclamou o entendimento de que, "em parcelamento, o marco inicial do curso da prescrição inicia-se com a exclusão formal do contribuinte do programa. Esse ato gera, para a Fazenda Pública, a possibilidade imediata de cobrança do crédito confessado. Em que pese no caso dos autos tenha existido a 'inexistência de faturamento', causa que gera a rescisão do parcelamento, para que se retome a exigibilidade do crédito tributário, e tenha início o prazo prescricional para a sua cobrança, essencial que haja ato formal de rescisão do parcelamento. Não sendo possível a contagem do prazo a partir da ocorrência da situação autorizativa da exclusão" (AgRg no REsp 1.524.984/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/4/2016, DJe 18/4/2016).

(...)

(STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1119623/SC, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, DJe 11/06/2018)

No caso em tela, requer a autora a extinção dos créditos tributários (fls. 24 e 25) inscritos sob os nºs **80.2.99.063616-74**, **80.2.04.062725-71**, **80.4.04.072741-08**, **80.6.04.110154-59**, **80.6.04.110155-30** e **80.7.99.033893-02** (Execução Fiscal 2006.61.82.005776-1), **80.6.98.054049-62** (Execução Fiscal 1999.61.82.083602-0), **80.6.98.054050-4** (Execução Fiscal 1999.61.82.083603-2), **80.2.98.029175-28** (Execução Fiscal 1999.61.82.074411-3), **80.6.98.054051-87** (Execução Fiscal 2000.61.82.003138-1), **80.6.99.135625-06** (Execução Fiscal 2002.61.82.024002-1), **80.2.99.063617-55** (Execução Fiscal 2002.61.82.021965-2) e **80.6.99.135626-89** (Execução Fiscal 2002.61.82.055277-8).

Requerida a extinção dos créditos inscritos sob o nº **80.7.06.049220-05**, em relação aos quais houve reconhecimento administrativo da prescrição (fls. 817, 819).

Quanto aos demais, não teve êxito a parte autora em demonstrar a configuração da prescrição. Oportuno novamente frisar que a constituição dos créditos sujeitos a lançamento por homologação, conforme se dá no caso concreto, ocorre na data da entrega da declaração, considerada a data do vencimento apenas quando for posterior à entrega da DCTF.

Na presente hipótese, todos os créditos foram constituídos por DCTFs entregues após as datas de vencimento, sendo os mais antigos constituídos com a entrega da declaração 95.083.0187311 (fls. 39 e seguintes), ocorrida no ano de 1995, conforme seu código numérico. A autora, porém, não se desincumbiu do que lhe cabia, ou seja, comprovar a data da entrega; ademais, não se insurgiu em relação ao informado pela ré quanto às datas de inclusão e inclusão em parcelamento, respectivamente em 14.04.2000 e em 01.01.2002, de maneira a interromper o prazo prescricional, reiniciado em 02.01.2002; por fim, não constando dos presentes autos quaisquer informações sobre datas de citação ou de despachos citatórios, não se mostrou infirmada a presunção de liquidez e certeza com que contam os títulos executivos.

O mesmo ocorre ainda em relação à alegação de que em algumas das Execuções teria havido prescrição intercorrente. Nesse aspecto, a parte autora se restringiu a carrear aos autos certidões relativas às ações (fls. 771 a 784), delas não sendo possível a análise do alegado. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. SUPOSTA OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. JUNTADA DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. ÔNUS DE ILIDIR A PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA QUE COMPETE AO CONTRIBUINTE.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade, contradição ou erro material, não fica caracterizada ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015.

2. "A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidir é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia" (AgInt no REsp 1580219/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016).

3. Embargos de declaração acolhidos. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial.

(STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1203836/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 11.04.2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR MUNICÍPIO. INTIMAÇÃO DO INSS PARA QUE PROCEDESSE À EXIBIÇÃO DOS COMPROVANTES DOS VALORES QUE RECEBERA MEDIANTE DESCONTO NOS REPASSES DAS QUOTAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.

1. O autor da ação deve instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, ex vi do disposto no artigo 283, do CPC.

2. Outrossim, a iniciativa instrutória do juiz, que decorre da exegese dos artigos 130, 131 e 399, do Código de Processo Civil, somente se revela razoável quando a parte logra demonstrar a impossibilidade de obter, pessoalmente, a informação cuja requisição pleiteia, salvante os casos em que a medida judicial decorrer do poder geral de cautela do magistrado ou do interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional.

(STJ, REsp 834297/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 20.10.2008)

Face ao exposto, nego provimento à Apelação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZE CERTEZA. ONUS PROBANDI.

1. Nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega, pelo contribuinte, da "Declaração de Contribuições e Tributos Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza" (REsp 1.120.295/SP) reconhecendo o débito fiscal, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.

2. Uma vez constituído o crédito tributário, coube ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao da data da entrega da declaração ou do vencimento da obrigação tributária declarada e não paga, o que fôr posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

3. O parcelamento importa no reconhecimento do débito, constituindo o crédito ou interrompendo a prescrição, a teor do art. 174, parágrafo único, IV, do CTN.

4. Todos os créditos foram constituídos por DCTFs entregues após as datas de vencimento, sendo os mais antigos constituídos com a entrega da declaração 95.083.0187311 (fs. 39 e seguintes), ocorrida no ano de 1995, conforme seu código numérico. A autora, porém, não se desincumbiu do que lhe cabia, ou seja, comprovar a data da entrega; ademais, não se insurgiu em relação ao informado pela ré quanto às datas de inclusão e inclusão em parcelamento, respectivamente em 14.04.2000 e em 01.01.2002, de maneira a interromper o prazo prescricional, reiniciado em 02.01.2002; por fim, não constando dos presentes autos quaisquer informações sobre datas de citação ou de despachos citatórios, não se mostrou infirmada a presunção de liquidez e certeza com que contam os títulos executivos.

5. O mesmo ocorre ainda em relação à alegação de que em algumas das Execuções teria havido prescrição intercorrente. Nesse aspecto, a parte autora se restringiu a carrear aos autos certidões relativas às ações (fs. 771 a 784), delas não sendo possível a análise do alegado. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

6. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0045784-39.2012.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: FORMISA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA - EPP, ALFREDO JOAO SANSON, MARTHA ETHEL STILLER SAMSON

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0045784-39.2012.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: FORMISA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA - EPP, ALFREDO JOAO SANSON, MARTHA ETHEL STILLER SAMSON

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por FORMISA PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS E OUTROS em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese: pagamento integral com os benefícios da Lei nº 11.941/09; responsabilidade subsidiária dos sócios ora embargantes; nulidade da CDA; excesso de penhora, requerendo, ainda, a exclusão da Taxa SELIC.

Embargos julgados parcialmente extintos, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, V, do CPC, em razão da coisa julgada sobre a matéria de responsabilidade tributária dos sócios e, no mais, julgados improcedentes estes embargos, com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Interposto recurso de apelação pela parte embargante, aduzindo que: não foi a apelante intimada da penhora realizada nem da garantia da dívida, quando poderia opor os embargos à execução; após a realização da penhora dos bens pertencentes à empresa devedora, optou a embargada por buscar ativos financeiros dos executados, vindo a efetivar a penhora do montante integral em dinheiro, dando ensejo à ora embargante da apresentação da sua defesa, que não pode ser tolhida neste momento; o percentual de 50% da multa foi reduzido e deve ser mantido; de acordo com o Instrumento de Compromisso de Compra e Venda e Atas de Venda das Ações, os novos acionistas assumiram a responsabilidade do débito, devendo-se buscar a satisfação da dívida primeiramente através de valores da própria empresa, e, posteriormente, dos demais executados; conforme fs. 149/152 dos autos da execução fiscal, foi efetivada a penhora de bens do ativo imobilizado da empresa executada Indústria Muller, suficientes para garantia da execução, não devendo persistir, assim, a penhora online; o débito foi pago com os benefícios da Lei nº 11.941/09, devidamente comprovado nos autos.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0045784-39.2012.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FORMISA PARTICIPACOES E EMPREENDIMENTOS COMERCIAIS LTDA - EPP, ALFREDO JOAO SANSON, MARTHA ETHEL STILLER SAMSON
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE BAIA RODRIGUES LOURO - SP260957
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Conforme consulta ao sistema informatizado desta Corte, verifico que as questões relativas à nulidade da CDA, redução da multa e à inconstitucionalidade da Taxa SELIC restaram julgadas nos Embargos à Execução nº 2006.6.82.017610-5, interposto pela INDÚSTRIA MULLER IRMÃOS S/A, inclusive em grau recursal, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

Por sua vez, a questão relativa à legitimidade dos apelantes também já restou decidida nos autos da execução fiscal, tendo o C. STJ negado seguimento ao Recurso Especial nº 984.152, interposto pelos mesmos, com trânsito em julgado.

Quanto à alegação de que a constrição deve recair somente sobre bens da empresa INDÚSTRIA MULLER IRMÃOS S/A, verifica-se que, constando os nomes dos apelantes da CDA, estes também respondem pela dívida, podendo a exequente exigir o pagamento do débito de qualquer um dos integrantes da CDA.

Ademais, a penhora de numerário atende ao disposto no art. 11 da Lei nº 6.830/80.

No tocante ao alegado pagamento integral do débito, com os benefícios da Lei nº 11.941/09, verifica-se dos documentos acostados aos autos, em especial as manifestações da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da DIDAUI, que o contribuinte não consolidou o parcelamento no momento oportuno, impedindo a utilização do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa para amortizar juros e multa da dívida, além de não haver correlação entre o valor pago e aquele devido (DEBCAD 557539153 e DEBCAD 601379560).

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, NULIDADE DA CDA, TAXA SELIC, MULTA MORATÓRIA, LEGITIMIDADE DOS APELANTES, COISA JULGADA, NOMES CONSTANTES DA CDA, RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA, PENHORA DE NUMERÁRIO, ART. 11 DA LEI Nº 6.830/80, PAGAMENTO INTEGRAL, NÃO COMPROVAÇÃO.

I - Conforme consulta ao sistema informatizado desta Corte, verifico que as questões relativas à nulidade da CDA, redução da multa e à inconstitucionalidade da Taxa SELIC restaram julgadas nos Embargos à Execução nº 2006.6.82.017610-5, interposto pela INDÚSTRIA MULLER IRMÃOS S/A, inclusive em grau recursal, tendo ocorrido o trânsito em julgado.

II - Por sua vez, a questão relativa à legitimidade dos apelantes também já restou decidida nos autos da execução fiscal, tendo o C. STJ negado seguimento ao Recurso Especial nº 984.152, interposto pelos mesmos, com trânsito em julgado.

III - Quanto à alegação de que a constrição deve recair somente sobre bens da empresa INDÚSTRIA MULLER IRMÃOS S/A, verifica-se que, constando os nomes dos apelantes da CDA, estes também respondem pela dívida, podendo a exequente exigir o pagamento do débito de qualquer um dos integrantes da CDA.

IV - A penhora de numerário atende ao disposto no art. 11 da Lei nº 6.830/80.

V - No tocante ao alegado pagamento integral do débito, com os benefícios da Lei nº 11.941/09, verifica-se dos documentos acostados aos autos, em especial as manifestações da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da DIDAUI, que o contribuinte não consolidou o parcelamento no momento oportuno, impedindo a utilização do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa para amortizar juros e multa da dívida, além de não haver correlação entre o valor pago e aquele devido (DEBCAD 557539153 e DEBCAD 601379560).

VI – Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017525-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: DESKGRAF ACABAMENTOS DE ARTES GRAFICAS LTDA - EPP

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017525-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: DESKGRAF ACABAMENTOS DE ARTES GRAFICAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL OLIVEIRA MATOS - SP315236-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 127299022) interposto por Deskgraf Acabamentos de Artes Gráficas Ltda. contra a decisão proferida por este Relator (ID 125064427) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento.

Em suas razões de inconformismo a agravante, alega, em síntese, que há expressa possibilidade de apreciar a nulidade consistente em inexigibilidade dos títulos executivos, visto que todas as provas constam dos autos, nos termos da Súmula nº 393 do C. STJ. Alega que há clara incerteza quanto à natureza e origem do crédito perseguido, se é SIMPLES ou se é decorrente de adesão a parcelamento tributário, visto que a Agravada não tem nem ciência se a constituição foi por meio de declarações da Agravante, (artigos 147, 150, do CTN), ou se, por meio de adesão ao parcelamento, nos termos do art. 5º, da Lei nº 11.941/2009; 12, da Lei nº 10.522/2002, incidindo a nulidade do art. 202, III, CTN.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 128039353).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017525-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: DESKGRAF ACABAMENTOS DE ARTES GRAFICAS LTDA - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: DANIEL OLIVEIRA MATOS - SP315236-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, a questão controversa apresentada na presente recurso envolve a discussão acerca da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", mormente no que tange a suposta ocorrência de nulidade do título executivo, bem como sua respectiva iliquidez.

Por primeiro, sabe-se que a denominada "exceção de pré - executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do Juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documentalmente com prova do cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas.

A fim de pacificar o entendimento, destaco, ainda, que o c. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393, abaixo transcrita:

"A exceção de pré - executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

No mesmo sentido, destaco:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. QUESTÃO QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATÍVEL COM A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESP. 1.104.900/ES, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 01.04.2009, JULGADO SOB ORITO DO ART. 543-C DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegação de substituição da penhora, suspensão da exigibilidade do débito e que a matéria encontra-se sobre jūdice em outra demanda não são passíveis de exame em sede de exceção de pré-executividade, conforme consignado no julgado impugnado, somente seria possível a análise de tais alegações mediante dilação probatória, não sendo a exceção de pré-executividade o remédio jurídico adequado. Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

2. No julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual a exceção de pré - executividade constitui meio legítimo para discutir questões que possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras, desde que desnecessária a dilação probatória.

3. No caso, quanto à nulidade da CDA, deve-se registrar que, a jurisprudência desta Corte já orientou que a verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA demanda, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-jurídico dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STJ-1ª Turma, AgRg no AREsp 449834/SP, DJe 14/09/2015, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TESES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM RENDA DE DEPÓSITO JUDICIAL E PRESCRIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não cabe a exceção de pré-executividade para a discussão de matéria fática controvertida, em que necessária dilação probatória para a prova do fato invocado na defesa contra a execução fiscal, fundada em título executivo, que goza de presunção de liquidez e certeza. A alegação de que a conversão em renda foi suficiente para extinguir o crédito tributário, não havendo saldo executável, exige dilação probatória em relação à própria exatidão de valores depositados, como ainda da proporção válida, entre valores convertidos e levantados, para efetiva extinção do crédito tributário, dada a divergência resultante de planilhas conflitantes, inclusive por alegação de decadência de certos valores, não podendo em exceção de pré-executividade ser reconhecido direito sem prova cabal da situação narrada e contra a presunção que milita a favor do título executivo. 2. Também consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sem prejuízos de causas interruptivas; sendo que, no caso, após constituição por Termo de Confissão Espontânea (TCE) e parcelamento, a prescrição somente é contada a partir da rescisão do acordo com notificação do devedor; sendo que a execução fiscal foi ajuizada, em 14/12/1994, enquanto a notificação sobre o próprio parcelamento ocorreu em 11/01/1994, não havendo prescrição à luz das Súmulas 78/TFR e 106/STJ. 3. Caso em que não consta arquivamento provisório do feito, por inércia da PFN, restando demonstrado pelos atos praticados dentro da execução fiscal que não houve inércia exclusiva e culposa por parte da exequente capaz de justificar o acolhimento da prescrição, inclusive porque não houve traslado de todas as peças necessárias a com prova r o fato constitutivo alegado pela agravante, estando claro que a falta de citação, suprida por comparecimento espontâneo, foi decorrência de informações equivocadas, dadas pela executada, que frustraram a consecução do ato processual, apesar das diversas tentativas feitas. 4. Assim, por exemplo, consta que o endereço da empresa indicado na procuração de 22/12/2004 é o da Rodovia SP 342, Km 225,5, em São João da Boa Vista, mesmo endereço da inicial da execução fiscal ajuizada em 14/12/1994, da qual resultou negativa a citação, constatando-se o abandono do local desde 13/02/1995, enquanto na petição inicial deste recurso apontou-se a sede à Rua Rubi, 37, São João da Boa Vista/SP, local onde o oficial de justiça igualmente diligenciou em 31/05/1995, sendo informado de que "ali nunca houve cerealista alguma instalada". 5. Agravo inominado desprovido."

(AGRAVO DE INSTRUMENTO - 433972, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, data da publicação 27/07/2012).

Não se olvidé que, ao se discutir na via judicial a legitimidade do ato administrativo, já que goza ele de presunção de legitimidade, esta só é afastável mediante prova cabal, robusta e inequívoca de quem alega vício na sua constituição, fato que não se coaduna com o presente momento processual, que não admite dilação probatória.

Como bem afirmou o MM. Juízo "a quo":

(...)

Conclui-se, portanto, que o título executivo em questão atende a todos os requisitos legalmente fixados (artigo 2º, §5º, da Lei 6830/1980 e artigo 220, do Código Tributário Nacional), ostentando, dessa maneira, as qualidades de certeza, liquidez e exigibilidade que o tornam apto a alicerçar a execução fiscal.

(...)

Assim, forçoso reconhecer, que a execução fiscal em questão encontra-se aparelhada com Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita, formalmente em ordem, restando atendidos os comandos do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, bem como o artigo 202 do Código Tributário Nacional.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. A denominada "exceção de pré - executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do Juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documental com prova do cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas.

3. A fim de pacificar o entendimento, destaco, ainda, que o c. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393: "A exceção de pré - executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

4. A execução fiscal em questão encontra-se aparelhada com Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita, formalmente em ordem, restando atendidos os comandos do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, bem como o artigo 202 do Código Tributário Nacional.

5. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002308-46.2011.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GUTEMBERG CARVALHO SILVEIRA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE DI BENEDETTO JUNIOR - MS12234-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002308-46.2011.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GUTEMBERG CARVALHO SILVEIRA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE DI BENEDETTO JUNIOR - MS12234-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por GUTEMBERG CARVALHO SILVEIR em face da UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), objetivando a anulação do auto de infração lavrado n. 240/2010, liberando-se as sementes objeto do termo de suspensão de comercialização n. 455 e tornando sem efeito a cobrança da multa imposta. Subsidiariamente, pede que sejam revistos os valores das multas aplicadas.

Afirma o autor que foi lavrado auto de infração, sob a acusação de ter comercializado sementes de gramínea forrageira em embalagens irregulares, das quais não constavam as identificações exigidas pelo artigo 39 da Leir nº 10.711/2003.

Alega que identificou, de maneira correta, todas as embalagens das sementes e que por se tratar de sementes brutas, acomodadas em sacos de rafia, estavam identificadas em etiquetas de colagem, mas atendiam a todas as exigências legais. As sementes em questão seriam beneficiadas e posteriormente reembaladas. Sustenta que o destino das sementes não era o consumidor final, o que não acarreta prejuízo de qualquer ordem, muito menos infração. Aduz que o valor da multa aplicada deve ser revisto, devida à ínfima gravidade da suposta infração.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente a ação para reduzir o valor da multa, determinando a aplicação sem o fator agravante ou acréscimo por conta de reincidência, conforme indica o Decreto nº 5.153/2004. Foi determinada a sucumbência recíproca (fls. 137/139).

Apela a União, requerendo a reforma da r. sentença tão somente em relação aos honorários advocatícios, alegando que não houve sucumbência recíproca, porque a União decaiu de parcela mínima de seu interesse juridicamente reconhecido. Sustenta a ilegalidade do estabelecimento de compensação entre verbas honorárias afrontando-se a regra processual do art. 86 do CPC (fls. 147/149).

Com contrarrazões às fls. 152/154, os autos foram remetidos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002308-46.2011.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GUTEMBERG CARVALHO SILVEIRA
Advogado do(a) APELADO: FELIPE DI BENEDETTO JUNIOR - MS12234-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se a controvérsia do recurso tão somente acerca da condenação em honorários advocatícios.

É certo que os pedidos constantes da peça inicial do autor podem ser alternativos e não cumulativos, ou seja, o Magistrado somente analisará o pedido subsidiário após analisado e rejeitado o pedido principal, ou seja, há uma hierarquia entre os pedidos, conforme preconiza o *caput* do art. 326 do CPC:

"Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior."

A jurisprudência pacificou entendimento no sentido de que o acolhimento do pedido subsidiário implica em sucumbência recíproca e aplicação do artigo art. 86, *caput*, do CPC/2015, pois, em tais casos, os pedidos são formulados em grau de hierarquia, denotando que caso o pedido principal seja rejeitado, embora acolhido outro de menor importância, subsiste para o autor o interesse de recorrer da decisão. E se há possibilidade de recurso é porque, em parte de sua pretensão, o autor sucumbiu e, em consequência deve suportar proporcionalmente os ônus sucumbenciais como réu. Confira-se julgados:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 289 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDOS SUCESSIVOS. EVENTUALIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO PRINCIPAL E ACOLHIMENTO DO PEDIDO SUCESSIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PRECEDENTES. 1. O pedido alternativo é aquele que, pela natureza da obrigação, pode ser cumprido por mais de um modo, o que, inclusive, consta expressamente do art. 288 do CPC. O art. 289, por sua vez, traz a possibilidade de formulação de pedidos sucessivos para que o juiz conheça do posterior caso não possa acolher o anterior.

2. Verifica-se que, in casu, os pedidos formulados na exordial não são alternativos, pois não trazem opção de cumprimento ao Estado, antes, são sucessivos, haja vista a eventualidade que os justifica, pois a rejeição do pedido principal possibilitou a acolhida do pedido sucessivo, para houvesse condenação ao pagamento das parcelas vencidas dos últimos cinco anos até a entrada em vigor da referida Lei Estadual.

3. Sucumbência recíproca na improcedência de pedido principal com acolhimento de pedido sucessivo (CPC, Art. 289). Precedentes: REsp 844.428/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 05/05/2008, REsp 618.637/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ 27/08/2007. 4. Recurso especial provido.

(STJ - RESP 201101954441 - RECURSO ESPECIAL 1293954; Rel. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. Segunda Turma, Julgamento em 01/03/2012. DJE 09/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO ACOLHIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Remessa oficial não conhecida, tendo em vista que a condenação não excede a 60 (sessenta) salários mínimos, nos termos do artigo 475, § 2º, do antigo Código de Processo Civil, vigente à época da prolação da sentença.

2. Diferentemente da cumulação alternativa - na qual não há hierarquia entre os pedidos formulados pela parte autora, que são excludentes entre si, e acolhido qualquer um deles é satisfeita integralmente a pretensão do autor -, na cumulação subsidiária, caso dos autos, o juiz somente analisa o pedido subsidiário caso rejeitado o pedido principal, vez que há hierarquia entre os pedidos, nos termos do artigo 289, do antigo Código de Processo Civil - artigo 326, do novo codex. Assim, acolhido apenas o pedido subsidiário, evidencia-se a sucumbência da parte autora em relação ao pedido principal.

3. Devem ser recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados os honorários advocatícios e as despesas, nos termos do artigo 86, caput, do Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015 (artigo 21, caput, do Código de Processo Civil revogado). 4. Apelação da parte autora a que se nega provimento.

(TRF-3 - ApReeNec 00015717720114036118 - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA 2138723; Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO. Terceira Turma, Julgamento: 07/07/2016. DJe: 15/07/2016).

In casu, o recorrido apresentou em sua inicial pleito requerendo a anulação do auto de infração e, de forma subsidiária, a redução da multa aplicada e o r. sentenciante de piso, afastou a alegação de nulidade do auto de infração, mas acolheu a tese de para que fosse reduzido o valor da multa aplicada, aplicando a sucumbência recíproca acertadamente.

Assim, tendo cada um dos litigantes restado vencido e vencedor na demanda é de rigor a manutenção da sucumbência recíproca entre as partes. No entanto, observa-se que o Juiz de piso deixou de condenar as partes ao pagamento dos honorários advocatícios, ainda que proporcional, porquanto o Código de Processo Civil de 2015, vigente à época da prolação da sentença, é expresso ao dispor no art. 86, *caput*, que "Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas".

Portanto, é de rigor a fixação de honorários advocatícios, a fim de garantir a remuneração da atividade desenvolvida pelos patronos.

Desta feita, deve a verba honorária ser fixada em 10% sobre o valor da condenação a ser repartido em partes iguais (50% cada) entre o advogado do autor e os procuradores da União, nos termos do que dispõe o art. 86, *caput*, c/c o art. 85, §19, ambos do CPC/2015.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, a ser repartido em partes iguais (50% cada) entre o advogado do autor e os procuradores da União, nos termos do que dispõe o art. 86, *caput*, c/c o art. 85, §19, ambos do CPC/2015.

É como voto.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO ACOLHIDO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A jurisprudência pacificou entendimento no sentido de que o acolhimento do pedido subsidiário implica em sucumbência recíproca e aplicação do artigo art. 86, *caput*, do CPC/2015, pois, em tais casos, os pedidos são formulados em grau de hierarquia, denotando que caso o pedido principal seja rejeitado, embora acolhido outro de menor importância, subsiste para o autor o interesse de recorrer da decisão. E se há possibilidade de recurso é porque, em parte de sua pretensão, o autor sucumbiu e, em consequência deve suportar proporcionalmente os ônus sucumbenciais como réu.

2. *In casu*, o recorrido apresentou em sua inicial pleito requerendo a anulação do auto de infração e, de forma subsidiária, a redução da multa aplicada e o r. sentenciante de piso, afastou a alegação de nulidade do auto de infração, mas acolheu a tese de para que fosse reduzido o valor da multa aplicada, aplicando a sucumbência recíproca acertadamente.

3. Tendo cada um dos litigantes restado vencido e vencedor na demanda é de rigor a manutenção da sucumbência recíproca entre as partes. No entanto, observa-se que o Juiz de piso deixou de condenar as partes ao pagamento dos honorários advocatícios, ainda que proporcional, porquanto o Código de Processo Civil de 2015, vigente à época da prolação da sentença, é expresso ao dispor no art. 86, *caput*, que "Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas".

4. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação a ser repartido em partes iguais (50% cada) entre o advogado do autor e os procuradores da União, nos termos do que dispõe o art. 86, *caput*, c/c o art. 85, §19, ambos do CPC/2015.

5. Apelo provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao apelo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVANTE: MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA, MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME
Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002896-08.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA, MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Master Formula Farmácia de Manipulação Ltda, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, interposto em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", que indeferiu o pedido de medida liminar, objetivando a suspensão da exigibilidade do recolhimento do PIS e da COFINS com a inclusão destas mesmas contribuições em suas bases de cálculo.

Alega, em síntese, que o c. STF se manifestou, a despeito desta alteração legislativa, e afastou a aplicabilidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, ao argumento de que ele não teria sido convalidado com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98. Referido dispositivo, além de afrontar a noção de faturamento (art. 195, I, CF/88), viola o § 4º desse artigo, quanto aos aspectos formais para a criação de uma nova fonte de custeio para a seguridade social.

Aduz que a exigência do PIS e da COFINS em suas próprias bases de cálculo deve ser afastada em razão de sua evidente inconstitucionalidade, eis que se trata de situação a qual deve ser conferido o mesmo entendimento jurídico em relação ao quanto 7 assentado pelo C. Supremo Tribunal Federal, especialmente no RE nº 574.760, submetido ao rito da repercussão geral, através do qual fora reconhecida a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das ditas contribuições conforme veremos adiante.

Foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intimada, a União Federal (Fazenda Nacional) apresentou contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002896-08.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA, MASTER FORMULA FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADOLPHO BERGAMINI - SP239953-A, DANIEL BIAGINI BRAZAO BARTKEVICIUS - SP346152-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em pese a longa e substanciosa argumentação da agravante, forçoso reconhecer que embora o c. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, não há como estender seus efeitos para o caso apresentado nos autos.

Observe que o mesmo Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a "base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente", daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo "por dentro", senão vejamos:

EMENTA: TRIBUTO. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo. Princípio da vedação ao bis in idem. TAXA SELIC. Aplicação para fins tributários. MULTA. Fixação em 20% do valor do tributo. Alegação de caráter confiscatório. Repercussão geral reconhecida. Possui repercussão geral a questão relativa à inclusão do valor do ICMS em sua própria base de cálculo, ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória.

(RE 582461 RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 22/10/2009, DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-06 PP-01160)

"EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Tributário. ICMS. Cálculo por dentro. Taxa SELIC. Constitucionalidade. Multa moratória de 10% sobre o valor do débito. Caráter confiscatório. Inexistência.

1. A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente.

2. Inexistência de violação do princípio da legalidade na incidência da Selic para a atualização de débito tributário, desde que exista lei legitimando o uso desse índice.

3. O acórdão recorrido encontra amparo na jurisprudência da Suprema Corte, segundo a qual não é confiscatória a multa moratória no importe de 10% (dez por cento).

4. Agravo regimental não provido.”

(ARE 897254 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. 1. CÁLCULO POR DENTRO E INCIDÊNCIA SOBRE OS ENCARGOS FINANCEIROS NAS VENDAS A PRAZO: CONSTITUCIONALIDADE. 2. TAXA SELIC. ATUALIZAÇÃO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE. 3. MULTA MORATÓRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(ARE 759877 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014)

No mesmo sentido, é o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, em julgamento de recurso (representativo da controvérsia):

RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR: TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. PIS/PASEP E COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA OU FATURAMENTO. INCLUSÃO DO ICMS.

1. A Constituição Federal de 1988 somente veda expressamente a inclusão de um imposto na base de cálculo de um outro no art. 155, §2º, XI, ao tratar do ICMS, quanto estabelece que este tributo: “XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configure fato gerador dos dois impostos”.

2. A contrario sensu é permitida a incidência de tributo sobre tributo nos casos diversos daquele estabelecido na exceção, já tendo sido reconhecida jurisprudencialmente, entre outros casos, a incidência: 2.1. Do ICMS sobre o próprio ICMS: repercussão geral no RE n. 582.461 / SP, STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.05.2011.

2.2. Das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS sobre as próprias contribuições ao PIS/PASEP e COFINS: recurso representativo da controvérsia REsp. n. 976.836 - RS, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.8.2010.

...

3. Desse modo, o ordenamento jurídico pátrio comporta, em regra, a incidência de tributos sobre o valor a ser pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo. Ou seja, é legítima a incidência de tributo sobre tributo ou imposto sobre imposto, salvo determinação constitucional ou legal expressa em sentido contrário, não havendo aí qualquer violação, a priori, ao princípio da capacidade contributiva.

...

(REsp 1144469/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2016, DJe 02/12/2016)

Anoto-se, ainda, que a aplicação do entendimento do “tributo por dentro” se deve à mecânica, ou seja, à sistemática, razão pela qual, neste momento, não vislumbro relevância na tese da “base de cálculo” distinta.

Assim, em razão do exposto, entendo que, por ora, deve ser mantida a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do c. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO PIS E COFINS EM SUAS PRÓPRIAS BASES DE CÁLCULO. LEGALIDADE. RE Nº 574.706. EXTENSÃO DOS EFEITOS. INVIABILIDADE.

1. Empese a longa e substanciosa argumentação da agravante, forçoso reconhecer que embora o c. Supremo Tribunal Federal tenha fixado a tese de que o ICMS não incide nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, em repercussão geral, por ocasião do julgamento do RE nº 574.706/PR, não há como estender seus efeitos para o caso apresentado nos autos.
2. Observo que o mesmo c. Supremo Tribunal Federal também, em repercussão geral reconhecida, declarou que a “base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação de circulação de mercadorias, inclui o próprio montante do ICMS incidente”, daí porque entendo que, até o presente momento, não há qualquer declaração de inconstitucionalidade no chamado cálculo “por dentro”.
3. Anote-se, ainda, que a aplicação do entendimento do “tributo por dentro” se deve à mecânica, ou seja, à sistemática, razão pela qual, neste momento, não vislumbro relevância na tese da “base de cálculo” distinta.
4. Assim, em razão do exposto, entendo que, por ora, deve ser mantida a inclusão do PIS e da COFINS sobre suas próprias bases de cálculo (cálculo por dentro), aplicando-se o entendimento em vigor sobre a matéria específica do c. Supremo Tribunal Federal e do c. Superior Tribunal de Justiça.
5. Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e Des. Fed. MARLI FERREIRA. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE acompanhou pelo fundamento da ausência do perigo da demora., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004720-40.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RN COMERCIO VAREJISTA S.A

Advogados do(a) APELADO: CAMILAAKEMI PONTES - SP254628-A, MARIANA ZECHIN ROSAURO - SP207702-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004720-40.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RN COMERCIO VAREJISTAS.A

Advogado do(a) APELADO: FABIO MARTINS DE ANDRADE - SP186211-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107309578) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 95748714) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Leis 9.718/1998, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 é "o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas", abrangendo receitas outras que "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza". Sendo assim, permanece plenamente subsidiada em fundamentos legal e constitucional a inclusão dos tributos indiretos na base de cálculo dessas contribuições que incidem sobre a receita total das empresas. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 122745875).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5004720-40.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RN COMERCIO VAREJISTAS.A

Advogado do(a) APELADO: FABIO MARTINS DE ANDRADE - SP186211-S

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO CÍVEL (12081) Nº 5005133-04.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AUTOR: LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730-A
REU: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO (12081) Nº 5005133-04.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AUTOR: LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730-A
RÉU: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 6ª VARA FEDERAL, UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de exceção de suspeição oposta por LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA em face do MM. Juiz Federal HAROLDO NADER, da 6ª Vara Federal de Campinas/SP, sob a alegação de parcialidade para o desempenho de sua atuação funcional na Ação Popular nº 5003204-33.2018.4.03.6105.

Cuida-se, na origem, de Ação Popular ajuizada por RUBENS ALBERTO GATTI NUNES em face do excipiente e da União Federal pleiteando a cessação imediata e permanente de todas as benesses que lhe foram atribuídas por força do Decreto nº 6.381/2008, sob o argumento de que a sua condenação criminal o tornaria indigno da percepção de tais valores.

Ao receber a inicial, o Magistrado excepto deferiu a antecipação da tutela para suspender "todas as benesses atribuídas ao primeiro demandado, ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por força do Decreto nº 6.381/2008" (ID Num. 8251824 do processo originário).

Alega o excipiente que tomou conhecimento por meio de reportagem do veículo BBC Brasil, de que o Magistrado excepto publicou diversas cartas em um dos jornais de maior circulação do País - o jornal O Estado de S. Paulo - emitindo juízo de valor negativo sobre sua pessoa e sobre o partido político do qual ele é a maior liderança.

Afirma que, nas cartas publicadas, constariam as seguintes manifestações (ID Num. 3326210 - Pág. 9):

"Lula não aguenta mais falar do sítio e do triplex. E nós não aguentamos mais esperar que ele fale"

"Não sabia que Lula era bancário..."

"É óbvio que a manifestação desta quinta-feira tenha ocorrido em dia útil, com vale-transporte e alimentação. Seus manifestantes estão lá a serviço"

"Entendido. É o governo 'podrão' Fião"

"Após as concessões dos aeroportos, a concessão da pilotagem. A piloto entrega o comando ao co-piloto e é trancada fora da cabine, exatamente para que o avião não caia"

"A coragem, a astúcia e a dignidade de um filho ultrajado, Bernardo Cerveró, alvejaram Lula"

Sustenta que o art. 145, IV, do CPC, considera suspeito o juiz quando for "interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes" - hipótese em tudo semelhante ao do presente caso.

Requer o acolhimento da presente exceção, com a consequente remessa dos autos ao substituto legal.

O r. Magistrado excepto apresentou manifestação, rejeitando a alegação de suspeição (ID Num. 3326220).

Emparecer, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria da República, manifestou-se pelo acolhimento da exceção (ID Num. 3577408).

É o relatório.

INCIDENTE DE SUSPEIÇÃO (12081) Nº 5005133-04.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AUTOR: LUIZ INÁCIO LULADA SILVA
Advogado do(a) AUTOR: CRISTIANO ZANIN MARTINS - SP172730-A
RÉU: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 6ª VARA FEDERAL, UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A exceção deve ser rejeitada.

As partes possuem o direito de serem julgadas por um magistrado que não apresente qualquer interesse na resolução do conflito, conduzindo o processo de forma absolutamente isenta, independente e impessoal.

O princípio da imparcialidade do juiz, a despeito de não possuir expressa previsão constitucional, decorre da própria adoção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), que na lição de José Afonso da Silva, se caracteriza *"pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana"* (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª edição, Malheiros Editores, São Paulo/SP, 2014, pg. 122).

De toda forma, a garantia da imparcialidade está prevista em importantes documentos internacionais, tais como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH, art. 10) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º):

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Artigo 10. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Pacto de San José da Costa Rica,

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Em consonância com tais previsões, o CPC/2015 enumera as situações de impedimento e suspeição dos juízes em seus artigos 144 e 145, respectivamente. Para o caso em tela, cumpre transcrever o disposto no art. 145:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

Segundo a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de suspeição previstas no CPC são taxativas e devem ser interpretadas de forma restritiva:

PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE SUSPEIÇÃO. ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "C". NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que o rol do art. 145 do CPC/2015 (art. 135 do CPC/1973) é taxativo. Necessária ao provimento da exceção de suspeição a presença de uma das situações dele constantes. Precedentes: AgInt no AREsp 858.138/MG, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 8.3.2017; AgRg no AREsp 689.642/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14.8.2015; REsp 1.454.291/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.8.2014; e AgRg no AREsp 748.380/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.10.2015 (grifei).

(..)

(REsp 1686946/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DA MAGISTRADA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 135 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

(...)

3. As hipóteses previstas no art. 135 do CPC são taxativa e devem ser interpretadas de forma restritiva, sob o ônus de comprometer a garantia da independência funcional que assiste à autoridade jurisdicional no desempenho de suas funções. Precedentes: AgR no ExSusp .108/PA, Rel. Minstro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 28/05/2012, AgRg no ExSusp. 93/RJ, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Musi, DJe 23/05/2009.

(...)

(AgRg no AREsp 636.334/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015)

De acordo com o excipiente, as manifestações veiculadas em reportagens do O Estado de S. Paulo demonstram que o Magistrado excepto possui juízo de valor negativo sobre sua pessoa e sobre o partido político do qual ele é a maior liderança, o que resultaria em suspeição para o julgamento da ação originária, conforme a hipótese do inciso IV, do art. 145, do CPC (*"interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes"*).

Na exordial, foram transcritas 6 manifestações emitidas pelo excepto (ID Num. 3326210 - Pág. 9). Para fins de análise, foram enumeradas nestes termos:

- 1) "Lula não aguenta mais falar do sítio e do triplex. E nós não aguentamos mais esperar que ele fale"
- 2) "Não sabia que Lula era bancário..."
- 3) "É óbvio que a manifestação desta quinta-feira tenha ocorrido em dia útil, com vale-transporte e alimentação. Seus manifestantes estão lá a serviço"
- 4) "Entendido. É o governo 'podrão' Fija"
- 5) "Após as concessões dos aeroportos, a concessão da pilotagem. A pilota entrega o comando ao co-piloto e é trancada fora da cabine, exatamente para que o avião não caia"
- 6) "A coragem, a astúcia e a dignidade de um filho ultrajado, Bernardo Cerveró, alvejaram Lula"

Antes de analisar detidamente cada manifestação, deve-se salientar que o ordenamento jurídico preconiza que *"ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico"* (CPC, art. 18).

Segundo a reportagem do sítio eletrônico da BBC acostada nos autos (ID Num. 3326212), a manifestação de nº 3 foi feita *"sobre uma manifestação de rua do PT, em 21 de agosto de 2015"*.

A manifestação de nº 4 foi feita “sobre a gestão da ex-presidente Dilma Rousseff, em 31 de maio de 2015, referindo-se ao mundial de futebol disputado em 2014”.

Já a manifestação de nº 5 foi feita em defesa do impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff.

Assim, por não versarem diretamente sobre o excipiente, as manifestações de números 3, 4 e 5 não podem aqui ser analisadas.

Passando à análise das manifestações em que o excipiente é expressamente mencionado, a de nº 1 foi proferida “na edição do dia 17 de fevereiro de 2017 - o petista foi preso justamente depois de ser condenado pela segunda instância da Justiça no processo que gira em torno de um apartamento de três andares no balneário do Guarujá (SP)”.

O excepto assim afirmou: “Lula não aguenta mais falar do sítio e do triplex. E nós não aguentamos mais esperar que ele fale”.

Num exame pomnoriado, não se vislumbra em tal comentário qualquer julgamento depreciativo ou tendencioso, mas tão somente um anseio sobre a conclusão da situação pontual que passava o excipiente à época.

Na manifestação nº 2, o excepto disse: “Não sabia que Lula era bancário...”.

Segundo a reportagem da BBC, o comentário foi feito em “uma reportagem que mostrava o envolvimento de uma antiga cooperativa de bancários, a Bancoop, no caso do triplex. O ex-presidente Lula diz que nunca foi dono do triplex e nega ter recebido propina por meio do imóvel”.

O comentário do excepto possui nítida conotação irônica, fazendo referência à cooperativa de bancários supostamente envolvida no caso do triplex e da negativa do ex-Presidente quanto à propriedade do bem. Não houve, portanto, sentido depreciativo.

Por fim, na manifestação nº 6, o excepto afirmou: “A coragem, a astúcia e a dignidade de um filho ultrajado, Bernardo Cerveró, alvejaram Lula”.

Segundo a reportagem da BBC, o excepto elogiou “Bernardo Cerveró, filho do ex-diretor da Petrobras e delator Nestor Cerveró”, sendo que “Bernardo foi o autor das gravações que resultaram na prisão do ex-líder do governo Dilma no Senado, Delcídio do Amaral (MS)”.

Também não se verifica, de forma objetiva, indícios que atentem contra a dignidade do excipiente.

Assim, das provas que constam dos autos, não se extraem elementos que atestem, de forma categórica, a parcialidade do Magistrado a quo.

Sobre a necessidade de se demonstrar cabalmente o comportamento tendencioso do julgador, o E. Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. SUSPEIÇÃO. PRESSUPOSTOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA LIMINARMENTE.

1. A decisão agravada decidiu de forma cristalina e fundamentada ao afirmar que, da narrativa dos fatos, não se vê nenhuma das hipóteses legais definidas no art. 135 do Código de Processo Civil a configurar suspeição de parcialidade. Ademais, as razões apresentadas vieram completamente desprovidas de fundamento e comprovação.

2. O afastamento do juiz natural da causa, em razão do reconhecimento da suspeição, exige a demonstração um prévio comprometimento do julgador para decidir a causa, de modo a favorecer ou prejudicar uma das partes, situação que não identifique na hipótese.

3. Registre-se que simples decisões contrárias às pretensões deduzidas pelo excipiente não são suficientes para comprovar suspeição, porquanto não há nos autos nenhum elemento que demonstre eventual parcialidade do excepto (AgRg na ExSusp 95/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 7/10/2009, DJe 29/10/2009).

Agravo interno improvido.

(AgInt nos EDcl na ExSusp 166/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 15/02/2017, DJe 21/02/2017)

Não se pode olvidar que o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII) também é corolário do Estado Democrático de Direito. Daí porque o afastamento do Magistrado originariamente designado para a causa exige provas robustas de um prévio comprometimento direcionado a uma das partes, seja para favorecê-la ou para prejudicá-la, situação que não se constata no feito.

De igual forma, vigora no Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão, que é um direito individual integrante da própria dignidade da pessoa humana.

O direito à liberdade de expressão foi analisado pelo C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl 22328/RJ, proposta em face de decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística em um sítio eletrônico. A ementa do julgado ficou assim redigida:

Direito Constitucional. Agravo regimental em reclamação. Liberdade de expressão. Decisão judicial que determinou a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico. Afirmação ao julgado na ADPF 130. Procedência.

1. O Supremo Tribunal Federal tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial.
2. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões.
3. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades.
4. Eventual uso abusivo da liberdade de expressão deve ser reparado, preferencialmente, por meio de retificação, direito de resposta ou indenização. Ao determinar a retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico de meio de comunicação, a decisão reclamada violou essa orientação.
5. Reclamação julgada procedente.

(Rcl 22328, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, processo eletrônico DJe-090 divulg 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018)

Em seu voto, o eminente Ministro Relator pontuou cinco razões pelas quais a liberdade de expressão ostenta lugar privilegiado tanto no ordenamento jurídico interno como em documentos internacionais. São eles:

(i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático;

(ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial;

(iii) a busca da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias;

(iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente

(v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Também constou do voto a observação de que nenhum direito constitucional é absoluto, sendo que a própria Constituição impõe alguns limites ou qualificações à liberdade de expressão, tais como:

a) vedação do anonimato (art. 5º, IV);

b) direito de resposta (art. 5º, V);

c) restrições à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias (art. 220, § 4º);

d) classificação indicativa (art. 21, XVI); e

e) dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X).

Aplicando-se os elementos cognitivos acima descritos ao caso em espécie, conclui-se que as manifestações exaradas pelo excepto estão inseridas em sua liberdade de expressão, até porque, como exaustivamente analisado, foram proferidas sem que violassemos direitos da dignidade do excipiente.

É certo que, nos tempos atuais, com o avanço da tecnologia e a expansão dos fóruns e das redes sociais, a liberdade de expressão ganha novos contornos conceituais, o que fatalmente propicia o surgimento de conflitos.

Tamanha é a relevância do tema que no final do ano pretérito, o E. Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 305, de 17/12/2019, “estabelecendo os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário”.

Por redes sociais, a Resolução conceitua como sendo “*todos os sítios da internet, plataformas digitais e aplicativos de computador ou dispositivo eletrônico móvel voltados à interação pública e social, que possibilitem a comunicação, a criação ou o compartilhamento de mensagens, de arquivos ou de informações de qualquer natureza*” (art. 2º, parágrafo único).

Já em seu art. 3º, constam recomendações aos Magistrados com relação à presença nas redes sociais (inciso I) e ao teor das manifestações (inciso II):

Art. 3º A atuação dos magistrados nas redes sociais deve observar as seguintes recomendações:

I – Relativas à presença nas redes sociais:

- a) adotar postura seletiva e criteriosa para o ingresso em redes sociais, bem como para a identificação em cada uma delas;
- b) observar que a moderação, o decoro e a conduta respeitosa devem orientar todas as formas de atuação nas redes sociais;
- c) atentar que a utilização de pseudônimos não isenta a observância dos limites éticos de conduta e não exclui a incidência das normas vigentes;
- d) abster-se de utilizar a marca ou a logomarca da instituição como forma de identificação pessoal nas redes sociais.

II – Relativas ao teor das manifestações, independentemente da utilização do nome real ou de pseudônimo:

- a) evitar expressar opiniões ou compartilhar informações que possam prejudicar o conceito da sociedade em relação à independência, à imparcialidade, à integridade e à idoneidade do magistrado ou que possam afetar a confiança do público no Poder Judiciário;
- b) evitar manifestações que busquem autopromoção ou superexposição;
- c) evitar manifestações cujo conteúdo, por impróprio ou inadequado, possa repercutir negativamente ou atente contra a moralidade administrativa, observada sempre a prudência da linguagem;
- d) procurar apoio institucional caso seja vítima de ofensas ou abusos (cyberbullying, trolls e haters), em razão do exercício do cargo;
- e) evitar expressar opiniões ou aconselhamento em temas jurídicos concretos ou abstratos que, mesmo eventualmente, possam ser de sua atribuição ou competência jurisdicional, ressalvadas manifestações em obras técnicas ou no exercício do magistério;
- f) abster-se de compartilhar conteúdo ou a ele manifestar apoio sem convicção pessoal sobre a veracidade da informação, evitando a propagação de notícias falsas (fake news);

Do extenso rol de recomendações, não se constata que o Magistrado excepto, nas manifestações exaradas nas cartas ao jornal O Estado de S. Paulo, tenha extrapolado o seu direito à liberdade de expressão.

Em síntese, não se vislumbram provas cabais para afastar a presunção de imparcialidade do excepto, devendo ser respeitado o princípio do juiz natural ao caso em análise.

Ante o exposto, rejeito a exceção de suspeição.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. AÇÃO POPULAR. MANIFESTAÇÕES PUBLICADAS EM FÓRUM DE COMUNICAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 145 DO CPC. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXCEÇÃO REJEITADA.

1. As partes possuem o direito de serem julgadas por um magistrado que não apresente qualquer interesse na resolução do conflito, conduzindo o processo de forma absolutamente isenta, independente e impessoal.
2. O princípio da imparcialidade do juiz, a despeito de não possuir expressa previsão constitucional, decorre da própria adoção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), que na lição de José Afonso da Silva, se caracteriza “*pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana*” (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 37ª edição, Malheiros Editores, São Paulo/SP, 2014, pg. 122).
3. De toda forma, a garantia da imparcialidade está prevista em importantes documentos internacionais, tais como na Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH, art. 10) e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º).
4. Em consonância com tais previsões, o CPC/2015 enumera as situações de impedimento e suspeição dos juízes em seus artigos 144 e 145, respectivamente.
5. Segundo a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça, as hipóteses de suspeição previstas no CPC são taxativas e devem ser interpretadas de forma restritiva.
6. Das provas que constam dos autos, não se extraem elementos que atestem, de forma categórica, a parcialidade do Magistrado *a quo*.
7. Não se pode olvidar que o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII e LIII) também é corolário do Estado Democrático de Direito. Daí porque o afastamento do Magistrado originariamente designado para a causa exige provas robustas de um prévio comprometimento direcionado a uma das partes, seja para favorecê-la ou para prejudicá-la, situação que não se constata no feito.
8. De igual forma, vigora no Estado Democrático de Direito a liberdade de expressão, que é um direito individual integrante da própria dignidade da pessoa humana.
9. Exceção de suspeição rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar a exceção de suspeição, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026659-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: R G M INFORMATICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, R G M INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5026659-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: R G M INFORMATICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, R G M INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 123755599) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 90419053) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, para reconhecer indevido o direito à restituição em sede mandamental (ID 107304071) e deu provimento à apelação da impetrante para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, observados a prescrição quinquenal e o disposto no art. 170-A, do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 125600908).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5026659-76.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: R G M INFORMATICA LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, R G M INFORMATICA LTDA
Advogado do(a) APELADO: LISANDRA FLYNN PETTI - SP257441-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

-Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

-No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

-A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

-In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

-Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

-O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

-No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

-A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

-No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

-Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003241-19.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PAJULE EMBALAGENS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: ABRAO MIGUEL NETO - SP134357-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003241-19.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PAJULE EMBALAGENS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: ABRAO MIGUEL NETO - SP134357-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107304413) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 102404429) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que sendo o ICMS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada deixou de se manifestar (ID 122946152).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003241-19.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PAJULE EMBALAGENS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: ABRAO MIGUEL NETO - SP134357-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalam a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022947-74.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: FORMTAP INDUSTRIA E COMERCIO S/A

Advogados do(a) AGRAVADO: BRUNO AUGUSTO WANDERLEY - SP362741, WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022947-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: FORMTAP INDUSTRIA E COMERCIO S/A
Advogados do(a) AGRAVADO: BRUNO AUGUSTO WANDERLEY - SP362741, WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela União Federal em face da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo" que autorizou o levantamento dos depósitos judiciais efetuados no mandado de segurança no qual busca declarar a inconstitucionalidade e ilegalidade de inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS.

Alega, em síntese, que o MM. Juízo *a quo* determinou o levantamento do saldo remanescente depositado nos autos de origem, sem apurar o valor do ICMS destacado de suas notas fiscais, e não aquele ICMS a recolher, deixando de aplicar o entendimento posto na Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018.

Em sua contramínuta, a agravada procura demonstrar que o Agravo de Instrumento não merece acolhimento, pois as alegações da agravante são genéricas, abordando questão de mérito discutido no RE 574.706, sendo inconcebível que as razões aventadas no recurso sirvam para obstar a expedição de alvará do saldo remanescente dos valores depositados em juízo.

Foi deferido o pedido de efeito suspensivo, para determinar a manutenção dos depósitos efetuados pela Agravada até o julgamento definitivo deste recurso (ID 102003487).

A agravada opôs embargos de declaração.

Intimada, a embargada manifestou-se pela rejeição dos embargos.

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Desta decisão a parte agravada FORMTAP INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. interpôs agravo interno.

A União Federal manifestou-se pelo não provimento do agravo interno.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022947-74.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: FORMTAP INDUSTRIA E COMERCIO S/A
Advogados do(a) AGRAVADO: BRUNO AUGUSTO WANDERLEY - SP362741, WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR - SP41830-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade do levantamento dos depósitos efetuados pela impetrante a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendendo a União Federal pelos valores efetivamente recolhidos e não o destacado na nota fiscal, nos termos da Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...). "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para pensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são devidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Deste modo, quanto ao saldo remanescente a ser levantado pela impetrante/agravada, não há que se apurar o valor do ICMS efetivamente recolhido.

Por tais razões, nego provimento ao agravo de instrumento. Prejudicado o agravo interno.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1. Cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade do levantamento dos depósitos efetuados pela impetrante a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, entendendo a União Federal pelos valores efetivamente recolhidos e não o destacado na nota fiscal, nos termos da Solução de Consulta Interna COSIT nº 13/2018.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

4. Agravo de instrumento improvido. Agravo interno prejudicado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo de instrumento, prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024324-50.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HONDA SERVICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5024324-50.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HONDA SERVICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 112834418) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) e agravo interno (ID 122865098) interposto por Honda Serviços Ltda. contra a decisão proferida por este Relator (ID 82835800) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para reconhecer indevido o direito à restituição em sede mandamental (ID 104902820).

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que sendo o ISS tributo indireto, repassado para "dentro" do preço de venda, sua importância correspondente deve ser tributada pelas exações que incidem sobre o faturamento ou a receita bruta total das empresas; no caso, a COFINS e o PIS/PASEP. Alega, também, que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616 (tema 118 - ISS).

Já a impetrante, por sua vez, requer a declaração do direito à repetição do indébito, através das suas três espécies, a saber (i) compensação, (ii) restituição pela via administrativa e (iii) restituição pela via judicial dos valores indevidamente pagos.

Intimadas, manifestaram-se a União Federal (ID 124077283) e a impetrante (ID 124077283).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5024324-50.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HONDA SERVICOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

No presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante à não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP; Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017, D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALEBRI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUNÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

- Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

- No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

- In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

- Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no Resp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

- O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquele estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais nº 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida. "

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

No mais, é bem de ver que a jurisprudência se consolidou pela possibilidade de utilização do mandado de segurança para declaração do direito de compensação, nos termos da Súmula nº 213 do Superior Tribunal de Justiça:

"O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."

O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula nº 269 do e. STF:

"O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança."

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento aos agravos.

É o voto.

EMENTA

AGRAVOS INTERNOS EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. RESTITUIÇÃO. AGRAVOS IMPROVIDOS.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF, do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. O mandado de segurança, no entanto, não é via adequada para o pleito de repetição de indébito, pela restituição, porque não é substitutivo de ação de cobrança, conforme a Súmula nº 269 do e. STF.
5. Agravos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento aos agravos, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0007718-42.2012.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: CARGILL AGRICOLA S.A, ADVANTAGEM PARTICIPACAO E SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA., ARMAZENS GERAIS CARGILL LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0007718-42.2012.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: CARGILL AGRICOLA S.A, ADVANTAGEM PARTICIPACAO E SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA., ARMAZENS GERAIS CARGILL LTDA.

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

Advogado do(a) PARTE AUTORA: MURILO GARCIA PORTO - SP224457-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por CARGILL AGRICOLA S/A, ADVANTAGEM PARTICIPAÇÃO E SERVIÇOS IMOBILIÁRIOS LTDA e ARMAZENS GERAIS CARGILL LTDA, em face do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO, objetivando provimento jurisdicional que determine à autoridade impetrada que proceda à análise conclusiva das Manifestações de Inconformidade interpostas nos Processos Administrativos nºs 10880.939.826/2009-01, 10880.939.833/2009-02, 10880.918.121/2010-85, 16561.000.090/2009-60 e 10880.936.524/2010-14 protocolizadas em 17/06/2009, 17/06/2009, 24/06/2010, 17/11/2009 e 17/08/2010, respectivamente, e até então sem manifestação por parte da autoridade impetrada.

Alegam os impetrantes que a demora ou ausência de análise do pedido está lhes causando diversos prejuízos.

A medida liminar foi concedida às fls. 150/152.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou procedente a ação, concedendo a segurança para determinar à autoridade impetrada que conclua a análise das Manifestações de Inconformidade interpostas nos Processos Administrativos descritos na inicial, respectivamente, no prazo de 60 (sessenta) dias. Sem condenação em honorários advocatícios (fls. 178/180- ID 92942873).

Sem recursos voluntários, os autos foram remetidos a esta E. Corte por força da remessa oficial.

O Ministério Público Federal, em seu parecer nesta instância, manifesta-se pelo não conhecimento da presente remessa oficial (fls. 256/256).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 0007718-42.2012.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

PARTE AUTORA: CARGILL AGRICOLA S.A, ADVANTAGEM PARTICIPACAO E SERVICOS IMOBILIARIOS LTDA., ARMAZENS GERAIS CARGILL LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Trata-se de reexame necessário de sentença concessiva da segurança, que determinou à Autoridade Impetrada que conclua a análise das Manifestações de Inconformidade interpostas nos Processos Administrativos nºs 10880.939826/2009-01, 10880.939.833/2009-02, 10880.918.121/2010-85, 16561.000.090/2009-60 e 10880.936.524/2010-14, no prazo de 60 dias.

Pois bem. O artigo 5º em seu inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estabelece como direito fundamental a duração razoável do processo tanto administrativo como judicial com o objetivo de atender adequadamente as necessidades sociais.

O art. 24, da Lei nº 11.457/2007, prevê que é obrigatório que a decisão administrativa seja proferida no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte".

O entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.138.206/RS, submetido à sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, é no sentido de que conclusão de processo administrativo tributário em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade, nos termos do artigo 24 da Lei nº 11.457/07. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. 1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." 2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MÚSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte. 4. Ad argumentandum tantum, dadas as peculiaridades da seara fiscal, quicquid fosse possível a aplicação analógica em matéria tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis: "Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001) I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto; II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada. § 1º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas. § 2º Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos." 5. A Lei nº 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos s, litteris: "Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativo s do contribuinte." 6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes. 7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07). 8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(RESP 200900847330, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/09/2010)

In casu, depreende-se dos autos que os pedidos administrativos nos Processos Administrativos nºs 10880.939.826/2009-01, 10880.939.833/2009-02, 10880.918.121/2010-85, 16561.000.090/2009-60 e 10880.936.524/2010-14 protocolizadas em 17/06/2009, 17/06/2009, 24/06/2010, 17/11/2009 e 17/08/2010 e quando do ajuizamento deste *mandamus*, em 02/05/2014, ainda não haviam sido apreciados, ou seja, já havia transcorrido o lapso temporal preconizado pela Lei nº 11.547/2007.

Ainda que se alegue a existência de um volume muito grande de processos no âmbito administrativo, o particular não pode ser prejudicado pela ausência de mecanismos suficientes para o cumprimento dos prazos atribuídos ao Poder Público.

Destarte, restando configurada a ilegalidade da autoridade pública a ferir o direito líquido e certo da Impetrante quando da demora na análise dos pedidos administrativos, mister a manutenção da r. sentença.

Ante o exposto, nego provimento à remessa oficial.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 24 DA LEI 11.457/07. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O artigo 5º em seu inciso LXXVIII, da Constituição Federal, estabelece como direito fundamental a duração razoável do processo tanto administrativo como judicial com o objetivo de atender adequadamente as necessidades sociais. A omissão administrativa configura afronta à regra legal e aos princípios administrativos preconizados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

2. A Lei nº 11.457/07, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

3. *In casu*, depreende-se dos autos que os pedidos administrativos nos Processos Administrativos nºs 10880.939.826/2009-01, 10880.939.833/2009-02, 10880.918.121/2010-85, 16561.000.090/2009-60 e 10880.936.524/2010-14 protocolizadas em 17/06/2009, 17/06/2009, 24/06/2010, 17/11/2009 e 17/08/2010 e quando do ajuizamento deste *mandamus*, em 02/05/2014, ainda não haviam sido apreciados, ou seja, já havia transcorrido o lapso temporal preconizado pela Lei nº 11.547/2007.

4. Ainda que se alegue a existência de um volume muito grande de processos no âmbito administrativo, o particular não pode ser prejudicado pela ausência de mecanismos suficientes para o cumprimento dos prazos atribuídos ao Poder Público.

5. Remessa oficial desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002442-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ESTRELLA DE GALICIA IMPORTACAO E COMERCIALIZACAO DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO HENRIQUE ANDRADE DOS SANTOS - RJ133340-A, ANDRE LUIZ PINHEIRO TEIXEIRA - RJ77351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002442-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESTRELLA DE GALICIA IMPORTACAO E COMERCIALIZACAO DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO HENRIQUE ANDRADE DOS SANTOS - RJ133340-A, ANDRE LUIZ PINHEIRO TEIXEIRA - RJ77351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120343671) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 108241252) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar e negou provimento à apelação da União Federal.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123762448).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002442-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ESTRELLA DE GALICIA IMPORTACAO E COMERCIALIZACAO DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO HENRIQUE ANDRADE DOS SANTOS - RJ133340-A, ANDRE LUIZ PINHEIRO TEIXEIRA - RJ77351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana a fundamentação anterior.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui recadao do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRADO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609.

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a exatidão dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5031631-55.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VOLO ARMAZENAGEM E LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A, MILTON FLAVIO DE ALMEIDA CAMARGO LAUTENSCHLAGER - SP162676-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031631-55.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VOLO ARMAZENAGEM E LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A, MILTON FLAVIO DE ALMEIDA CAMARGO LAUTENSCHLAGER - SP162676-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120343645) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 107869982) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, apenas para reconhecer a impossibilidade da repetição de valores nos presentes autos.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a exclusão do ISS não se encontra abrangido pelo julgamento proferido pelo E. STF no RE nº 574.706, sendo que o C. STJ já se pronunciou em sede de Recurso Especial Repetitivo nº 1.330.737 pela sua inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS. Por fim, alega que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123376424).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5031631-55.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VOLO ARMAZENAGEM E LOGISTICA LTDA.

Advogados do(a) APELADO: MARICIA LONGO BRUNER - SP231113-A, MILTON FLAVIO DE ALMEIDA CAMARGO LAUTENSCHLAGER - SP162676-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana a fundamentação anterior.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, coma compensação/repetição dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/77, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS. NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALEIRBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHNSOMDI SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, verbis:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

-Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

-No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

-A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

-In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

-Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

-O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

- No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

- A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do C.J.F, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

- No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

- Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, raciocínio também aplicável ao ISS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018)

A propósito, destaco que E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação coma definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'.

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000662-70.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000662-70.2018.4.03.6128

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA

Advogado do(a) APELADO: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 120068879) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 94419036) que, nos termos do artigo 932, do CPC, rejeitou a matéria preliminar, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial e deu provimento à apelação da impetrante, para reconhecer o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observados a prescrição quinquenal e o art. 170-A, do CTN.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que é constitucional a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Alega, ainda, que deve ser aplicada a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018 da COSIT, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Por fim, requer a suspensão do feito até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123389257).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000662-70.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, REVIMAQ ASSISTENCIA TECNICA DE MAQUINAS E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: KELLY CRISTINE PEREIRA ARTEM - SP202910-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE nº 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não devida dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) 'Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições'

Nesse sentido, já se manifestou esta E. Turma. Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. RE 574.706/PR. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Foram abordadas todas as questões debatidas pela Agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão do RE nº 574.706/PR, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706/PR, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- O próprio STF tem aplicado orientação firmada a casos similares: RE nº 939.742/RS e RE 1088880/RN; RE 1066784/SP; RE 1090739/SP; RE 1079454/PR; ARE 1038329/SP; RE 1017483/SC, RE 1004609

- O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal.

- Dessa forma, são indevidos os recolhimentos efetuados com incidência do ICMS na base de cálculos do PIS/COFINS, ressalvado, porém, o direito da autoridade administrativa em proceder a plena fiscalização acerca da existência ou não de créditos a serem compensados, a extinção dos números e documentos comprobatórios, além dos já colacionados aos autos, e o quantum.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

-Negado provimento ao agravo interno."

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, Ap - APELAÇÃO - 5004221-56.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 10/09/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 06/12/2018).

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001765-36.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: A.M.MARXSEN ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA

Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP340618-A, NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A, ROBINSON VIEIRA - SP98385-A

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001765-36.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: A.M.MARXSEN ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP340618-A, NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A, ROBINSON VIEIRA - SP98385-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 107506572) interposto pela União Federal (Fazenda Nacional) contra a decisão proferida por este Relator (ID 97959165) que, nos termos do artigo 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

Em suas razões de inconformismo a União Federal, alega, em síntese, que a base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Leis 9.718/1998, nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003 é "o total das receitas auferidas pelas pessoas jurídicas", abrangendo receitas outras que "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza". Sendo assim, permanece plenamente subsidiada em fundamentos legal e constitucional a inclusão dos tributos indiretos na base de cálculo dessas contribuições que incidem sobre a receita total das empresas. Alega, ainda que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706 e do julgamento do RE nº 592.616.

Intimada, a parte agravada manifestou-se nos autos (ID 123335086).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 5001765-36.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: A.M.MARXSEN ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogados do(a) APELADO: RITA DE CASSIA SALLES PELLARIN - SP340618-A, NICOLAU ABRAHAO HADDAD NETO - SP180747-A, ROBINSON VIEIRA - SP98385-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões expostas pela agravante em nada abalana anterior fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitera-se que, no presente feito, cinge-se o objeto da controvérsia à legalidade da inclusão dos valores arrecadados a título de ISSQN na base de cálculo do PIS e da COFINS, com a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

O Plenário do e. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Nem se alegue contrariedade à Lei nº 12.973/2014, que ampliou o conceito de receita bruta, ao dar nova redação ao artigo 12 do DL nº 1.598/1977, posto que suas modificações contrariam o que restou decidido pelo Pretório Excelso no RE 574.706, ou seja, ainda que o julgado tenha levado em consideração a legislação anterior acerca da matéria, tal lei faz menção ao conceito de faturamento mantendo a inclusão do tributo (ICMS) em total desacordo à decisão vinculante do E. STF.

Dessa forma, independentemente do quanto disposto pela Lei nº 12.973/2014, deve prevalecer o entendimento adotado pelo c. Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que o entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.

Dessa forma, tanto o ICMS como o ISS não podem integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, posto que os referidos impostos não configuram faturamento ou receita do contribuinte, mas tributos devido aos Estados/Municípios.

No mesmo sentido, já se manifestou a Egrégia Segunda Seção desta Corte. Confira-se:

"EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DE PIS/COFINS. POSSIBILIDADE. DECISÃO STF. PRECEDENTES DESTA CORTE. EMBARGOS INFRINGENTES PROVIDOS.

I - A questão posta nos autos diz respeito à possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. É certo que as discussões sobre o tema são complexas e vêm de longa data, suscitando várias divergências jurisprudenciais até que finalmente restasse pacificada no recente julgamento do RE 574.706.

II - As alegações do contribuinte e coadunam com o posicionamento atual da Suprema Corte, conforme o RE 574.706/PR, julgado na forma de recurso repetitivo.

III - E não se olvide que o mesmo raciocínio no tocante a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS se aplica ao ISS.

IV - Embargos infringentes providos."

(Emb. Infringentes 2014.61.00.001887-9/SP, Relator Desembargador Federal ANTÔNIO CEDENHO, Segunda Seção, j. 02/05/2017; D.E. 15/05/2017; destacou-se)

A ata do referido julgamento restou assim concluída:

"JULGADO EMBARGOS INFRINGENTES (DECISÃO: 'A SEGUNDA SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA QUE PREVALEÇA O VOTO VENCIDO NO SENTIDO DA NÃO INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DOS PIS/COFINS, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR FEDERAL ANTÔNIO CEDENHO (RELATOR). VOTARAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS MÔNICA NOBRE, MARCELO SARAIVA, DIVA MALERBI, ANDRÉ NABARRETE, FÁBIO PRIETO, NERY JÚNIOR, CARLOS MUTA, CONSUELO YOSHIDA, JOHONSOMD/ SALVO E NELTON DOS SANTOS. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA.) (RELATOR P/ACORDÃO: DES.FED. ANTONIO CEDENHO) (EM 02/05/2017)"

E ainda, colaciono precedente desta E. Turma, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO. PIS E COFINS. EXCLUSÃO. ISS. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS MORATÓRIOS. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA.

-O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), como noticiado em 15/03/2017, por maioria de votos, decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

-Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

-No que toca a eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, não é possível nesta fase processual, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação. A regra geral relativa aos recursos extraordinários julgados com repercussão geral é de vinculação dos demais casos ao julgado e a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

-A recente posição do STF sobre o descabimento da inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do PIS/COFINS aplica-se também ao caso da inclusão do ISS, já que a situação é idêntica.

-In casu, o acórdão prolatado está em divergência com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cabendo, nos termos do art. 1.040, II, NCPC (antigo art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC 1973), retratação para adequação à jurisprudência.

-Em relação ao pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, sob o argumento de não se enquadrar no conceito de faturamento, nos termos em que estabelecem o art. 195, I, da Constituição Federal, anoto que em relação a prova pré-constituída, no REsp nº 1.111.164/BA - Recurso repetitivo - art. 543-C do CPC/1973, representativo da controvérsia, restou sedimentada a necessidade da comprovação dos valores que o impetrante pretende compensar, mediante a juntada aos autos das respectivas guias de recolhimento.

-O regime aplicável à compensação tributária, conforme entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, é aquele vigente à época do ajuizamento da demanda (RESP 1.137.738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010).

-No entanto, somente poderá ser efetuada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos em que decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, submetido ao rito dos recursos repetitivos.

-A correção do indébito deve ser aquela estabelecido no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que incluiu os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

-No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, que embute em seu cálculo juros e correção monetária, bem como são contados do pagamento indevido, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95. Ao consagrar essa orientação, a corte superior afastou a regra do parágrafo único do artigo 167 do Código Tributário Nacional, que prevê o trânsito em julgado da decisão para sua aplicação.

-Apelação da Autora provida."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 339384 - 0023076-81.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/12/2017).

O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, raciocínio também aplicável ao ISS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 300605 - 0002938-20.2007.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 24/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/01/2018)

A propósito, destaco que E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

Assim, a decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM MANDO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ISS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e deste Eg. Tribunal, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. O entendimento aplicado ao ICMS deve ser estendido ao ISS uma vez que tais tributos apresentam a mesma sistemática de arrecadação.
4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao presente agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0500480-87.1994.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRANCAR-VEICULOS E SERVICOS LTDA - ME, LUIS CARLOS KAUFFMANN, ARMANDO GEORGE NIETO

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0500480-87.1994.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRANCAR-VEICULOS E SERVICOS LTDA - ME, LUIS CARLOS KAUFFMANN, ARMANDO GEORGE NIETO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 129666021) opostos pela União Federal, em face de v. acórdão de fls. 198/199 que, por unanimidade, negou provimento ao reexame necessário e ao recurso de apelação da União Federal.

O v. acórdão foi proferido em sede de execução fiscal, na qual se objetivou a cobrança de crédito tributário (PIS - Receitas Operacionais), com vencimentos entre 05.04.1991 e 06.01.1992, tendo sido constituído o crédito pelo Termo de Confissão Espontânea, com notificação via postal, com aviso de recebimento, em 18.01.1993, com inscrição na dívida ativa em 19.04.1993.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

"TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CITAÇÃO DA EMPRESA EXECUTADA E DO SÓCIO, POR EDITAL, APÓS O TRANSCURSO DE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO.

I - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJE 21/5/2010). Nesse sentido: EDe1 no RESP nº 362.256/SC.

II - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

III - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

IV - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

V - Despacho citatório proferido em 17.02.1994, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

VI - Tendo sido ajuizada a execução fiscal anteriormente ao advento da Lei Complementar nº 118/05, a interrupção do prazo prescricional somente ocorre com a citação do devedor (art. 174, parágrafo único, I e III, do CTN, na redação original). Havendo citação válida dentro do prazo legal (art. 219, § 1º e 2º, do CPC/73) ou cujo atraso não seja de responsabilidade exclusiva da exequente (Súmula 106/STJ), a interrupção retroagirá à data da propositura da execução fiscal.

VII - No caso dos autos, o débito foi constituído definitivamente em 18.01.1993 e a execução fiscal foi proposta em 18.01.1994.

VIII - Na hipótese em tela houve tanto a citação da empresa executada como do sócio, por edital, na mesma data, em 31.10.2008, não sendo, em nenhum dos casos, hipótese de aplicação da Súmula 106/STJ, eis que a demora da citação tanto da empresa executada como do sócio, além da ausência de satisfação do crédito tributário, não ocorreram por motivos inerentes ao mecanismo da justiça.

IX - A citação da empresa interrompe o prazo prescricional em relação aos seus sócios para fins de redirecionamento da execução, devendo, no entanto, ser efetuada a citação desses responsáveis no prazo de cinco anos a contar daquela data, conforme preconiza o artigo 174 do CTN. Ocorre que o caso dos autos a empresa executada foi citada quando já ultrapassado o prazo prescricional.

X - Não obstante o ajuizamento da ação dentro do prazo prescricional, considerando a demora da citação da empresa executada e do sócio, entende-se que o crédito em questão encontra-se prescrito, uma vez que transcorreu o prazo superior ao descrito no art. 174, do CTN entre a constituição do crédito tributário que se deu em 18.01.1993 e a citação da empresa executada e do sócio, por edital, ocorrida somente em 31.10.2008, ou seja, mais de quinze anos após a constituição definitiva do crédito.

XI - Reexame necessário improvido. Recurso de apelação da União improvido.

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omissivo, pois quanto ao fato de que houve citação de um dos co-executados por edital em 28/09/2001 (fl. 37), e por essa razão não há que se falar em prescrição no presente caso, bem como pela aplicação da Súmula nº 106 do C. STJ. Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Restou impossibilitada a intimação da parte executada, tendo em vista que não houve o aperfeiçoamento da relação jurídica processual no 1º grau de jurisdição e/ou não há advogado constituído nos autos.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0500480-87.1994.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: GRANCAR-VEICULOS E SERVICOS LTDA - ME, LUIS CARLOS KAUFFMANN, ARMANDO GEORGE NIETO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme a r. sentença, em que pese ter havido a citação por edital do sócio Luis Carlos Kaufman em 28.09.2001, esta não é hábil para interromper a prescrição.

No caso, a citação e intimação por edital foi em razão do arresto do veículo indicado pela exequente.

Ainda, mesmo que tal citação interrompa o prazo prescricional, já havia transcorrido o prazo do art. 174 do CTN, pois os débitos tinham vencimentos entre 05.04.1991 e 06.01.1992, tendo sido constituído o crédito pelo Termo de Confissão Espontânea, com notificação via postal, com aviso de recebimento, em 18.01.1993, com inscrição na dívida ativa em 19.04.1993 e ajuizamento da presente execução fiscal em 17.01.1994.

Ademais, conforme o disposto no v. acórdão, não obstante o ajuizamento da ação dentro do prazo prescricional (17.01.1994), considerando a demora da citação da empresa executada (31.10.2008) e do sócio (28.09.2001), entende-se que o crédito em questão encontra-se prescrito, uma vez que transcorreu o prazo superior ao descrito no art. 174, do CTN entre a constituição do crédito tributário que se deu em 18.01.1993 e a citação da empresa executada e do sócio, por edital, ocorrida somente em 31.10.2008, ou seja, mais de quinze anos após a constituição definitiva do crédito.

Resumindo, constituição dos créditos em 18.01.1993 e a primeira citação por edital do sócio em 28.09.2001 e a citação da empresa também por edital em 31.10.2008, já havia transcorrido o prazo prescricional do art. 174, do CTN (redação original).

Ou ainda, execução fiscal ajuizada em 17.01.1994 e considerando a primeira citação do sócio por edital em 28.09.2001, também já havia transcorrido superior a cinco anos, ou mesmo não observadas as disposições do art. 219, do CPC/1973.

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam, art. 174, do CTN e Súmula nº 106 do C. STJ, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despicenda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, sendo que a Des. Fed. MÔNICA NOBRE declarou seu impedimento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002815-19.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogado do(a) APELANTE: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS, SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A.

Advogado do(a) APELADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002815-19.2006.4.03.6182

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS

Advogado do(a) APELANTE: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS, SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A.

Advogado do(a) APELADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

Advogado do(a) APELADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A.

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração de fls. 303/307 opostos pela União Federal (Fazenda Nacional) em face do v. acórdão de fls. 300/301 que, por unanimidade, negou provimento às apelações e à remessa oficial.

O v. acórdão foi proferido em sede de embargos à execução fiscal opostos por ABN Amro Real Corretora de Câmbio e Valores Imobiliários SIA (atual Santander Corretora de Câmbio) em face à execução fiscal que tem por objeto a cobrança de créditos tributários (IRPJ/IRRF) cujo valor constante na CDA é de R\$ 469.566,95.

O MM. Juízo *a quo*, proferiu a r. sentença (fls. 87/89, 129/130 e 245), julgando procedentes os embargos à execução fiscal decretando a insubsistência do título que dá base à execução fiscal nº 2005.61.82.023055-7, em apenso, ante a ocorrência da prescrição. A embargada foi condenada no pagamento dos honorários advocatícios fixados em 2% do valor da causa. Foi determinada a remessa oficial.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. RESP 1.120.295/SP. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. O crédito tributário cobrado na execução fiscal foi constituído por meio de declaração do próprio contribuinte (DCTF) referente ao exercício dos anos de 1998/99, cujos vencimentos constantes da CDA são: 16/09/1998, 27/01/1999, 03/03/1999 e 31/03/1999 (fls. 05/12 apenso).

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação a notificação do contribuinte se dá no momento da entrega da declaração do contribuinte, sendo dispensável a notificação prévia e a instauração de procedimento administrativo para cobrança de eventuais valores não pagos.
3. Nesses casos, não havendo pagamento antecipado a se homologar, a constituição definitiva do crédito tributário ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais ou declaração de rendimentos ao Fisco, passando a ser exigível do dia seguinte ao vencimento previsto na declaração ou da entrega da declaração pelo contribuinte, o que for posterior.
4. Restou consignado no Resp 1.120.295/SP, representativo da controvérsia que a interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC n° 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional.
5. No caso dos autos, não havendo informação acerca da data da entrega da declaração, utiliza-se a data do vencimento como dias a quo para contagem do prazo prescricional. Verifica-se que a execução fiscal foi ajuizada em 01/04/2005 (fl. 02 apenso), o despacho citatório em 01/07/2005 (fl. 14 apenso) e a citação ocorreu em 19/12/2005 (fl. 31 apenso).
6. Iniciado o transcurso do prazo prescricional em 31/03/1999 (data do último vencimento do crédito) a prescrição operaria seus efeitos a partir de 30/03/2004 e como ajuizada a execução fiscal somente em 01/04/2005, obviamente ocorreu a prescrição.
7. O C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "A orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção firmou-se no sentido da desnecessidade de observância dos limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC, quando a condenação em honorários ocorra em uma das hipóteses do § 4º do mesmo dispositivo, tendo em vista que a remissão aí contida aos parâmetros a serem considerados na 'apreciação equitativa do juiz' refere-se às alíneas do § 3º, e não ao seu caput."
8. Observado o valor da causa (R\$ 469.566,95 atualizado até 2005), o trabalho do profissional, a complexidade do caso e levando em consideração a dicção do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, entendo que o valor fixado na r. sentença não merece reparo, conforme o entendimento prevalecente nesta E. Quarta Turma.
9. Apelos e remessa oficial desprovidos."

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omissivo, pois no caso concreto, a declaração de rendimentos que deu suporte ao lançamento" por homologação foi entregue em 30/09/2004, conforme extrato anexo, a retificadora substituiu integralmente a DCF-T anterior/cancelada, por sua vez, a inscrição foi efetivada em 31/01/2005, e o ajuizamento em ocorreu em 01/04/2005, com despacho citatório em 01/07/2005 e citação em 19/12/2005, não ocorrendo a prescrição.

Analisando a questão, a Eg. Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração (fls. 340/343).

Inconformada, a exequente interpôs Recurso Especial (fls. 343/352), pleiteando a nulidade do acórdão para que outro fosse proferido analisando a omissão apontada nos embargos de declaração.

O E. Superior Tribunal de Justiça conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento (fls. 414/417), determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, a fim de ser sanada a omissão aduzida nos embargos de declaração.

Intimada, a parte embargada manifestou-se às fls. 320/334.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002815-19.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Advogado do(a) APELANTE: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VELLOZA ADVOGADOS ASSOCIADOS, SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A.
Advogado do(a) APELADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A
Advogado do(a) APELADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: SANTANDER CORRETORA DE CAMBIO E VALORES MOBILIARIOS S.A.
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

Com razão a embargante, uma vez que o v. acórdão restou omissivo quanto à data da constituição definitiva do tributo, considerando a data da entrega da declaração retificadora ocorrida em 30/09/2004, pois expressamente considerou a data do vencimento do tributo, nos seguintes termos:

"Iniciado o transcurso do prazo prescricional em 31/03/1999 (data do último vencimento do crédito) a prescrição operaria seus efeitos a partir de 30/03/2004 e como ajuizada a execução fiscal somente em 01/04/2005, obviamente ocorreu a prescrição."

No entanto, a constituição do crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre com a data do vencimento ou com a entrega da declaração pertinente, **o que for posterior**, de acordo com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado.

Colaciono julgados e Súmula pertinente:

"TRIBUNÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA

7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regimento em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/1973.

Em resumo, constituído o crédito tributário, abre-se o prazo prescricional de cinco anos para sua cobrança. Porém, será considerado interrompida a prescrição na data do ajuizamento da ação, se 1) o devedor for citado, ou 2) se for proferido o despacho citatório. A verificação de qual hipótese é aplicada se faz pela própria data do despacho citatório, conforme o decidido no âmbito do REsp nº 999.901/RS: se anterior à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, apenas a citação do devedor interrompe a prescrição, considerada a data do ajuizamento; se posterior à entrada em vigor, o despacho citatório por si só interrompe a prescrição, igualmente considerada a data do ajuizamento.

In casu, o despacho citatório foi proferido em 01.07.2005 (fl. 14 em apenso), portanto já na vigência da Lei Complementar nº 118/2005, em 09.06.2005, aplicando-se as alterações promovida na redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)"

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPTÃO. PRECEDENTES.

(...)

5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor; sob pena de retroação da novel legislação.

(...)

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 999901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009).

Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (30.09.2004) e a data do ajuizamento da ação (01.04.2005), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Afastada a prescrição, devemos autos retomarem ao MM. Juízo *a quo*, para o devido prosseguimento do feito e análise das demais questões postas pela embargante-executada, incluindo a eventual produção de provas como requerido pelas partes (fís. 11 e 70).

Diante do exposto, **acolho** os embargos de declaração da União Federal, para sanar a omissão apontada e, em caráter infrigente, dou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para afastar o reconhecimento da execução fiscal nº 2005.61.82.023055-7 (0023055-63.2005.4.03.6182). Prejudicado o recurso de apelação da executada.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO EXISTENTE. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. Existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, acolhem-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Com razão a embargante, uma vez que o v. acórdão restou omissivo quanto à data da constituição definitiva do tributo, considerando a data da entrega da declaração retificadora ocorrida em 30/09/2004, pois expressamente considerou a data do vencimento do tributo.
3. A constituição do crédito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre com a data do vencimento ou com a entrega da declaração pertinente, **o que for posterior**, de acordo com o princípio da *actio nata*.
4. Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (30.09.2004) e a data do ajuizamento da ação (01.04.2005), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.
5. Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher os embargos de declaração da União Federal, para sanar a omissão apontada e, em caráter infringente, dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para afastar o reconhecimento da execução fiscal nº 2005.61.82.023055-7 (0023055-63.2005.4.03.6182), prejudicado o recurso de apelação da executada, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006452-11.1998.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIPERCARD BANCO MULTIPLO S.A., BANCO RODOBENS S.A.

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DELARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006452-11.1998.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIPERCARD BANCO MULTIPLO S.A., BANCO RODOBENS S.A.

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, RICARDO BOCCHINO FERRARI - SP130678

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, RICARDO BOCCHINO FERRARI - SP130678

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração de fls. 517/518 opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão de fls. 511/511v que, por unanimidade, em Juízo negativo de retratação, devolver os autos à Vice-Presidência desta E. Corte.

O v. acórdão foi proferido em sede de Juízo de retratação, o julgamento, pelo E. Supremo Tribunal Federal, do RE nº 578.846 referente ao tema 665 e RE nº 848.353 referente ao tema 894, fixando as seguintes teses: "são constitucionais a alíquota e a base de cálculo da contribuição ao PIS, previstas no art. 72, V, do ADCT, destinada à composição do Fundo Social de Emergência, nas redações da ECR 1/94 e das EC 10/96 e 17/97, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária" e "a contribuição ao PIS só pode ser exigida, na forma estabelecida pelo art. 2º da EC 17/1997, após decorridos noventa dias da data da publicação da referida emenda constitucional", respectivamente.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

"MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RE 568.503 E RE 848.353. ART. 543-B, § 3º CPC. CONTRIBUIÇÃO AO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS). EMENDA CONSTITUCIONAL 17/1997. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE. JUÍZO NEGATIVO DE RETRATAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À VICE-PRESIDÊNCIA.

1. A questão trazida aos autos resume-se à possibilidade de os impetrantes serem autorizados ao recolhimento da contribuição ao Programa de Integração Social - PIS, nos termos da Lei, Complementar 11º 7/1970, durante o período de 10 de julho de 1997 a 23 de fevereiro de 1998.

2. Retomam os autos da Vice - Presidência para eventual juízo de retratação, nos termos e para os fins estabelecidos pelo artigo 543-B, § 3º, II, do Código de Processo Civil, quanto à contrariedade do julgado com os Recursos Extraordinários nº 568.503/RS e nº 848.353/SP.

3. Não obstante, conquanto tenha sido vislumbrada eventual contrariedade do julgado anteriormente proferido com o RE nº 568.503/RS e RE nº 848.353/SP prolatado na sistemática da repercussão geral prevista no artigo 543-B do Código de Processo Civil/1973, não há o que reconsiderar.

4. Isso porque o acórdão proferido por essa 3ª Turma decidiu em sentido idêntico ao tratado nos Recursos Extraordinários supracitados, julgados em caráter de repercussão geral.

5. O Supremo Tribunal Federal reconheceu no julgamento do RE 568.503/RS, que a contribuição para o PIS/PASEP está sujeita à regra do art. 195, § 6º, da Constituição da República, exigindo-se a observância do prazo nonagesimal quando a majoração da alíquota do tributo ocorre na conversão de medida provisória em lei.

6. Não se vislumbra nenhuma contrariedade que justifique a realização de juízo de retratação.

7. Com fundamento no artigo 1040, II, do Código de Processo Civil, cabível o Juízo negativo de retratação, devolvendo-se os autos à E. Vice - Presidência.”

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omissivo quanto ao tema nº 665 do STF, ligado ao julgamento do RE nº 578.846, que fixou a seguinte tese: "são constitucionais a alíquota e a base de cálculo da Contribuição PIS, previstas no art. 72, V, do ADCT, destinada à composição do Fundo Social de Emergência, nas redações da ECR 1194 e das EC10196 e 17197, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária". Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 122784128).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006452-11.1998.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: HIPERCARD BANCO MULTIPLO S.A., BANCO RODOBENS S.A.

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, RICARDO BOCCHINO FERRARI - SP130678

Advogados do(a) APELADO: LUIS EDUARDO PEREIRA ALMADA NEDER - SP234718-A, SIDNEY KAWAMURA LONGO - SP221483-A, RICARDO BOCCHINO FERRARI - SP130678

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Sem razão a embargante, pois alega omissão quanto ao tema nº 665 do STF, ligado ao julgamento do RE nº 578.846, que fixou a seguinte tese: "são constitucionais a alíquota e a base de cálculo da Contribuição PIS, previstas no art. 72, V, do ADCT, destinada à composição do Fundo Social de Emergência, nas redações da ECR 1194 e das EC10196 e 17197, observados os princípios da anterioridade nonagesimal e da irretroatividade tributária".

Em seu recurso de apelação, a União Federal alegou que o artigo 4º, da EC nº 17/97 não ofendeu o princípio da anterioridade nonagesimal e irretroatividade, devendo ser reformada a sentença (fls. 124/130).

A Exma. Desembargadora Federal Alda Basta Relatora, afirmou que:

"Há incompatibilidade do Art. 6º da Emenda Constitucional 17/97 ao prever sua vigência na data da sua publicação (25/11/1997), bem como do artigo 4º ao prever sua aplicação retroativa a 01/07/1997 com os princípios da irretroatividade (o art. 150, III, "a", consagra cláusula pétrea da Carta Magna vedando a retroação de lei ou emenda) e da anterioridade (expresso no artigo 195, § 6º da Constituição Federal, aplicável ao PIS, contribuição destinada ao financiamento da seguridade social)." (fl. 214)

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam MP nº 517/94 e suas reedições e EC 1/97, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despicenda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014044-48.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FRANCISCO ANSELMO JORGE
Advogado do(a) APELADO: MARCIO DANILO DONA - SP261709-A
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: THAYSE GIOVANNA GAVASSI JORGE, NORMA GAVASSI, USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE BANDEIRANTES LTDA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014044-48.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANCISCO ANSELMO JORGE
Advogado do(a) APELADO: MARCIO DANILO DONA - SP261709-A
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: THAYSE GIOVANNA GAVASSI JORGE, NORMA GAVASSI, USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE BANDEIRANTES LTDA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 129154954) opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão de fls. 311/311 v que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União Federal.

O v. acórdão foi proferido em sede de embargos à execução fiscal opostos por Francisco Anselmo Jorge - espólio em face da União Federal, objetivando a declaração de ilegitimidade passiva *ad causam* nos autos da execução fiscal, em razão do falecimento do executado antes do ajuizamento da execução.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL RECONHECIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. § 8º, ART. 85, CPC. INAPLICABILIDADE.

I - Ilegitimidade passiva do “de cuius” para figurar no polo passivo da execução fiscal, em razão de seu falecimento anteriormente à data de ajuizamento do referido processo.

II - A aplicação por equidade (art. 85, § 8º, do CPC) somente se dá “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo”, o que não ocorre no presente caso, razão pela qual é inaplicável.

III - Impossibilidade de redução dos honorários advocatícios, por terem sido fixados no percentual mínimo do inciso II, do § 3º, do art. 85, do CPC, considerando o valor atribuído à causa nestes embargos.

IV - Recurso de apelação improvido.”

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omisso quanto ao princípio da proporcionalidade, a vedação ao enriquecimento sem causa e o real proveito econômico obtido pela parte contrária, à luz do que dispõe o art. 85, §8º, do CPC. Assim, não houve a apreciação equitativa na fixação dos honorários advocatícios. Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 1314729999).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014044-48.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FRANCISCO ANSELMO JORGE

Advogado do(a) APELADO: MARCIO DANILO DONA - SP261709-A

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: THAYSE GIOVANNA GAVASSI JORGE, NORMA GAVASSI, USINA DE BENEFICIAMENTO DE LEITE BANDEIRANTES LTDA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MARCIO DANILO DONA

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme o disposto no v. acórdão, a aplicação por equidade (art. 85, § 8º, do CPC) somente se dá "nas causas em que for inestável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo", o que não ocorre no presente caso, razão pela qual é inaplicável.

Impossibilidade de redução dos honorários advocatícios, por terem sido fixados no percentual mínimo do inciso II, do § 3º, do art. 85, do CPC, considerando o valor atribuído à causa nestes embargos.

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam, artigo 85, "caput", § 2º, incisos I a IV, § 3º, inciso III e §§ 5º e 8º do CPC, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despicenda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005882-30.2018.4.03.6102

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: NEW R INDUSTRIA, COMERCIO E EXPORTACAO DE ESCAPAMENTOS EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: RICARDO AJONA - SP213980-A, SAMUEL PASQUINI - SP185819-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005882-30.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: NEW R INDUSTRIA, COMERCIO E EXPORTACAO DE ESCAPAMENTOS EIRELI
Advogados do(a) APELANTE: RICARDO AJONA - SP213980-A, SAMUEL PASQUINI - SP185819-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 124585878) opostos por New R Indústria, Comércio e Exportação de Escapamentos EIRELI, em face de v. acórdão (ID 123213704) que, por unanimidade, deu provimento à apelação da parte autora, para deferir a apelação a concessão dos benefícios da justiça gratuita, nos termos da Lei nº 1.060/1950.

O v. acórdão foi proferido em sede de ação de rito ordinário, na qual se objetivou a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária para como o Fisco, bem como a revisão de créditos tributários exigidos.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA.

1. O artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, garante a todos a assistência jurídica gratuita pelo Estado, comprovada a insuficiência de recursos pelo interessado, não fazendo distinção entre pessoa física e pessoa jurídica.

2. Contudo, enquanto para a pessoa física é suficiente a declaração de impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, para a pessoa jurídica é imprescindível a comprovação de sua precária situação financeira.

3. No caso dos autos, verifico que estão presentes os requisitos para a concessão do benefício pretendido, uma vez que os documentos acostados aos autos comprovam a precariedade financeira da apelante (ID 48034682/48034691/48034692).

4. Apelação provida.”

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omisso, pois deixou de consignar, expressamente, em seu dispositivo, a reforma da decisão proferida em primeira instância, com a determinação de remessa dos autos ao d. Juízo *a quo* para que o mesmo proceda com o regular processamento e julgamento do feito, independentemente do recolhimento das custas iniciais, conforme requerido em suas razões de apelação.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 130961245).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005882-30.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: NEW R INDUSTRIA, COMERCIO E EXPORTACAO DE ESCAPAMENTOS EIRELI
Advogados do(a) APELANTE: RICARDO AJONA - SP213980-A, SAMUEL PASQUINI - SP185819-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Sem razão a embargante.

Conforme relatado no v. acórdão, foi determinada a intimação da parte autora a fim de promover o recolhimento das custas de distribuição (ID 48034685).

A autora opôs embargos de declaração, tendo sido rejeitados. Foi determinado novamente o recolhimento das custas.

Por meio da r. sentença (ID 48034704), o MM. Juiz *a quo*, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 316, 354 e 485, III, do CPC.

Inconformada, a requerente interpôs recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que os documentos acostados nos autos evidenciam a ausência de faturamento, de modo que não há dúvidas quanto à impossibilidade de recolhimento das taxas judiciárias. Deste modo, resta evidente que preenche os requisitos estabelecidos pelos artigos 98 e 99, pelo que faz jus à concessão do benefício da justiça gratuita.

Assim, resta evidente que o deferimento do benefício da justiça gratuita pelo v. acórdão embargado, os autos serão remetidos ao MM. Juízo *a quo*, para regular prosseguimento do feito.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a questões ora formuladas.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, “in casu”, em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0021553-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INCA COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0021553-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INCA COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 128509131) opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão de fls. 373/373v que, por unanimidade, negou provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial.

O v. acórdão foi proferido em sede de mandado de segurança, na qual se objetivou a suspensão da necessidade de prestação de garantias, instituída pelo art. 7º da IN/SRF nº 228/2002, bem como da parametrização automática das importações para o canal cinza de conferência aduaneira, devendo a seleção do SISCOLEX se dar de forma aleatória.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO DE MERCADORIAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DO ATO.

1. O provimento recorrido encontra-se devidamente fundamentado, tendo dado à lide a solução mais consentânea possível, à vista dos elementos contidos nos autos.

2. Conforme exposto em sentença, 'que a retenção das mercadorias importadas pela Impetrante, submetida a procedimento especial de fiscalização, sem a demonstração clara de quais os indícios que levaram a autoridade a submetê-la a tal processo, é ato ilegal, ferindo o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo sua correção através do mandado de segurança. Tem o presente remédio a função de coibir atos de desvio ou abuso de poder por parte de autoridade, que viole direito líquido e certo de alguém. No presente caso, a autoridade agiu fora dos ditames legais. Assim, fica caracterizada a violação a direito do Impetrante, devendo ser concedida a segurança pretendida'. Desse modo, de rigor a manutenção do julgado.

3. A adoção, pelo presente julgado, dos fundamentos externados na sentença recorrida - técnica de julgamento "per relationem" -, encontra amparo em remansosa jurisprudência das Cortes Superiores, mesmo porque não configura ofensa ao artigo 93, IX, da CF/88, segundo o qual "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)". Precedentes do STF e STJ.

4. Remessa Oficial improvida.

5. Apelo improvido.”

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi omissivo quanto ao fato de que a atividade de fiscalização e controle sobre o comércio exterior, em sentido amplo, é Poder-Dever atribuído ao Poder Executivo, por força direta de norma constitucional expressa, o art. 237 da Lei Maior, que determina: "A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda." e o Regulamento Aduaneiro, ao disciplinar a Administração Aduaneira (Capítulo V, do Livro I, artigos 15 a 25, do Regulamento), estabelece, em seu art. 15, que "o exercício da administração aduaneira compreende a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, em todo o território aduaneiro.". No presente caso, verifica-se que, a autoridade aduaneira concluiu pela existência de indícios de ocultação do real comprador das mercadorias importadas. Com efeito, a fiscalização concluiu pela existência de indícios de importação fraudulenta, tendo em vista o volume de mercadorias importadas em confronto com o capital social impetrante. Em consequência, para investigar a suspeita de fraude, foi instaurado procedimento especial de controle aduaneiro, nos termos da IN RFB nº 228/2002. Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 126655123).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0021553-34.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INCA COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme o disposto no v. acórdão, nas informações, a autoridade apontada como coatora alegou que a Impetrante é objeto de investigação devido a indícios de interposição fraudulenta de terceiros, tendo em vista o volume das mercadorias que importa em confronto com a capacidade financeira da empresa, demonstrado através da fixação de seu capital social.

Não constou, entretanto, das informações prestadas quais seriam, concretamente, os fatos que consistiram nos indícios que levaram à fiscalização especial.

Em contrapartida, a impetrante anexou aos autos o contrato firmado com a empresa chinesa, com tradução juramentada, em seu nome (fls. 40); o conhecimento de embarque marítimo no qual consta seu nome, não contestado pela Impetrada, bem como as Declarações de Imposto de Renda do exercício de 2009 (ano-calendário 2008) até o exercício de 2011 (ano - calendário de 2010), através das quais pode ser verificado aumento do valor do faturamento líquido da mesma (que demonstra a capacidade financeira da empresa) e a comunicação de deferimento da sua habilitação para operar no comércio exterior (fls. 40), com estimativa de US\$ 320.000,00 para importações e para exportações, a cada seis meses.

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam, art. 237, da CF e artigos 15 a 25 do Regulamento Aduaneiro, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despidiênda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024740-74.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELKA PLASTICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A, TULIO NASSIF NAJEM GALLETTTE - SP164955-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, RENATA DIAS MURICY - SP352079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024740-74.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELKA PLASTICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A, TULIO NASSIF NAJEM GALLETTTE - SP164955-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, RENATA DIAS MURICY - SP352079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 127181918) opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão (ID 125957747) que, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno.

O v. acórdão foi proferido em sede de agravo interno, interpostos pela União Federal em face da decisão proferida por este Relator que, nos termos do art. 932, do CPC, negou provimento à apelação da União Federal.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

"AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PIS/COFINS. ICMS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do E. STF e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

3. O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

4. Agravo improvido."

A embargante, em suas razões, alega que o feito deve ser suspenso até a modulação dos efeitos do RE nº 574.706. Alega, ainda, que a partir de uma interpretação dos termos do próprio v. acórdão do E. STF no RE nº 574.706, pelo menos até que sobrevenha nova decisão em sentido diverso, foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18-10-2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural" - e, não, o ICMS destacado nas notas fiscais. Pquestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 129664655).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024740-74.2016.4.03.6100

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ELKA PLASTICOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: ROBERTO GRECO DE SOUZA FERREIRA - SP162707-A, TULIO NASSIF NAJEM GALLETTTE - SP164955-A, GRAZIELE PEREIRA - SP185242-A, RENATA DIAS MURICY - SP352079-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressent de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme o disposto no v. acórdão, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.

Tema nº 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Ademais, em linha com o pensamento reinante nesta E. Corte, entendo que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o destacado na nota fiscal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte.

A E. Ministra Relatora Carmem Lúcia, no mencionado RE nº 574.706, enfrentou a questão não deixando dúvidas de que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. (...) "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na "fatura" é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições".

Com relação ao pedido de sobrestamento do feito até a publicação do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos do RE nº 574.706/PR, ou até o trânsito em julgado do mesmo RE, cabe ratificar que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia, como no presente caso, devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

Ademais, quanto à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito com base apenas numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam, artigos 13, §1º, I, 19 e 20, da LC nº 87/1996, art. 1º da Lei nº 10.637/2002, art. 1º da 10.833/2003, art. 2º da Lei 9.715/1998, e art. 2º da LC nº 70/1991, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despicinda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.
3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0046691-63.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EHISA EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES INTEGRADOS LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0046691-63.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EHISA EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES INTEGRADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 131307775) opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão de fls. 198/199v que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da União Federal.

O v. acórdão foi proferido em sede de execução fiscal, na qual se objetivou a cobrança de crédito tributário (COFINS), no total de R\$ 397.056,19, atualizado em 06/2002.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CITAÇÃO REALIZADA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DO ART. 219, §§ 2º E 3º DO CPC/73. FATO NÃO IMPUTÁVEL AO JUDICIÁRIO. RETROAÇÃO DA INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO OPERADA PELO ATO CITATÓRIO À DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. INVIALIBILIDADE. PRECEDENTES DO C. STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RESP 1.340.553/RS. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 40, §4º DA LEF. INTIMAÇÃO DO ARQUIVAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO DE CAUSAS SUSPENSIVAS OU INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO. "PAS DES NULLITÉS SANS GRIEF".

I - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no RESp nº 362.256/SC.

II - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

III - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor; seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

IV - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

V - Despacho citatório proferido em 28.11.2002, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

VI - No caso dos autos, o crédito tributário foi constituído por meio do Termo de Confissão Espontânea, em 21.11.1997, a executada aderiu ao parcelamento em 26.04.2000 (do qual foi excluída em 04.02.2004), a execução fiscal foi ajuizada em 22.11.2002 e o despacho inicial de citação foi proferido em 28.11.2002.

VII - Conquanto não ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (21.11.1997) e a data do ajuizamento da ação (22.11.2002), considerando-se a suspensão operada pelo parcelamento (26.04.2000 a 04.02.2004), verifica-se não ser possível, no caso concreto, retroagir a interrupção da prescrição, porquanto não efetuado o ato citatório no prazo do art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC/73. Precedentes do C. STJ.

VIII - A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.340.553/RS - referente aos Temas 566/571 do STJ - nos moldes do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 543-C do vetusto Código de Processo Civil), pacificou o entendimento relativo aos prazos processuais no tocante à prescrição intercorrente.

IX - No caso concreto, a exequente, findo o prazo de suspensão do feito, previsto no art. 40 da Lei nº 6.830/80, requereu em 31.01.2003 a suspensão do feito por doze meses, em razão da adesão da executada ao REFIS; depois, informou em 28.05.2004, que o parcelamento havia sido indeferido ou rescindido, sem mencionar em que data, pleiteando a expedição de mandado de penhora de bens da parte executada; intimada a indicar a localização da executada, a Fazenda Nacional requereu, em 02.08.2004, a concessão do prazo de noventa dias para a realização de diligências a fim de identificar todos os responsáveis tributários pela empresa executada. Posteriormente, após ter juntado documentos, a União requereu a suspensão da execução por cento e vinte dias em cinco ocasiões (09.12.2006, 16.07.2007, 10.01.2008, 22.08.2008 e 23.03.2009) e por cento e oitenta dias em 04.11.2009. Em 20.10.2010 requereu a exequente a expedição e cumprimento do mandado de citação e penhora de bens da parte executada em seu novo endereço.

X - A exequente foi devidamente intimada do arquivamento do feito nos termos do mencionado art. 40 (fl. 20).

XI - Considerando-se que a suspensão da execução, com fundamento no art. 40 da LEF, ocorreu em 16.01.2003 e o pedido de expedição e cumprimento do mandado de citação e penhora de bens da parte executada em seu novo endereço somente se deu em 20.10.2010, sem que se verificasse qualquer causa de suspensão da prescrição, porquanto a própria exequente já havia informado a exclusão da executada do REFIS em 2004, não há como não se reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente neste caso.

XII - Não obstante o art. 40, §4º da LEF preveja que a Fazenda Pública deverá ser ouvida previamente ao reconhecimento da prescrição intercorrente, a jurisprudência pertinente consolidou-se no sentido de que, por ocasião da apelação, é possível à exequente demonstrar o prejuízo provocado, isto é, a existência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição. Não procedendo desse modo, não haveria que se falar em nulidade ou cerceamento de defesa ("pas des nullités sans grief"), haja vista ser proporcionada a oportunidade de justificar seu inconformismo e, simultaneamente, pôr em prática os princípios da celeridade processual e instrumentalidade das formas.

XIII - No caso dos autos, em seu recurso de apelação a União aduz que a executada foi excluída do REFIS somente em 21.11.2009. Todavia, no documento de fl. 182 já constava uma anterior exclusão do REFIS, em 14.02.2004, informação compatível com aquela apresentada pela própria exequente na petição protocolada em 28.05.2004, acompanhada do documento de fl. 32, no qual não consta parcelamento ("Qtd. De Parcelamentos: 0000"), bem assim com as demais petições (requerendo a suspensão do feito para identificar todos os responsáveis tributários pela empresa executada - 02.09.2004 - e aquela na qual informa haver débitos em aberto com vencimento posterior a 29.02.2000).

XIV - Não restou demonstrado pela apelante, de forma inequívoca, a existência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição após a exclusão da executada do REFIS em 14.02.2004, uma vez que não consta em que data a empresa novamente foi incluída no parcelamento do qual foi excluída em 21.11.2009.

XV - Recurso de apelação improvido."

A embargante, em suas razões, alega que o v. acórdão foi contraditório, pois não se sabe se reconhece a prescrição da ação ou a prescrição intercorrente, bem como pode afirmar que houve prescrição desconsiderando a interrupção pelo parcelamento. Por fim, o v. acórdão incorreu em omissão no que tange ao fato de que restou comprovado nos autos que a empresa executada esteve incluída no REFIS entre 2000 e 2009. Questiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Restou impossibilitada a intimação da parte executada, tendo em vista que não houve o aperfeiçoamento da relação jurídica processual no 1º grau de jurisdição e/ou não há advogado constituído nos autos.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0046691-63.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EHISA EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES INTEGRADOS LTDA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

No caso, à evidência, o v. acórdão embargado não se ressentia de qualquer desses vícios. Da simples leitura da ementa acima transcrita, verifica-se que o julgado abordou todas as questões debatidas pelas partes e que foram explicitadas no voto condutor.

Conforme o disposto no v. acórdão, no caso dos autos, o crédito tributário foi constituído por meio do Termo de Confissão Espontânea, em 21.11.1997, a executada aderiu ao parcelamento em 26.04.2000 (do qual foi excluída em 04.02.2004), a execução fiscal foi ajuizada em 22.11.2002 e o despacho inicial de citação foi proferido em 28.11.2002.

Conquanto não ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (21.11.1997) e a data do ajuizamento da ação (22.11.2002), considerando-se a suspensão operada pelo parcelamento (26.04.2000 a 04.02.2004), verifica-se não ser possível, no caso concreto, retroagir a interrupção da prescrição, porquanto não efetuado o ato citatório no prazo do art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC/73. Precedentes do C. STJ.

A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.340.553/RS - referente aos Temas 566/571 do STJ - nos moldes do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 543-C do vetusto Código de Processo Civil), pacificou o entendimento relativo aos prazos processuais no tocante à **prescrição intercorrente**.

No caso dos autos, em seu recurso de apelação a União aduz que a executada foi excluída do REFIS somente em 21.11.2009. Todavia, no documento de fl. 182 já constava uma anterior exclusão do REFIS, em 14.02.2004, informação compatível com aquela apresentada pela própria exequente na petição protocolada em 28.05.2004, acompanhada do documento de fl. 32, no qual não consta parcelamento ("Qtd. De Parcelamentos: 0000"), bem assim com as demais petições (requerendo a suspensão do feito para identificar todos os responsáveis tributários pela empresa executada - 02.09.2004 - e aquela na qual informa haver débitos em aberto com vencimento posterior a 29.02.2000).

Não restou demonstrado pela exequente, de forma inequívoca, a existência de causa suspensiva ou interruptiva da prescrição após a exclusão da executada do REFIS em 14.02.2004, uma vez que não consta em que data a empresa novamente foi incluída no parcelamento do qual foi excluída em 21.11.2009.

No que se refere aos dispositivos que se pretende prequestionar, quais sejam, art. 174, do CTN e art. 219, do CPC/1973, tais regramentos não restaram violados, sendo inclusive despicienda a manifestação sobre todo o rol, quando a solução dada à controvérsia posta declinou precisamente o direito que se entendeu aplicável à espécie.

No mais, pretende a embargante ou rediscutir matéria já decidida, o que denota o caráter infringente dos presentes embargos, ou, a título de prequestionamento, que esta E. Corte responda, articuladamente, a quesitos ora formulados.

Ora, desconstituir os fundamentos do acórdão embargado implicaria, "in casu", em inevitável reexame da matéria, incompatível com a natureza dos embargos declaratórios.

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

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

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

Ainda assim, é preciso ressaltar que o v. acórdão embargado abordou todas as questões apontadas pela ora embargante, inexistindo nele, pois, qualquer contradição, obscuridade ou omissão.

Por fim, o escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO NÃO EXISTENTE. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não existindo no acórdão embargado omissão ou contradição a serem sanadas, rejeitam-se os embargos opostos sob tais fundamentos.
2. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à impugnação das razões de decidir do julgado.

3. O escopo de prequestionar a matéria para efeito de interposição de recurso especial ou extraordinário perde a relevância, em sede de embargos de declaração, se não demonstrada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no artigo 1.022, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0019227-28.2016.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
APELADO: WALDIR RONALDO RODRIGUES, CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SAO PAULO - CREA SP
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO PELLEGRINI DE ARRUDA ALVIM - SP118685-A, JOSE MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO - SP12363-A

DECISÃO

Trata-se de pedido de tutela provisória de urgência ajuizado por Waldir Ronaldo Rodrigues objetivando o cancelamento da indisponibilidade de bens decretada, especialmente no que tange ao imóvel de matrícula n. 109739, junto ao 2º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal.

Alega o requerente, em síntese, que, nos autos do agravo de instrumento n. 0000948-24.2017.4.03.0000, foi cassada a liminar que havia determinado a indisponibilidade do patrimônio dele. Todavia, ao requerer o registro de escritura de venda e compra do imóvel objeto da matrícula n. 109739, junto ao cartório supracitado, foi informado de que tal providência depende do cancelamento da ordem de indisponibilidade.

É o relatório.

Decido.

Nos termos do disposto no art. 932, II do Código de Processo Civil, incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do Tribunal.

O art. 300 do CPC estabelece como requisitos para a tutela de urgência: a) a probabilidade ou plausibilidade do direito; e b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Desse modo, revela-se indispensável à entrega de provimento antecipatório não só a probabilidade do direito, mas também a presença de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, sendo que esses requisitos devem ser satisfeitos cumulativamente.

Na hipótese estão presentes tais requisitos.

O requerente obteve no agravo de instrumento n. 0000948-24.2017.4.03.0000 decisão favorável, que cassou a liminar que havia decretado a indisponibilidade dos bens em nome dele.

Após isso, sobreveio sentença de improcedência nos autos n. 0019227-28.2016.4.03.6100, originários do agravo de instrumento acima indicado.

Desse modo, não existe, quanto ao patrimônio do recorrente, qualquer decisão judicial que reconheça a necessidade de decretação da indisponibilidade, o que evidencia a probabilidade do direito invocado.

Noutro passo, a manutenção da ordem de indisponibilidade junto à Central ocasiona diversos danos ao requerente, porquanto o impede de celebrar negócios comuns e necessários ao bom gerenciamento de seu patrimônio e vida privada, não cabendo ao Poder Judiciário interferir nessa seara sem que haja motivo robusto para isso.

Assim, de rigor a comunicação à Central de Indisponibilidade de Bens quanto ao teor dessa decisão, para que sejam canceladas as ordens de indisponibilidade emitidas em relação ao patrimônio de Waldir Ronaldo Rodrigues, em especial no que tange ao imóvel objeto da matrícula n. 109739, junto ao 2º Ofício de Registro de Imóveis do Distrito Federal.

Ante todo o exposto, nos termos do art. 932, II do CPC, concedo a tutela de urgência requerida.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006272-02.2016.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REYNALDO LIMA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO GILBERTO VENERANDO DA SILVA - SP270941-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006272-02.2016.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REYNALDO LIMA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO GILBERTO VENERANDO DA SILVA - SP270941-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 12239433) opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de v. acórdão (ID 109055751) que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação para determinar a exclusão do embargante do polo passivo da execução fiscal, com condenação da União ao pagamento de honorários advocatícios.

O v. acórdão foi proferido em sede de embargos à execução fiscal opostos por Reynaldo Lima em face da União Federal, objetivando o reconhecimento da ocorrência de prescrição, bem como que não restou configurada qualquer uma das hipóteses do art. 135, do CTN a autorizar o redirecionamento da execução.

Para melhor compreensão, transcreve-se a ementa do v. acórdão embargado:

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CONSTATAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO NÃO JUSTIFICADO.

I - O C. STJ, no julgamento do REsp. 1.371.128/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei e legítima o redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário para o sócio-gerente. Assentou, ainda, ser obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluídos os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. Explicitou que a regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade se dissolveu de forma regular, em obediência às formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e artigos 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002, nos quais é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, de modo que a desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

II - A não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, caracteriza sua dissolução irregular, justificando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio. Súmula 435/STJ.

III - Necessidade da constatação da dissolução irregular da pessoa jurídica por oficial de justiça, mediante mandado. Precedentes do C. STJ.

IV - Na hipótese em tela, não houve a constatação, por mandado, da dissolução irregular. Ao contrário, a empresa executada compareceu espontaneamente aos autos da execução fiscal, indicando bem à penhora.

V - Não tendo sido constatado, por oficial de justiça, a dissolução irregular da pessoa jurídica, para o redirecionamento da execução fiscal não se dispensa o preenchimento dos requisitos previstos no art. 135 do CTN.

VI - O Código Tributário Nacional, ao cuidar da responsabilidade tributária, contempla, em seu art. 135, normas de exceção, pois a regra é a responsabilidade da pessoa jurídica. Trata-se de responsabilidade exclusiva de terceiros, que agem dolosamente, e que, por isso, substituem o contribuinte na obrigação, nos casos em que tiverem praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

VII - O ilícito é, assim, prévio ou concomitante ao surgimento da obrigação tributária (mas exterior à norma tributária) e não posterior, como seria o caso do não pagamento do tributo. A lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não a lei tributária, agindo o terceiro contra os interesses do contribuinte.

VIII - A aplicação do mencionado artigo, exige: 1 - a prática de ato ilícito, dolosamente, pelas pessoas mencionadas; 2 - ato ilícito, como infração de lei, contrato social, ou estatuto, normas que regem as relações entre contribuinte e terceiro responsável, externamente à norma tributária básica ou matriz, da qual se origina o tributo; e 3 - a atuação tanto da norma básica (que disciplina a obrigação tributária em sentido restrito) quanto da norma secundária (constante do art. 135 e que determina a responsabilidade de terceiro, pela prática do ilícito). Assim, não se trata, portanto, de responsabilidade objetiva das pessoas ali apontadas.

IX - A jurisprudência pacífica do C. STJ consolidou o entendimento de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente (Súmula nº 430/STJ).

X - Na hipótese, não logrou a exequente demonstrar, de forma inequívoca, que o sócio agiu com excesso de poder, infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto social para se permitir esse redirecionamento.

XI - Não constando o nome do ora embargante no título executivo, nem tendo sido constatado a dissolução irregular da empresa executada por oficial de justiça, a comprovação de que estão presentes os requisitos previstos no art. 135, do CTN, a justificar o redirecionamento da execução fiscal, compete à exequente, ônus do qual não se desincumbiu.

XII - Reconhecida a ilegitimidade passiva do embargante, restam prejudicadas as demais impugnações aduzidas pelo mesmo.

XIII - Tendo a embargada decaído integralmente do pedido, deve ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa nestes embargos, nos termos do art. 85, § 3º, I, do CPC.

XIV - Recurso de apelação provido.”

A embargante, em suas razões, alega que concluiu o v. acórdão que não houve a constatação, por oficial de justiça, da dissolução irregular da pessoa jurídica. Ocorre que deixou o v. acórdão de considerar que o apelante, ao ingressar com os embargos à execução, não juntou cópia completa dos autos da execução fiscal, como também não apresentou, ao ingressar com o recurso de apelação, qualquer elemento que pudesse afastar a conclusão do MM. Juízo *a quo* quanto à existência nos autos de elementos suficientes a caracterizar a dissolução irregular. Compulsando-se os autos da execução fiscal, verifica-se que às fls. 201 há certidão atestando que, em diligência realizada em 09.03.2009, constatou-se que o imóvel onde era a sede da empresa executada estava desocupado, o que comprova a dissolução irregular (documentos anexos). Prequestiona a matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário.

Intimada, a parte embargada manifestou-se nos autos (ID 123754184).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006272-02.2016.4.03.6120
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: REYNALDO LIMA
Advogado do(a) APELANTE: JOAO GILBERTO VENERANDO DA SILVA - SP270941-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Como é cediço, os embargos de declaração, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC, somente têm cabimento nos casos de obscuridade ou contradição (inc. I) ou de omissão (inc. II).

O v. acórdão deu provimento ao recurso de apelação do sócio executado, em razão da ausência de certidão de oficial de justiça demonstrando a dissolução irregular da empresa executada.

Ante a juntada da referida certidão pela Fazenda Nacional, acolho os embargos de declaração para aclarar a questão.

Conforme cópia juntada aos embargos de declaração (ID 122309434) foi certificado pelo Oficial de Justiça que:

"Em 09.03.2009, dirigi-me à Rua Alto Garças, nº 562, Quitandinha, encontrei o imóvel desocupado. Indagando o vizinho, o imóvel número 432, que tem acesso pelo mesmo portão, o Sr. José Márcio de Oliveira da empresa VIC CAR afirmou que a executada mudou do local há alguns meses, não sabendo informar seu paradeiro."

O MM. Juízo a quo ao proferir a r. sentença, justificou a redirecionamento da execução nos seguintes termos:

"Examinando os autos da execução fiscal nº 0000409-90.2001.403.6120, que tenho à mesa enquanto redijo esta sentença, verifico que a execução fiscal foi distribuída em 2 de agosto de 1996. A citação da devedora principal se deu por comparecimento pessoal em 6 de setembro de 1996 (fl. 08 da execução). Nessa oportunidade a executada indicou à penhora um sistema de câmbio para caminhão. Depois de três leilões frustrados, o bem indicado foi substituído por um caminhão indicado pela exequente; o ora embargante assinou o mandado de substituição de penhora na condição de depositário do bem (fl. 64 da execução). Posteriormente apurou-se que o bem estava alienado fiduciariamente ao banco Bradesco. Diante desse revés, a exequente requereu a substituição da penhora por outros veículos registrados em nome da executada Transara Ltda., mas a diligência restou infrutífera, pelas razões expostas na certidão do oficial de justiça juntada à fl. 132, verso, da execução, lavrada em 21 de setembro de 2000:

Com vista, a exequente requereu o redirecionamento da execução ao responsável tributário, o que foi deferido pela decisão da fl. 138 da execução, com fundamento no art. 135, III do CTN. O mandado de citação do corresponsável foi juntado aos autos em 20 de julho de 2001 (fl. 138, verso, da execução)."

Veja que à época (em 2001) o redirecionamento se fundou apenas no inadimplemento, pois a empresa executada compareceu nos autos e ofereceu bens à execução.

A jurisprudência pacífica do C. STJ consolidou o entendimento de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente (Súmula nº 430/STJ).

No caso, eventual redirecionamento só deveria ocorrer em 2009, quando constatada a dissolução irregular, por oficial de justiça, conforme certidão juntada aos presentes embargos de declaração (ID 122309434).

Ademais, tal marco (09.03.2009) é o início da contagem para o prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, conforme pacificou o C. STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia, no REsp nº 1.201.993, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, jul. 08.05.2019, DJe 12.12.2019:

"(ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da obrigação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC – fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública);"

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração, apenas para aclarar, sem efeito infringente.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. REDIRECIONAMENTO. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA ACLARAR.

1. Trata-se de embargos à execução fiscal opostos por Reynaldo Lima em face da União Federal, objetivando o reconhecimento da ocorrência de prescrição, bem como que não restou configurada qualquer uma das hipóteses do art. 135, do CTN a autorizar o redirecionamento da execução.
2. A execução fiscal nº 0000409-90.2001.403.6120, foi distribuída em 2 de agosto de 1996. A citação da devedora principal se deu por comparecimento pessoal em 6 de setembro de 1996 (fl. 08 da execução). Nessa oportunidade a executada indicou à penhora um sistema de câmbio para caminhão. Depois de três leilões frustrados, o bem indicado foi substituído por um caminhão indicado pela exequente; a executada assinou o mandado de substituição de penhora na condição de depositário do bem (fl. 64 da execução). Posteriormente apurou-se que o bem estava alienado fiduciariamente ao banco Bradesco. Diante desse revés, a exequente requereu a substituição da penhora por outros veículos registrados em nome da executada Transara Ltda., mas a diligência restou infrutífera, pelas razões expostas na certidão do oficial de justiça.
3. A exequente requereu o redirecionamento da execução ao responsável tributário, o que foi deferido pela decisão da fl. 138 da execução, com fundamento no art. 135, III do CTN. O mandado de citação do corresponsável foi juntado aos autos em 20 de julho de 2001.
4. Veja que à época (em 2001) o redirecionamento se fundou apenas no inadimplemento, pois a empresa executada compareceu nos autos e ofereceu bens à execução.
5. A jurisprudência pacífica do C. STJ consolidou o entendimento de que o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente (Súmula nº 430/STJ).
6. No caso, eventual redirecionamento só deveria ocorrer em 2009, quando constatada a dissolução irregular, por oficial de justiça, conforme certidão juntada aos presentes embargos de declaração (ID 122309434).
7. Ademais, tal marco (09.03.2009) é o início da contagem para o prazo prescricional para o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, conforme pacificou o C. STJ, em sede de recurso representativo de controvérsia, no REsp nº 1.201.993.
8. Embargos acolhidos, apenas para aclarar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher os embargos de declaração, apenas para aclarar, sem efeito infringente, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033509-14.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGM - INDUSTRIA E COMERCIO DE MADEIRAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR - MS12990-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: LOURENCO & LOURENCO LTDA - ME, ARISTEU LOURENCO

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JOSE ROBERTO GUARNIERI
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033509-14.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGM - INDUSTRIA E COMERCIO DE MADEIRAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR - MS12990-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: LOURENCO & LOURENCO LTDA - ME, ARISTEU LOURENCO
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JOSE ROBERTO GUARNIERI
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por AGM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA, em face da FAZENDA NACIONAL, alegando: ocorrência de prescrição intercorrente na execução fiscal, pois o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio deve ocorrer dentro de cinco anos contados da data da citação da pessoa jurídica; também foi ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a data da citação da pessoa jurídica sucedida e a data da citação da pessoa jurídica embargante (sucessora). Alternativamente, sustentou a impenhorabilidade dos bens constritos da empresa embargante, por configurarem instrumento de trabalho da empresa embargante, na forma do art. 649, V, do CPC.

Embargos conhecidos parcialmente e, nessa extensão, rejeitados, nos termos do art. 269, I, do CPC, com condenação da embargante ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00, na forma do art. 20, § 4º, do CPC.

Interposto recurso de apelação pela empresa embargante, aduzindo: ocorrência de prescrição intercorrente, porquanto ultrapassado o prazo quinquenal prescricional, contado da data de citação da empresa sucedida, uma vez que o despacho que redirecionou a execução em face da apelante foi proferido em 31.01.2014, tendo sido ajuizada a execução fiscal em 25.11.2002, com deferimento da citação da empresa Lourenço Froio Ltda. (sucedida) em 23.12.2002, tendo a apelada requerido o redirecionamento da execução em face da apelante somente em 18.12.2013, ou seja, depois de transcorrido mais de cinco anos da data em que a apelante sucedeu a empresa sucedida e mais de dez anos depois de aquela ter sido citada; a apelante explora atividade de produção de camas, beliches, cadeiras e outros produtos derivados da madeira e os bens penhorados são utilizados na produção desses bens, e a falta deles comprometerá o desenvolvimento das atividades empresariais da apelante, podendo, inclusive, ocasionar o encerramento de suas atividades.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033509-14.2016.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGM - INDUSTRIA E COMERCIO DE MADEIRAS LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR - MS12990-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: LOURENCO & LOURENCO LTDA - ME, ARISTEU LOURENCO
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: JOSE ROBERTO GUARNIERI
ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: WILSON FERNANDES SENA JUNIOR

VOTO

Inicialmente, cumpre ressaltar que a sucessão empresarial, no caso em tela, é fato incontroverso, conforme admitido pela própria embargante na inicial dos presentes embargos (fl. 02).

O reconhecimento da sucessão com fundamento no artigo 133, inciso I, do CTN, implica responsabilidade integral da sucessora pelos tributos devidos até a data da aquisição do fundo de comércio como se devedora principal fosse, razão pela qual não há que se falar, *in casu*, em responsabilidade tributária subsidiária. Nesse sentido, a questão da prescrição para o redirecionamento do feito contra a ora embargante perde relevância, na medida em que responde na qualidade de devedora originária. Destaco entendimento da 4ª Turma desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, § 1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO À SUCESSORA. ART. 133 DO CTN. PRESCRIÇÃO. DEMORA DA CITAÇÃO POR MOTIVO INERENTE AO MECANISMO DA JUSTIÇA. SUMULA/STJ N. 106. I. A empresa sucessora responde pelos débitos tributários como se executada originária fosse, sendo irrelevante a data de citação desta para efeitos de prescrição quanto ao prazo do redirecionamento da execução para aquela. Inteligência do artigo 133 do CTN. Precedente do E. STJ. II. À luz da súmula/STJ n. 106 "proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". III. Prescrição do débito objeto do executivo fiscal no 0551642-19.1997.403.6182 não comprovada, uma vez que entre a data de constituição do crédito tributário 29/06/1992 e a propositura do executivo fiscal 25/03/1997, não transcorreu o prazo do artigo 174 do CTN. IV. Agravo improvido."

(TRF3 - AI 00161306020114030000 - AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 441697 - DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO - QUARTA TURMA - e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/05/2012, grifei)

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que foi posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da actio nata.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regramento em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Eis o dispositivo e a ementa do mencionado recurso repetitivo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência condutora à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis:

"A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional:

"Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)."

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da taxa declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que:

"Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação. Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.120.295/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12.05.2010, DJe 21.05.2010)

O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário. No entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADA. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a adesão a parcelamento tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito e interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, IV, do CTN, voltando a correr o prazo a partir do inadimplemento da última parcela pelo contribuinte.

4. Ao dirimir a controvérsia, a Corte local, em consonância com o entendimento do STJ e com base nos elementos probatórios juntados aos autos, considerou não caracterizada a prescrição, em virtude da sua interrupção por adesão a programa de parcelamento.

(...)"

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.728.845/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10.04.2018, DJe 28.05.2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PARCELADO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPEDIMENTO DE O FISCO EXECUTAR QUALQUER ATO DE COBRANÇA CONTRA O DEVEDOR. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) obstam a prática de atos que visem à sua cobrança, tais como inscrição em Dívida Ativa, execução e penhora. Precedentes: EREsp. 572.603/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 5.9.2005; AgRg no AREsp. 356.479/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 8.4.2016.

3. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que houve o parcelamento do débito tributário no período de 4/2000 a 3/2008, e a Execução Fiscal foi proposta em 8.9.2003. Assim, havendo causa suspensiva da exigibilidade do crédito devido, o Fisco deveria se manter inerte, sem praticar qualquer ato de cobrança ao contribuinte, uma vez que não há nenhum prejuízo à parte exequente, já que a prescrição do crédito também se encontra suspensa.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento."

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.588.781/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30.11.2017, DJe 06.12.2017)

In casu, o despacho citatório foi proferido em 23.12.2002, anteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUÇÃO. PRECEDENTES.

(...)

5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor; sob pena de retroação da novel legislação.

(...)

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 999.901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009)

No caso dos autos, o crédito foi constituído na data da entrega das DCTFs, em 21.10.1999 (ID 104627715 – fl. 766 dos autos físicos).

Assim, a constituição do crédito ocorreu em 21.10.1999, a execução fiscal foi ajuizada em 25.11.2002 e o despacho inicial de citação foi proferido em 23.12.2002, com citação da empresa devedora originária efetivada em 23.12.2002.

Ainda, por se tratar de dívida tributária, não se aplica a suspensão do prazo prescricional por 180 dias, baseada no art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

Sobre o tema já se manifestou a Corte Superior:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. FEITO EXECUTIVO AJUIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO: CITAÇÃO. MORATÓRIA. SUSPENSÃO. LEIS MUNICIPAIS. SÚMULA 280/STF.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não-tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária. No processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(Segunda Turma, REsp 1192368/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 07.04.2011, DJe 15.04.2011)

Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (21.10.1999) e a data do ajuizamento da ação (25.11.2002), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Mesmo que se pudesse falar em prescrição intercorrente para o redirecionamento, verifica-se que, na hipótese, não ocorreu porquanto o termo inicial deve ser considerado a data de constatação da dissolução irregular da empresa devedora sucedida, que, na hipótese, ocorreu em 17.12.2012, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça, constando que nessa data deixou de efetuar a penhora por não localizar bens em nome da executada, bem assim por encontrar funcionando no endereço a empresa ora apelante, tendo o Sr. Aristeu Lourenço informado que a devedora originária não mais estava em atividade desde 2009.

Portanto, não foi ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade devedora originária (17.12.2012) e a aquela do pedido de redirecionamento da execução para a empresa sucessora e seu sócio (10.12.2013).

Cumprido ressaltar que a empresa apelante não logrou demonstrar em que data ocorreu a sucessão, constando dos autos a Terceira Alteração Contratual da Sociedade, datada de 09.02.2010, com registro na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul em 28.04.2010, na qual consta que naquela data o Sr. Aristeu Lourenço ingressava na sociedade, com poderes de administração.

Assim, mesmo em se considerando ser essa a data de sucessão da empresa devedora originária pela ora embargante, o pleito de redirecionamento ainda estaria dentro do prazo prescricional quinquenal.

Passo a analisar a questão referente à impenhorabilidade dos bens constritos.

Conforme consta da Consolidação do Contrato Social da embargante, na Terceira Alteração Contratual da Sociedade juntada aos autos (ID 104627719 – fl. 735 dos autos físicos destes embargos), na cláusula terceira, o objeto da sociedade embargante é "Comércio Varejista e Atacadista, importação e exportação de Madeiras e seus Artefatos, Materiais de construção; Fabricação de móveis com predominância de madeiras; Serraria com desdobramento de madeiras; Extração de madeira em florestas plantadas e Transporte rodoviário de cargas em geral, exceto produtos inflamáveis".

Por sua vez, foram penhorados os seguintes bens:

- uma máquina lixadeira banda larga, marca MA CLINEA, em bom estado de conservação e em funcionamento. Avaliada em R\$ 60.000,00;

- uma máquina lixadeira de seladora, marca Toquete, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 25.000,00;

- uma máquina laqueadeira de cortina, marca Master Print, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 25.000,00;

- uma máquina do tipo Plaina 04 faces Grande, marca Omil, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 35.000,00;

- uma máquina destopadeira dupla, grande, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 30.000,00;

- um exaustor de pó de madeira nº 05, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliado em R\$ 40.000,00;

- uma máquina linhadreira multi lâmina, marca Vantec, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 35.000,00; e

- uma máquina copiadeira, marca Rarvar, em bom estado de conservação e funcionamento. Avaliada em R\$ 90.000,00.

Alega a apelante que, explorando atividade de produção de camas, beliches, cadeiras e outros produtos derivados da madeira, os bens penhorados são utilizados na produção desses bens, e a falta deles comprometerá o desenvolvimento de suas atividades empresariais, podendo, inclusive, ocasionar o encerramento de suas atividades.

Acerca da aplicabilidade do art. 649, V, do CPC/73 às pessoas jurídicas, o E. STJ pacificou o entendimento no sentido de que é possível tão somente em relação aos bens indispensáveis ao desenvolvimento da atividade empresarial (AgRg no AREsp 474.637/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06.11.2014, DJe 11.11.2014).

Desse modo, a regra é a da penhorabilidade dos bens da empresa, cabendo à executada suscitar e comprovar, no caso concreto, a eventual condição de impenhorabilidade de algum deles.

No caso dos autos, a impenhorabilidade não restou demonstrada de forma inequívoca.

Com efeito, a teor do art. 649, V, do CPC/73, com redação dada pela Lei nº 11.382/06, são absolutamente impenhoráveis "os livros, as máquinas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão".

Não se pode presumir a impenhorabilidade, sob o risco de impossibilitar qualquer efetividade na execução, sendo necessário que a parte executada faça prova efetiva de que o bem constrito se enquadra nessa hipótese.

Cumprido ressaltar, ademais, conforme consignado pelo MM. Juízo a quo, que inúmeras diligências de penhora foram infrutíferas, o que caracteriza a excepcionalidade. Além disso, a apelante figura no polo passivo de várias execuções fiscais, sem ter outros bens passíveis de penhora, tendo sido determinado, inclusive, a penhora do estabelecimento da embargante em um dos feitos executivos.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL. QUESTÃO INCONTROVERSA. ARTIGO 133 DO CTN. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA A EMPRESA SUCESSORA. INOCORRÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, V, DO CPC/73. NÃO COMPROVAÇÃO.

I - Inicialmente, cumpre ressaltar que a sucessão empresarial, no caso em tela, é fato incontroverso, conforme admitido pela própria embargante na inicial dos presentes embargos (fl. 02).

II - O reconhecimento da sucessão com fundamento no artigo 133, inciso I, do CTN, implica responsabilidade integral da sucessora pelos tributos devidos até a data da aquisição do fundo de comércio como se devedora principal fosse, razão pela qual não há que se falar, *in casu*, em responsabilidade tributária subsidiária. Nesse sentido, a questão da prescrição para o redirecionamento do feito contra a ora embargante perde relevância, na medida em que responde na qualidade de devedora originária. Precedentes desta 4ª Turma.

III - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

IV - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que foi posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no REsp nº 362.256/SC.

V - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

VI - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

VII - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

VIII - *In casu*, o despacho citatório foi proferido em 23.12.2002, anteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

IX - No caso dos autos, o crédito foi constituído na data da entrega das DCTFs, em 21.10.1999 (ID 104627715 – fl. 766 dos autos físicos).

X - Assim, a constituição do crédito ocorreu em 21.10.1999, a execução fiscal foi ajuizada em 25.11.2002 e o despacho inicial de citação foi proferido em 23.12.2002, com citação da empresa devedora originária efetivada em 23.12.2002.

XI - Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (21.10.1999) e a data do ajuizamento da ação (25.11.2002), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

XII - Mesmo que se pudesse falar em prescrição intercorrente para o redirecionamento, verifica-se que, na hipótese, não ocorreu, porquanto o termo inicial deve ser considerado da data de constatação da dissolução irregular da empresa devedora sucedida, que, na hipótese, ocorreu em 17.12.2012, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça, constando que nessa data deixou de efetuar a penhora por não localizar bens em nome da executada, bem assim por encontrar funcionando no endereço a empresa ora apelante, tendo o Sr. Aristeu Lourenço informado que a devedora originária não mais estava em atividade desde 2009.

XIII - Não ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade devedora originária (17.12.2012) e a aquela do pedido de redirecionamento da execução para a empresa sucessora e seu sócio (10.12.2013).

XIV - Cumpre ressaltar que a empresa apelante não logrou demonstrar em que data ocorreu a sucessão, constando dos autos a Terceira Alteração Contratual da Sociedade, datada de 09.02.2010, com registro na Junta Comercial do Estado de Mato Grosso do Sul em 28.04.2010, na qual consta que naquela data o Sr. Aristeu Lourenço ingressava na sociedade, com poderes de administração.

XV - Assim, mesmo em se considerando ser essa a data de sucessão da empresa devedora originária pela ora embargante, o pleito de redirecionamento ainda estaria dentro do prazo prescricional quinquenal.

XVI - Acerca da aplicabilidade do art. 649, V, do CPC/73 às pessoas jurídicas, o E. STJ pacificou o entendimento no sentido de que é possível tão somente em relação aos bens indispensáveis ao desenvolvimento da atividade empresarial (AgRg no AREsp 474.637/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 06.11.2014, DJe 11.11.2014).

XVII - A regra é a da impenhorabilidade dos bens da empresa, cabendo à executada suscitar e comprovar, no caso concreto, a eventual condição de impenhorabilidade de algum deles.

XVIII - Não se pode presumir a impenhorabilidade, sob o risco de impossibilitar qualquer efetividade na execução, sendo necessário que a parte executada faça prova efetiva de que o bem constrito se enquadra nessa hipótese, ônus do qual a parte embargante não se desincumbiu.

XIX - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004005-97.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: K ASPER & CIA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004005-97.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: KASPER & CIA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rito ordinário ajuizada por KASPER & CIA LTDA em face da Agência Nacional de Petróleo – ANP, objetivando a anulação dos processos administrativos nº 48600.003217/2012-81 e 48600.003218/2012-25 que resultou na aplicação de duas multas no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) cada. Alternativamente, requer a redução em 50% (cinquenta por cento) do valor da multa imposta.

Afirma a autora que foi autuada por supostamente manter em funcionamento Pontos de Abastecimento sem a respectiva licença expedida pela ré, conforme prevê a Resolução ANP nº 12/2007.

Alega que a ré não possui competência para fiscalizar a atividade exercida pela autora, afronta ao princípio da legalidade; ofensa ao devido processo legal e não se caracteriza como Ponto de Abastecimento. Por fim, requerer a aplicação da multa no patamar mínimo.

Por meio de sentença, o MM Juízo *a quo* julgou improcedente a ação, artigo 487, inciso I, do CPC, condenando a autora em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 8% do valor atualizado da causa (fls. 382/384 - ID94763209).

Apela a autora, alegando, em preliminar, a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, sustenta que não exerce qualquer atividade econômica fiscalizada, ou regulada pela apelada. Alega violação ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo. Por fim, aduz a não caracterização de Ponto de Abastecimento, e, portanto, a inexistência de ilicitude que culminou com a lavratura do auto de infração (fls. 390/407).

Com contrarrazões às fls. 412/413, os autos foram encaminhados a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004005-97.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: KASPER & CIA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ARY RAGHIAN NETO - MS5449-A
APELADO: AGENCIA NACIONAL DO PETROLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Da preliminar de cerceamento de defesa.

Alega a recorrente que houve cerceamento de defesa uma vez indeferido pelo magistrado a quo o pedido de produção de prova pericial.

Na espécie, o r. julgador de piso entendeu ser desnecessária a prova pericial requerida pela apelante, por ter a mesma informado no processo administrativo que operava Pontos de Abastecimento, e consequentemente, decidiu contrariamente aos interesses da parte autora.

Pois bem, a apelante pretende por meio de prova pericial demonstrar que suas instalações de armazenagem de combustível não servem para abastecimento de veículos, mas sim, são destinadas a equipamentos fixos, no caso, silos de grãos.

Observa-se que em sede de impugnação à contestação (fls. 374/380) requereu a produção de prova pericial a fim de verificar se o recipiente de combustível se enquadra ou não ao conceito de Ponto de Abastecimento.

Ora, se, no presente caso, a alegação da apelante é o não enquadramento da instalação de armazenagem no conceito de Ponto de Abastecimento, inequívoco que o único meio de provar a situação fática é a prova pericial.

Desse modo, a sentença de primeira instância deve ser anulada, tendo em vista que impediu a produção de prova necessária para o julgamento do pleito, cerceando indevidamente o direito de defesa da apelante.

Nesse sentido, colho julgados desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA ANULADA.

1. Laudos carreados aos autos carecem de certa precisão quanto à magnitude dos danos, o que demandaria mesmo a realização de perícia judicial.

2. Pedido de realização de perícia ignorado pelo magistrado.

3. Sentenciamento com fundamento no artigo 330, inciso I, do CPC, que autoriza o julgamento antecipado da lide, não havendo que se falar em rejeição tácita dos pedidos de outras provas.

4. Provimento do apelo dos réus, acolhendo a preliminar arguida de cerceamento de defesa, com vistas ao regular prosseguimento do feito, prejudicada a remessa necessária.

(TRF3, AC n.º 0003924-45.2010.4.03.6112, Rel. JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUEN, TERCEIRA TURMA, j. 08/05/2014, e-DJF3 11/07/2014)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. COMPENSAÇÃO. ANULAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. PRODUÇÃO DE PROVAS. REQUERIMENTO EXPRESSO NA INICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PEDIDOS JULGADOS IMPROCEDENTES POR FALTA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. SENTENÇA ANULADA.

1. O art. 330, I, do CPC, possibilita ao magistrado conhecer diretamente do pedido, julgando antecipadamente a lide, nos casos em que a questão de mérito for unicamente de direito, ou quando de direito e de fato, prescindir de dilação probatória.

2. Desincumbiu-se a autora do ônus inscrito no art. 282, VI, do CPC, requerendo expressamente na inicial a produção de prova documental e pericial.

3. Inequivoco o desacerto da decisão recorrida ao efetuar a apreciação antecipada do meritum causae e julgar improcedentes pedidos da autora em virtude da ausência ou insuficiência de prova das alegações. Precedentes do STJ e do TRF3.

4. A antecipação do julgamento do mérito só tem lugar quando desnecessária a produção de provas. cerceamento de defesa caracterizado.

5. Apelação da autora provida para anular a sentença, ficando prejudicadas a remessa oficial e a apelação da União.

(TRF3, AC n.º 0002611-82.2006.4.03.6114, Rel. JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, SEXTA TURMA, j. 23/05/2013, e- 07/06/2013)

Ante o exposto, acolho a preliminar de cerceamento de defesa e, dou provimento ao apelo, para anular a sentença para que seja realizada prova pericial.

É como voto.

ANULATÓRIA. MULTA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. SENTENÇA ANULADA.

1. A apelante pretende por meio de prova pericial demonstrar que suas instalações de armazenagem de combustível não servem para abastecimento de veículos, mas sim, são destinadas a equipamentos fixos, no caso, silos de grãos.
2. Observa-se que em sede de impugnação à contestação (fls. 374/380) requereu a produção de prova pericial a fim de verificar se o recipiente de combustível se enquadra ou não ao conceito de Ponto de Abastecimento.
3. Ora, se, no presente caso, a alegação da apelante é o não enquadramento da instalação de armazenagem no conceito de Ponto de Abastecimento, inequívoco que o único meio de provar a situação fática é a prova pericial.
4. A sentença de primeira instância deve ser anulada, tendo em vista que impediu a produção de prova necessária para o julgamento do pleito, cerceando indevidamente o direito de defesa da apelante.
5. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. Apelo provido. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher a preliminar de cerceamento de defesa e, dar provimento ao apelo, para anular a sentença para que seja realizada prova pericial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA., nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000398-22.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TV SAO JOSE DO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000398-22.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TV SAO JOSE DO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, ajuizada por TV São José do Rio Preto S.A. em face da União Federal, pela qual a autora requereu a anulação de decisão administrativa que desconstituiu pedido de compensação já homologado e a extinção do crédito daí advindo. Requereu produção de prova pericial contábil.

Na sentença (fls. 53 e 54), o MM Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido, uma vez que a autoridade fiscal verificou não terem sido comprovadas as retenções informadas e, tempestivamente, reviu a decisão administrativa. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor atualizado da causa.

Em suas razões de Apelação (fls. 57 a 69), a autora requer a reforma da sentença em razão da ofensa ao direito adquirido ou pela constatação de seu direito a compensar o valor integral; alternativamente, requer a anulação da sentença em vista do cerceamento de defesa.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000398-22.2018.4.03.6106
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TV SAO JOSE DO RIO PRETO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE FERNANDO DE MELLO - SP288261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De início, sustentou a autora ser nula a sentença em razão da não apreciação do pedido de produção de prova pericial contábil, satisfazendo-se o Juízo com as informações prestadas pela União Federal em sua contestação, no tocante à não comprovação de que teriam ocorrido as devidas retenções de IR.

A parte autora juntou aos autos cópia integral do processo administrativo fiscal (fs. 35 e apensos). De fato, a análise de todos os documentos exige grau relevante de conhecimento contábil.

Logo, a perícia é necessária. Não poderia o d. Juízo *a quo*, ter julgado a demanda improcedente, mesmo sendo o destinatário da prova; acresce observar que o magistrado possui poder de instrução, inclusive devendo determinar a produção das provas necessárias. Essa é a inteligência do art. 370, *caput*, do CPC:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Nesse sentido é a jurisprudência do C. STJ:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. BEM PÚBLICO. PROVA DA CADEIA DOMINIAL. POSSIBILIDADE DE "GRILAGEM". INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. JULGAMENTO COM BASE NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. OCORRÊNCIA. NULIDADE DO PROCESSO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO.

(...)

2. Ocorrência de cerceamento de defesa na hipótese em que o juízo deixa de apreciar pedido de produção de prova pericial, mas fundamenta a sentença com base na ausência da prova que se pretendia produzir. Julgados desta Corte Superior.

(...)

7. Nulidade do processo, impondo-se o retorno dos autos ao juízo de origem a fim de que seja produzida a prova preterida.

8. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STJ, AgInt no REsp 1571216/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 07.06.2019)

Assim, é de rigor a anulação da r. sentença, devolvendo-se os autos à origem para a produção da prova necessária.

Diante do exposto, acolho a preliminar e dou provimento à Apelação, anulando a r. sentença e determinando o retorno dos autos à vara de origem para a regular instrução processual, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA.

1. A parte autora juntou aos autos cópia integral do processo administrativo fiscal (fs. 35 e apensos). De fato, a análise de todos os documentos exige grau relevante de conhecimento contábil.
2. Logo, a perícia é necessária. Não poderia o d. Juízo a quo, ter julgado a demanda improcedente, mesmo sendo o destinatário da prova; acresce observar que o magistrado possui poder de instrução, inclusive devendo determinar a produção das provas necessárias. Essa é a inteligência do art. 370, *caput*, do CPC
3. De rigor a anulação da r. sentença, devolvendo-se os autos à origem para a produção da prova necessária.
4. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu acolher a preliminar e dar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002951-58.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FRIGOLS.A.
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002951-58.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FRIGOL S.A.
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, ajuizada por Frigol S.A. em face da União Federal, pela qual a autora requereu o reconhecimento da nulidade da decisão administrativa que impôs penalidade e, consequentemente, reconhecimento da nulidade do débito.

Apresentada cópia do procedimento administrativo (fs. 179 a 220).

Na sentença (fs. 280 a 285), o MM Juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, não demonstrando a autora ausência de motivação na decisão administrativa ou incorreção quanto à penalidade.

Em suas razões de Apelação (fs. 301 a 326), a autora arguiu nulidade da sentença, por ausência de análise quanto ao reenquadramento da penalidade imposta e, no mérito, reiterou ser nula a decisão administrativa por não fundamentação e não comprovação da perda da primariedade.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002951-58.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: FRIGOL S.A.
Advogado do(a) APELANTE: JOSE ORIVALDO PERES JUNIOR - SP89794-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A preliminar de nulidade da sentença se confunde como mérito e assim será analisada.

Os atos administrativos estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, haja vista sua inafastabilidade. Porém, tal controle é realizado quanto ao efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo permitida a análise do mérito.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA TRAMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. INEXISTENTE. INÍCIO DO PRAZO A PARTIR DA CIÊNCIA.

I - O controle do Poder Judiciário, no tocante aos processos administrativos disciplinares, restringe-se ao exame do efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedado adentrar no mérito administrativo.

II - O controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos diz respeito ao seu amplo aspecto de obediência aos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna, sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Para tanto, a parte dita prejudicada deve demonstrar, de forma concreta, a mencionada ofensa aos referidos princípios. Nesse sentido: MS 21.985/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/5/2017, DJe 19/5/2017; MS 20.922/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 8/2/2017, DJe 14/2/2017.

(...)

(STJ, AgInt no RMS 47608/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, DJe 12.03.2018)

No caso em tela, não se constata a alegada ausência de motivação quanto à decisão administrativa e, consequentemente, não há que se falar em nulidade da sentença.

De fato, a decisão administrativa presente à fl. 216 é sucinta, mas a exposição dos motivos está presente na fl. 199, da qual consta a análise do relator do processo administrativo, exposta logo após a apresentação da defesa pela autora.

O mesmo ocorre ainda em relação ao *status* de reincidente. A documentação relativa a essa questão, presente nos autos (fs. 200 a 213), comprova a existência de demais infrações, ainda que nem todos os casos já se encontrassem julgados em definitivo ou com dívida inscrita; especificamente, a infração ora discutida se enquadra no art. 879, letra a, item 1, do Decreto 30.691/1952, constatada em 30.09.2014 e de cujo Auto de Infração 147/2014 a autora foi cientificada em 20.10.2014 (fs. 181), mesma conduta já verificada anteriormente (fs. 202, 203, 207). Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação, conforme fundamentação.

É o voto.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ATOS ADMINISTRATIVOS. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INFRAÇÃO DE PRINCÍPIO. INOCORRÊNCIA.

1. Os atos administrativos estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, haja vista sua inafastabilidade. Porém, tal controle é realizado quanto ao efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo permitida a análise do mérito.

2. No caso em tela, não se constata a alegada ausência de motivação quanto à decisão administrativa e, conseqüentemente, não há que se falar em nulidade da sentença. De fato, a decisão administrativa presente à fl. 216 é sucinta, mas a exposição dos motivos está presente na fl. 199, da qual consta a análise do relator do processo administrativo, exposta logo após a apresentação da defesa pela autora.

3. O mesmo ocorre ainda em relação ao *status* de reincidente. A documentação relativa a essa questão, presente nos autos (fs. 200 a 213), comprova a existência de demais infrações, ainda que nem todos os casos já se encontrassem julgados em definitivo ou com dívida inscrita; especificamente, a infração ora discutida se enquadra no art. 879, letra a, item 1, do Decreto 30.691/1952, constatada em 30.09.2014 e de cujo Auto de Infração 147/2014 a autora foi cientificada em 20.10.2014 (fs. 181), mesma conduta já verificada anteriormente (fs. 202, 203, 207). Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença.

4. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007031-55.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MARANOL SERVICOS ADUANEIROS E TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007031-55.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARANOL SERVICOS ADUANEIROS E TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, ajuizada por Maranol Serviços Aduaneiros e Transporte Internacional Ltda. em face da União Federal, pela qual requereu a anulação de título executivo e condenação da ré a pagar indenização por dano moral em razão do protesto de débito tributário adimplido.

Na sentença (fs. 141 a 147), o MM Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a ré a pagar indenização no montante de R\$5.000,00. Honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação.

Em suas razões de Apelação (fs. 151 a 156), a União Federal argumenta que inexistiu dano moral, inclusive em razão do reconhecimento do caráter indevido da inscrição do débito antes do ajuizamento da ação, sendo cancelado o protesto em 02.10.2015 (fs. 137); que o protesto não configura dano moral.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007031-55.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MARANOL SERVICOS ADUANEIROS E TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: THIAGO TESTINI DE MELLO MILLER - SP154860-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São elementos da responsabilidade civil a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, do qual surge o dever de indenizar.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 37, §6º, consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.

O aspecto característico da responsabilidade objetiva reside na desnecessidade de comprovação, por quem se apresente como lesado, da existência da culpa do agente ou do serviço.

Assim, para que o ente público responda objetivamente, suficiente que se comprovem a conduta da Administração, o resultado danoso e o nexo causal entre ambos, porém com possibilidade de exclusão da responsabilidade na hipótese de caso fortuito/força maior ou culpa exclusiva da vítima. Trata-se da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da teoria do risco administrativo.

Observe haver pacificado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o registro indevido junto ao CADIN ou protesto de título configura dano moral "in re ipsa", ou seja, por si mesma, inclusive em relação a pessoas jurídicas. Desse modo, verificado o dano moral, ainda que posteriormente tenha ocorrido o cancelamento do registro ou do protesto.

Colaciono julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. INSCRIÇÃO NO CADIN. PARCELAMENTO DO DÉBITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DO NOME DA EMPRESA DO CADASTRO. RESPONSABILIDADE DO INSS PELA BAIXA. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

6. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes gera o dever de indenizar o dano moral. Esta orientação pode ser, analogicamente, aplicada ao caso dos autos, na medida em que a ausência de exclusão do nome da empresa do CADIN acabou ensejando, ao final, um cadastro indevido, a partir do momento em que realizado o parcelamento do débito tributário.

7. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp 978031/RS, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, DJe 06.05.2009)

CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - PESSOA JURÍDICA - DANO MORAL.

I - A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (REsp nº 60.033-2-MG-DJ de 27.11.95).

II - Recurso conhecido e provido.

(STJ, Resp 147702/MA, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 21.11.1997)

No caso em tela, efetivamente houve o protesto do título (fls. 137), reconhecidamente indevido pela própria ré, de maneira que o posterior cancelamento do protesto e a anterioridade do próprio reconhecimento antes mesmo do ajuizamento da demanda não desconfigura o dano moral sofrido pela pessoa jurídica. Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação, conforme fundamentação.

É o voto.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. PROTESTO DE TÍTULO. PESSOA JURÍDICA DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

1. A Constituição Federal, em seu art. 37, §6º, consagra a responsabilidade do Estado de indenizar os danos causados por atos, omissivos ou comissivos, praticados pelos seus agentes a terceiros, independentemente de dolo ou culpa.

2. Há pacificado entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o registro indevido junto ao CADIN ou protesto de título configura dano moral "in re ipsa", ou seja, por si mesma, inclusive em relação a pessoas jurídicas. Desse modo, verificado o dano moral, ainda que posteriormente tenha ocorrido o cancelamento do registro ou do protesto.

3. No caso em tela, efetivamente houve o protesto do título (fls. 137), reconhecidamente indevido pela própria ré, de maneira que o posterior cancelamento do protesto e a anterioridade do próprio reconhecimento antes mesmo do ajuizamento da demanda não desconfigura o dano moral sofrido pela pessoa jurídica. Impõe-se, portanto, a manutenção da sentença.

4. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038297-86.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE AVIACAO CIVIL - ANAC
Advogado do(a) APELANTE: DALVA VIEIRA DAMASO MARUICHI - SP90042
APELADO: CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.
Advogado do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038297-86.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC
Advogado do(a) APELANTE: DALVA VIEIRA DAMASO MARUICHI - SP90042
APELADO: CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.
Advogado do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por CANADIAN AIRLINES INTERNACIONAL LTD em face da AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC, alegando que: em 29.05.2006, durante fiscalização da parte embargada no voo AC091, o fiscal da ANAC abordou a passageira Ingrid Hoffran da Silva e, ao verificar que a mesma possuía um bilhete com tarifa de operador, solicitou cópia do voucher de hospedagem que, por motivos desconhecidos da embargante, não foi apresentado ao fiscal; por este motivo foi autuada pela ANAC, por comercializar, por intermédio da empresa AIR INTERNATIONAL TOURS LTDA, o bilhete aéreo de nº 301491382109322, com tarifa de operador sigla "TT" sem inclusão de pacote terrestre, infringindo a legislação NOSAI TP-035 e do Código Brasileiro do Ar; havia voucher em nome da responsável pelo grupo, da qual fazia parte a mencionada passageira.

Embargos julgados procedentes, com condenação da parte embargada ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00, com base nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC/73, sob os seguintes fundamentos: as capitulações legais pela notificada infração são as contidas no art. 302, III, alínea "q" da Lei nº 7.565/86 (CBA) e NOSAI TP 35; após análise do processo administrativo acostado a estes autos, não restou esclarecida a razão da passageira em questão não ter apresentado o voucher ao fiscal da ANAC por ocasião da fiscalização realizada no citado voo, mas a parte embargante provou a emissão do citado documento, conforme consignado pela empresa AIR INTERNATIONAL TOURS LTDA, à fl. 52; citados vouchers estão encartados às fls. 45/46 dos autos e às fls. 47/51 constam os bilhetes dos passageiros discriminados nos citados vouchers, o que evidencia que viajaram em grupo, sendo as datas de partidas e chegadas idênticas; estes documentos comprovam as alegações contidas na inicial de que agiram de acordo com o disposto na NOSAI TP 035 quando comercializaram o bilhete da referida passageira, não infringindo nenhum dispositivo legal do Código Brasileiro de Aviação; destes documentos a ANAC não se insurgiu em sua impugnação nem apresentou nenhuma contraprova, entendendo o juízo serem válidos para comprovar o alegado pela parte embargante.

Interposto recurso de apelação pela ANAC, aduzindo que os vouchers apresentados no processo administrativo estavam em nome de outra pessoa e seu grupo, não tendo a apelada estabelecido qualquer relação entre esses vouchers e a passageira interpelada pela fiscalização no referido voo. Ao final, requer a redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0038297-86.2010.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL - ANAC
Advogado do(a) APELANTE: DALVA VIEIRA DAMASO MARUICHI - SP90042
APELADO: CANADIAN AIRLINES INTERNATIONAL LTD.
Advogado do(a) APELADO: RICARDO BERNARDI - SP119576-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à apelante.

Acerca da cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, dispõe a Lei nº 6.830/80:

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

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

§ 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

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

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

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

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

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

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

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

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente."

Todavia, no caso dos autos, verifica-se que o título executivo efetivamente não se reveste dos requisitos de certeza e liquidez.

Com efeito, da análise dos documentos acostados aos autos, em especial aqueles de fls. 45/46 dos autos físicos destes embargos (ID 104628494), verifica-se que os vouchers não apresentados pela passageira fiscalizada pela ANAC encontram-se acostados aos autos, com destaque para as seguintes informações neles constantes:

- referem-se a hospedagem em dois hotéis, um em Toronto, no período de 04 a 07 de junho, e outro em Vancouver, no período de 30 de maio a 01 de junho;
- ambos estão em nome de MAZORCHE/WANIA MRS & PARTY;
- correspondem à reserva para 5 adultos, sendo 1 quarto individual (single) e 2 quartos duplos (double);
- menciona INTERNATIONAL SCHOOLS FAMTOUR GROUP.

Por sua vez, os documentos de fls. 47/51 são referentes aos bilhetes aéreos, em nome de MARIA EUGÊNIA SANSON, WANIA MAZORCHE, ESTER GUEDES, INGRID HOFFMAN DA SILVA (passageira fiscalizada) e VILMA MOUTINHO, com data de saída do Brasil em 29 de maio e retorno em 04 de junho.

Desse modo, resta evidenciado que viajavam em grupo de cinco pessoas adultas, incluindo a passageira fiscalizada.

A apelante não impugnou referidos documentos nem apresentou contraprova, devendo ser considerados válidos para desconstituir a presunção de liquidez e certeza do título.

Por fim, não há se falar em redução da verba honorária, fixada em R\$ 500,00, uma vez que o valor atribuído à causa nestes embargos foi de R\$ 5.187,52, em setembro de 2010, estando em consonância, portanto, como disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC/73, bem como como entendimento desta Turma.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação da ANAC**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ANAC. MULTA ADMINISTRATIVA. CDA. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA ILIDIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Conquanto o título executivo se revista de presunção de liquidez e certeza, pode o devedor, opondo embargos, desconstituir o título.

II - No caso dos autos, conforme os documentos acostados, verifica-se que os vouchers não apresentados pela passageira fiscalizada pela ANAC encontram-se acostados aos autos, restando evidenciado que viajavam em grupo de cinco pessoas adultas, incluindo a passageira fiscalizada.

III - A apelante não impugnou referidos documentos nem apresentou contraprova, devendo ser considerados válidos para desconstituir a presunção de liquidez e certeza do título.

IV - Não há se falar em redução da verba honorária, fixada em R\$ 500,00, uma vez que o valor atribuído à causa nestes embargos foi de R\$ 5.187,52, em setembro de 2010, estando em consonância, portanto, como disposto nos §§ 3º e 4º, do art. 20, do CPC/73, bem como como entendimento desta Turma.

V - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0023178-07.2015.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ADEMIR LEMOS DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE MORAIS E CASTRO - MS3026-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0023178-07.2015.4.03.9999

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: ADEMIR LEMOS DA SILVA

Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE MORAIS E CASTRO - MS3026-A

APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por ADEMIR LEMOS DA SILVA em face do INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA.

Rejeitados os presentes embargos, em razão de sua intempestividade, com condenação do embargante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.400,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, sob os seguintes fundamentos: de acordo com o art. 16 da Lei nº 6.830/80, nos processos de execução fiscal, o executado pode oferecer embargos no prazo de trinta dias, contados da intimação da penhora; diferentemente do disposto no procedimento de embargos à execução comum descrito pelo CPC, o termo inicial do prazo de interposição dos embargos à execução fiscal, tratado por lei específica, é a data da efetiva intimação acerca da penhora e não a data da juntada do mandado de intimação; no caso sob exame, compulsando os autos da execução fiscal, verifica-se que o embargante foi pessoalmente intimado acerca da penhora e da avaliação em 02.10.2014, conforme se observa da certidão do Oficial de Justiça acostada à fl. 152 daqueles autos; assim, o termo inicial para contagem do prazo para embargos foi o dia 02.10.2014, de sorte que o prazo para a oposição dos embargos expirou em 03.11.2014; consoante se extrai da petição inicial e dados constantes do registro no SAJ, os presentes embargos somente foram ajuizados em 12.11.2014, intempestivamente, portanto.

Interposto recurso de apelação pelo embargante, alegando que: foi considerada como data de intimação da penhora o dia 02.10.2014 (fl. 152), mas nessa mesma folha, a data de intimação correta é 09.10.2014; o mandado foi para penhora, depósito, avaliação e intimação para embargos; no entanto, o Oficial de Justiça efetuou a penhora, o depósito e a intimação, mas não procedeu à avaliação do bem penhorado, tendo sido lavrado o laudo de avaliação somente em 13.10.2014; assim, o mandado não foi integralmente cumprido em 02.10.2014, pois o laudo só foi lavrado em 13.10.2014; assim, o prazo de trinta dias teria iniciado em 14.10.2014, e os embargos foram ajuizados em 12.11.2014, tempestivamente, portanto; nos termos do art. 13 da LEF, a avaliação deve constar no auto ou termo de penhora; acrescenta que não poderia nem mesmo ocorrer a intimação do executado para embargar a execução, porque esta ainda não estava segura, como determina o § 1º, do art. 16 da Lei nº 6.830/80, pois o bem penhorado é de valor insuficiente para fazer face à garantia. Aduz, outrossim, terem sido expedidos dois mandados de penhora, depósito, avaliação e intimação no mesmo processo de execução fiscal, de um único bem, não tendo havido apreciação do MM. Juízo *a quo* a esse respeito. Ao final, sustenta sua ilegitimidade passiva para figurar na execução fiscal em tela, uma vez que o verdadeiro devedor é o dono da mercadoria e do caminhão, qual seja, seu patrão, pois o ora embargante é empregado do real proprietário da mercadoria e do transporte.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0023178-07.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: ADEMIR LEMOS DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE MORAIS E CASTRO - MS3026-A
APELADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
Advogado do(a) APELADO: MARCO AURELIO DE OLIVEIRA ROCHA - MS7112-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Lei nº 6.830/80, em seu art. 16, inciso III, prevê que os embargos à execução fiscal devem ser ajuizados no prazo de 30 dias a contar da intimação de penhora.

Nesse sentido já se pacificou a jurisprudência do C. STJ:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE HAVER MÉDICO VETERINÁRIO NO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS PARA CONTROLE DE ZOONOSES. SÚMULA 7/STJ. INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. *Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que não reconheceu a necessidade de haver médico veterinário nos quadros do órgão para controle de zoonoses.*

2. *A Corte de origem, ao analisar os autos, asseverou que “o referido órgão público exerce atividades de vigilância sanitária e zoonoses, que não dependem da presença de médico-veterinário, nem presta serviços médico-veterinários a terceiros, tais não se constituindo em ‘atividades peculiares à medicina veterinária’ (art. 1º do Decreto nº 70.206/72 c/c art. 5º, 6º e 27 da Lei nº 5.517/68)”. Como se vê, a instância de origem decidiu a questão com fundamento no suporte fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.*

3. *A jurisprudência do STJ é firme que o termo inicial para a oposição dos Embargos à Execução Fiscal é a data da efetiva intimação da penhora, e não a da juntada do mandado aos autos. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, in casu, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”*

4. *Recurso Especial não provido.”*

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.814.068/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10.09.2019, DJe 11.10.2019)

Cumpra observar ser irrelevante ao deslinde da questão o fato de terem sido expedidos dois mandados de penhora para o mesmo bem, porquanto resta incontroverso que o embargante foi intimado da penhora em 02.10.2014, ainda que a avaliação do bem constrito tenha sido efetuada em 13.10.2014 e tanto a legislação como a jurisprudência convergem no sentido de que o termo inicial para oposição de embargos à execução fiscal é a data da intimação da penhora, não da realização da avaliação ou da intimação acerca da avaliação.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO. ARTIGO 16, III, DA LEF. TERMO INICIAL. EFETIVA INTIMAÇÃO DA PENHORA. INTEMPESTIVIDADE CARACTERIZADA.

1 - A Lei nº 6.830/80, em seu art. 16, inciso III, prevê que os embargos à execução fiscal devem ser ajuizados no prazo de 30 dias a contar da intimação de penhora.

II - *In casu*, a intimação da penhora se deu em 02.10.2014, sendo este o marco inicial do prazo para a apresentação dos embargos. Ora, tendo sido protocolados os embargos somente em 12.11.2014, quando já findado o prazo legal, resta caracterizada sua intempestividade.

III – Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019961-21.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RONTAN ELETRO METALURGICA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019961-21.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RONTAN ELETRO METALURGICA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno (ID 7913155) interposto por Rontan Eletro Metalúrgica Ltda. contra a decisão proferida por este Relator (ID 7116866) que, nos termos do artigo 932, do CPC/2015, negou provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicado o agravo interno (ID nº 4233754).

Em suas razões de inconformismo a agravante Rontan Eletro Metalúrgica Ltda., alega, em síntese, que apesar de o Auditor Fiscal já ter aplicado a multa de ofício de 75% do tributo devido, aprovou a cumulação de outra multa equivalente à soma do “valor comercial da mercadoria” no valor de R\$ 86.007.090,19, além da cumulação de multas, em evidente *bis in idem*, é evidente o seu caráter confiscatório, extrapolando por completo a realidade da empresa, ante a manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade, o que deve ser acolhida a exceção de pré-executividade, ante a nulidade da CDA.

Intimada, a parte agravada se manifestou (ID 8120405).

É o relatório.

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5019961-21.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: RONTAN ELETRO METALURGICA LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Exmo. Sr. Desembargador Federal Marcelo Saraiva.

As razões expostas pela agravante em nada abalaram a fundamentação.

Inicialmente, há de se reafirmar, no presente caso, a possibilidade de aplicação do disposto no art. 932 do CPC, que conferiu ao Relator a possibilidade de dar ou negar provimento ao recurso.

"Art. 932. Incumbe ao relator:

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

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

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

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível."

Quanto à questão principal, reitere-se que, a questão controversa apresentada no presente recurso envolve a discussão acerca da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", momento no que tange a suposta ocorrência de nulidade do título executivo, sua respectiva iliquidez e legalidade da aplicação da multa que lhe foi imposta.

Por primeiro, sabe-se que a denominada "exceção de pré-executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do Juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documental com prova do cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas.

A fim de pacificar o entendimento, destaco, ainda, que o c. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393, abaixo transcrita:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

O caso dos autos está a revelar que não se trata de questão a ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, tendo em vista que as alegações formuladas pelo agravante necessitam de dilação probatória.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NULIDADE DA CDA. QUESTÃO QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATÍVEL COM A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESP. 1.104.900/ES, REL. MIN. DENISE ARRUDA, DJE 01.04.2009, JULGADO SOB ORITO DO ART. 543-C DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegação de substituição da penhora, suspensão da exigibilidade do débito e que a matéria encontra-se sobre juízo em outra demanda não são passíveis de exame em sede de exceção de pré-executividade, conforme consignado no julgado impugnado, somente seria possível a análise de tais alegações mediante dilação probatória, não sendo a exceção de pré-executividade o remédio jurídico adequado. Tal entendimento encontra amparo na jurisprudência desta Corte.

2. No julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual a exceção de pré-executividade constitui meio legítimo para discutir questões que possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras, desde que desnecessária a dilação probatória.

3. No caso, quanto à nulidade da CDA, deve-se registrar que, a jurisprudência desta Corte já orientou que a verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA demanda, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-jurídico dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento."

(STJ-1ª Turma, AgRg no AREsp 449834/SP, DJe 14/09/2015, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TESES DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONVERSÃO EM RENDA DE DEPÓSITO JUDICIAL E PRESCRIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que não cabe a exceção de pré-executividade para a discussão de matéria fática controvertida, em que necessária dilação probatória para a prova do fato invocado na defesa contra a execução fiscal, fundada em título executivo, que goza de presunção de liquidez e certeza. A alegação de que a conversão em renda foi suficiente para extinguir o crédito tributário, não havendo saldo executável, exige dilação probatória em relação à própria exatidão de valores depositados, como ainda da proporção válida, entre valores convertidos e levantados, para efetiva extinção do crédito tributário, dada a divergência resultante de planilhas conflitantes, inclusive por alegação de decadência de certos valores, não podendo em exceção de pré-executividade ser reconhecido direito sem prova cabal da situação narrada e contra a presunção que milita a favor do título executivo. 2. Também consolidada a jurisprudência no sentido de que a prescrição para cobrança do crédito tributário ocorre em cinco anos contados da constituição definitiva, nos termos do caput do artigo 174 do CTN, sem prejuízos de causas interruptivas; sendo que, no caso, após constituição por Termo de Confissão Espontânea (TCE) e parcelamento, a prescrição somente é contada a partir da rescisão do acordo com notificação do devedor; sendo que a execução fiscal foi ajuizada, em 14/12/1994, enquanto a notificação sobre o próprio parcelamento ocorreu em 11/01/1994, não havendo prescrição à luz das Súmulas 78/TFR e 106/STJ. 3. Caso em que não consta arquivamento provisório do feito, por inércia da PFN, restando demonstrado pelos atos praticados dentro da execução fiscal que não houve inércia exclusiva e culposa por parte da executante capaz de justificar o acolhimento da prescrição, inclusive porque não houve traslado de todas as peças necessárias a com prova r o fato constitutivo alegado pela agravante, estando claro que a falta de citação, suprida por comparecimento espontâneo, foi decorrência de informações equivocadas, dadas pela executada, que frustraram a consecução do ato processual, apesar das diversas tentativas feitas. 4. Assim, por exemplo, consta que o endereço da empresa indicado na procuração de 22/12/2004 é o da Rodovia SP 342, Km 225,5, em São João da Boa Vista, mesmo endereço da inicial da execução fiscal ajuizada em 14/12/1994, da qual resultou negativa a citação, constatando-se o abandono do local desde 13/02/1995, enquanto na petição inicial deste recurso apontou-se a sede à Rua Rubi, 37, São João da Boa Vista/SP, local onde o oficial de justiça igualmente diligenciou em 31/05/1995, sendo informado de que "ali nunca houve cerealista alguma instalada". 5. Agravo inominado desprovido."

(AGRAVO DE INSTRUMENTO - 433972, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, data da publicação 27/07/2012).

Como bem afirmou o MM. Juízo "a quo":

"Inicialmente, cumpre asseverar que a defesa oferecida pelo executado nos próprios autos da execução e independente de garantia - ao contrário dos embargos, não possui previsão legal.

Trata-se de criação doutrinária e jurisprudencial somente admitida nos casos em que a matéria alegada é de ordem pública, ou que possa ser conhecida de ofício pelo juiz, independentemente de qualquer dilação probatória. Sua aceitação nos próprios autos da execução é feita em atenção ao princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas. No presente caso, este Juízo proferiu decisão em 08 de novembro de 2016 negando o pedido feito suspensivo à exceção (fls. 64), diante da constatação de "bis in idem" na aplicação da multa isolada e seu caráter confiscatório já foram objeto de discussão na ação de mandado de segurança 0005095-04.2014.4.03.6110, atualmente em fase de recurso de apelação. Não houve fato novo que ensejasse a revisão de tal entendimento. Mostra-se absolutamente inviável que dois Juízos distintos sejam acionados para decidir a mesma questão. (...)."

Assim, forçoso reconhecer, que a r. decisão agravada encontra-se devidamente fundamentada e que a execução fiscal em questão encontra-se aparelhada com Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita, formalmente em ordem, restando atendidos os comandos do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, bem como o artigo 202 do Código Tributário Nacional.

Assim, a r. decisão ora agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC/2015, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

Por tais razões, nego provimento ao presente agravo.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do C. STJ e desta Eg. Corte, com supedâneo no art. 932, do CPC/2015, inexistindo qualquer ilegalidade ou abuso de poder.
2. A questão controversa apresentada no presente recurso envolve a discussão acerca da r. decisão proferida pelo MM. Juízo "a quo", mormente no que tange a suposta ocorrência de nulidade do título executivo, sua respectiva ilíquidez e legalidade da aplicação da multa que lhe foi imposta.
3. A denominada "exceção de pré-executividade" admite a defesa do executado sem a garantia do Juízo somente nas hipóteses excepcionais de ilegitimidade de parte ou pagamento documentalmente com prova do cancelamento de débito, anistia, remissão e outras situações reconhecíveis de plano, ou seja, a sua admissibilidade deve basear-se em prova inequívoca não sendo cabível nos casos em que há necessidade de produção de provas.
4. A fim de pacificar o entendimento, o C. STJ tratou do tema por meio da edição da Súmula nº 393.
5. O caso dos autos está a revelar que não se trata de questão a ser apreciada em sede de exceção de pré-executividade, tendo em vista que as alegações formuladas pela agravante necessitam de dilação probatória.
6. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0031096-48.2007.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PAULISPELL INDÚSTRIA PAULISTA DE PAPEIS E PAPELAO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CIBELE GONSALEZ ITO - SP179444
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0031096-48.2007.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PAULISPELL INDÚSTRIA PAULISTA DE PAPEIS E PAPELAO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CIBELE GONSALEZ ITO - SP179444
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por PAULISPELL INDÚSTRIA PAULISTA E PAPELAO LTDA. em face da FAZENDA NACIONAL, alegando, em síntese: ocorrência de prescrição; ilegalidade da tributação de IPI; ilegalidade da cobrança da Taxa SELIC; ilegalidade da cobrança da multa no percentual de 20%.

Embargos julgados improcedentes, sob os seguintes fundamentos: no caso dos autos, os débitos indicados na CDA tiveram vencimentos nos meses de janeiro de 2000 a janeiro de 2002; a inscrição da Dívida Ativa ocorreu em 30.10.2003; a ação executiva foi proposta em 17.06.2004 e a citação foi ordenada; logo, a constituição do crédito tributário foi formalizada dentro do prazo legal, não se podendo falar, portanto, em prescrição; afirma a embargante que sua atividade não consiste na fabricação de produto industrializado, mas na prestação de serviços e, portanto, não estaria sujeita à incidência de IPI e sim, de ISS; da análise da inicial nota-se que a própria embargante reconhece que fábrica bens de consumo, no caso, embalagens de papelão, em pequena escala, sob encomenda; o fato de serem encomendados ou mesmo de serem produzidos/fabricados sob medida ou encomenda, em nada altera a natureza da operação industrial; os documentos juntados pela embargante não permitem, por si só, demonstrar que a atividade exercida por ela se sujeita ao ISS e não ao IPI, não logrando êxito, portanto, em se desvencilhar dos argumentos da parte contrária; e, ainda, não há como justapor a atividade da embargante na relação de "serviços" prevista no Decreto-Lei nº 408/68; no que diz respeito à alegada incidência do tributo sobre o seguro e frete, não há nos autos qualquer fato que ateste tal imposição; quanto à aplicação e aos cálculos dos juros de mora devidos na espécie, o não pagamento de tributo no prazo indicado na legislação constitui infração à obrigação tributária, de índole objetiva, que, por isso, independe da intenção do responsável, nos termos do art. 136 do CTN; perfeitamente legal e constitucional a disciplina dos juros de mora aplicáveis aos créditos tributários através de lei ordinária, não havendo nenhum óbice para a incidência de juros nos moldes de legislação específica (Leis nºs 8.981/95 e 9.065/95), permitindo a aplicação do percentual superior a 1% ao mês; a limitação do § 3º, do art. 192, da CF, aplica-se ao sistema financeiro nacional e não às relações tributárias, regidas por legislação própria; a utilização da Taxa SELIC decorre de previsão legal e já foi objeto de discussão e julgamento pelos Tribunais Superiores, não havendo mais lugar para questionamentos sobre sua aplicação; a teor da Súmula 209/TFR, é legítima a cobrança cumulativa de juros de mora e multa moratória; a aplicação da multa, imposta no percentual de 20%, não representa confisco, mas legítimo elemento para separar o contribuinte adimplente daquele que insiste em ignorar a força cogente do mandamento legal; a multa em tela não está sujeita ao estabelecido no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que não se fala em relação de consumo.

Interposto recurso de apelação pela empresa executada, aduzindo: nulidade do título, por falta de liquidez, ante a impossibilidade de inclusão de frete e seguro na base de cálculo do imposto (a própria CDA 80.3.03.002580-50 dá conta dos valores referentes ao frete e seguro, que foram incluídos na base de cálculo do imposto, nos termos do art. 14, II, da Lei nº 4.502/64, alterado pelo art. 15, da Lei nº 7.798/89), que contraria o disposto no art. 47 do CTN, já que frete e seguro não têm correspondência com o produto industrializado, tendo em vista que são elementos da obrigação contratada pelos particulares para a entrega do produto final; caso não se reconheça a nulidade da CDA, deve esta ser retificada, para a exclusão da base de cálculo do imposto dos valores de frete e seguro; nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, como o IPI, a declaração feita pelo contribuinte, através da DCTF, constitui definitivamente o crédito tributário, iniciando-se, a partir de então, o prazo prescricional, que deve ser interrompido antes do prazo de cinco anos; no caso dos autos, o débito foi constituído entre 2000 e 2001, com a entrega das DCTFs apresentadas até 15.02.2002, ressaltando-se que a própria CDA menciona que se trata de débito declarado e não pago; assim, o fisco tinha até 15.02.2007 para interromper o prazo prescricional, o que somente ocorreu em 29.03.2007, com a citação regular da apelante; à época em que foi ajuizada a execução fiscal, em 2004, a interrupção da prescrição se dava com a efetiva citação do contribuinte, nos termos do então vigente art. 174, *caput* e parágrafo único, I, do CTN; ilegalidade da tributação de IPI, porquanto os bens de consumo produzidos pela apelante, à época dos fatos, eram fabricados sob encomenda, tratando-se de embalagens de papelão feitas em pequena escala, mediante o atendimento de especificações exigidas por cada cliente, adquiridas essas mercadorias antes mesmo de fabricadas; daí, o serviço prestado pela apelante consistia na entrega dos produtos - caixas de papelão - aos seus respectivos tomadores, como conclusão da prestação; ainda que esses bens tenham sido fabricados por uma indústria, como é o caso da apelante, não se estava diante de atividade tributável pelo IPI, e sim, pelo ISS, pois a obrigação, no caso da apelante, é de fazer; a Taxa SELIC não tem aplicação no caso dos autos, quer porque fere o princípio da legalidade, quer porque está em desacordo com o disposto no § 1º, do art. 161, do CTN, e no art. 146, III, da CF; o percentual a multa utilizado pela apelada deve ser afastado, quer porque possui caráter confiscatório, quer porque tal percentual não está previsto em lei complementar.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0031096-48.2007.4.03.6182
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: PAULISPELL INDUSTRIA PAULISTA DE PAPEIS E PAPELÃO LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CIBELE GONSALEZ ITO - SP179444
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, in verbis: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regramento em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDecl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Eis o dispositivo e a ementa do mencionado recurso repetitivo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTU SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTU DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGADA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgrG nos EREsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis:

"A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional:

"Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)."

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que:

"Para CÁMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.' Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua contagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.120.295/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12.05.2010, DJe 21.05.2010)

O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário. No entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADA. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a adesão a parcelamento tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito e interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, IV, do CTN, voltando a correr o prazo a partir do inadimplemento da última parcela pelo contribuinte.

4. Ao dirimir a controvérsia, a Corte local, em consonância com o entendimento do STJ e com base nos elementos probatórios juntados aos autos, considerou não caracterizada a prescrição, em virtude da sua interrupção por adesão a programa de parcelamento.

(...)"

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.728.845/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10.04.2018, DJe 28.05.2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PARCELADO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPEDIMENTO DE O FISCO EXECUTAR QUALQUER ATO DE COBRANÇA CONTRA O DEVEDOR. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) obstam a prática de atos que visem à sua cobrança, tais como inscrição em Dívida Ativa, execução e penhora. Precedentes: REsp. 572.603/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 5.9.2005; AgRg no AREsp. 356.479/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 8.4.2016.

3. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que houve o parcelamento do débito tributário no período de 4/2000 a 3/2008, e a Execução Fiscal foi proposta em 8.9.2003. Assim, havendo causa suspensiva da exigibilidade do crédito devido, o Fisco deveria se manter inerte, sem praticar qualquer ato de cobrança ao contribuinte, uma vez que não há nenhum prejuízo à parte exequente, já que a prescrição do crédito também se encontra suspensa.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento."

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.588.781/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30.11.2017, DJe 06.12.2017)

In casu, o despacho citatório foi proferido em 14.07.2004, anteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUÇÃO. PRECEDENTES.

(...)

5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor; sob pena de retroação da novel legislação.

(...)

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expandida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 999901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009)

No caso dos autos, o crédito tributário foi constituído na data da entrega da DCTF, em 15.02.2002, a execução fiscal foi ajuizada em 17.06.2004 e o despacho inicial de citação foi proferido em 14.07.2004, com citação efetiva da executada em 29.03.2007.

Cumprir observar que a citação inicialmente tentada foi infrutífera por não ter sido localizada a empresa executada no endereço indicado pela exequente, não podendo ser imputado esse fato ao Judiciário.

Ainda, por se tratar de dívida tributária, não se aplica a suspensão do prazo prescricional por 180 dias, baseada no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

Sobre o tema já se manifestou a Corte Superior:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. FEITO EXECUTIVO AJUIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO: CITAÇÃO. MORATÓRIA. SUSPENSÃO. LEIS MUNICIPAIS. SÚMULA 280/STF.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não-tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária. No processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(REsp 1192368/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 15/04/2011)

Todavia, conquanto não ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (15.02.2002) e a data do ajuizamento da ação (17.06.2004), verifica-se não ser possível, no caso concreto, retroagir a interrupção da prescrição, porquanto não efetuado o ato citatório no prazo do art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC/73.

Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. AÇÃO DE EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CITAÇÃO REALIZADA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DO ART. 219, §§ 2º E 4º, DO CPC/1973. ERRO NO ENDEREÇO DO RÉU. FATO IMPUTÁVEL AO AUTOR. RETROAÇÃO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO OPERADA PELO ATO CITATÓRIO À DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. TESE RECURSAL DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

5. A par disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que: "Nos termos do art. 219, § 4º, do CPC, não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição, a qual somente se interrompe, com efeitos retroativos à data da propositura da ação, quando verificada que sua demora se deu por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, nos termos da Súmula 106/STJ" (AgRg no AREsp 377.437/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe de 06/05/2015).

6. In casu, a Corte de origem, com base no exame do suporte fático-probatório dos autos, consignou que, embora a ação tenha sido ajuizada dentro do prazo prescricional, em 08/06/1996, sob a égide do Código Civil de 1916, segundo o qual a prescrição só se interrompia com a citação pessoal do devedor (art. 175, I, do CC/16), o ato citatório só se efetivou em 2004, isto é, após já escoado o prazo prescricional trienal, que se findou em 2002 e 2003. Salientou, ainda, que o mandado citatório não pôde ser cumprido por inexistência do endereço do réu, razão pela qual o efeito interruptivo da prescrição não retroage à data da propositura da demanda, já que a frustração do ato citatório não pode ser atribuída aos embargos cartorários.

7. É mister reconhecer que o entendimento esposado no v. acórdão recorrido está em consonância com a iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assente no sentido de que "...a citação interrompe a prescrição, mas a retroação da interrupção à data da propositura da ação somente ocorre quando o ato citatório for tempestivamente promovido pela parte autora, a qual não é prejudicada pela demora imputável ao Poder Judiciário (Súmula 106/STJ)". Caso concreto no qual o Tribunal de origem reconheceu a negligência da parte em promover o ato citatório, motivo da prescrição da ação" (AgInt no AREsp 1.219.943/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/5/2018, DJe de 1º/06/2018).

(...)"

(STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 171.157/RJ, Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), j. 30.08.2019, DJe 04.09.2018)

Tendo a União decaído integralmente do pedido, deve ser condenada ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, bem como considerando o entendimento desta Quarta Turma.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de apelação da executada**, para reconhecer a ocorrência de prescrição, com condenação da embargada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. CITAÇÃO REALIZADA APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DO ART. 219, §§ 3º E 4º DO CPC/1973. ERRO NO ENDEREÇO DA EXECUTADA. FATO IMPUTÁVEL À EXEQUENTE. RETROAÇÃO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO OPERADA PELO ATO CITATÓRIO À DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO C. STJ.

I - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que foi posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no RESP nº 362.256/SC.

II - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

III - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

IV - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

V - Despacho citatório proferido em 14.07.2004, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

VI - No caso dos autos, o crédito tributário foi constituído na data da entrega da DCTF (15.02.2002), a execução fiscal foi ajuizada em 17.06.2004 e o despacho inicial de citação foi proferido em 14.07.2004, com citação efetiva da executada em 29.03.2007.

VII - Cumpre observar que a citação inicialmente tentada foi infrutífera por não ter sido localizada a empresa executada no endereço indicado pela exequente, não podendo ser imputado esse fato ao Judiciário.

VIII - Conquanto não ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (15.02.2002) e a data do ajuizamento da ação (17.06.2004), verifica-se não ser possível, no caso concreto, retroagir a interrupção da prescrição, porquanto não efetuado o ato citatório no prazo do art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC/73. Precedentes do C. STJ.

IX - Tendo a União decaído integralmente do pedido, deve ser condenada ao pagamento da verba honorária, fixada em 10% sobre o valor atualizado atribuído à causa, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/73, bem como considerando o entendimento desta Quarta Turma.

X - Recurso de apelação provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005594-77.2012.4.03.6103

RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA

APELANTE: NADIA DE JESUS CHAMAOUN, LEILA APARECIDA CHAMAOUN VENEZIANI SILVA

Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306

Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CALIFORNIA FRIED CHICKEN COMERCIO DE FRANGO FRITO LTDA

Advogado do(a) APELADO: TARCISIO RODOLFO SOARES - SP103898-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005594-77.2012.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: NADIA DE JESUS CHAMAOUN, LEILA APARECIDA CHAMAOUN VENEZIANI SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306
Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CALIFORNIA FRIED CHICKEN COMERCIO DE FRANGO FRITO LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por LEILA APARECIDA CHAMAOUN V. SILVA e NADIA DE JESUS CHAMAOUN em face da FAZENDA NACIONAL, sustentando a ocorrência de prescrição intercorrente, bem como a ocorrência da preclusão da matéria de legitimidade passiva na execução fiscal em apenso. Aduzem a irregularidade da sua inclusão como responsáveis tributárias da pessoa jurídica, negando a prática de atos contrários à lei ou fraudulentos, que autorizem a aplicação do art. 135 do CTN, pugnano pela desconstituição da penhora de ativos financeiros.

Embargos julgados improcedentes, sob os seguintes fundamentos: pelo exame da execução fiscal em apenso, verifica-se que a empresa não foi localizada para citação em 2003 e as sócias foram incluídas no polo passivo em 2005, com efetivação das citações em fevereiro e março de 2006, com penhora de bens de sua propriedade; posteriormente, foi dada por citada a empresa, diante de sua manifestação nos autos em 23.01.2007; em agosto de 2009 foi revogada a decisão de inclusão das sócias no polo passivo, tomando sem efeito os atos citatórios; a decisão foi suspensa até a constatação da atividade da pessoa jurídica por Oficial de Justiça; constatada a dissolução irregular, foram mantidas as sócias no polo passivo, com a determinação de penhora de ativos financeiros; embora a citação da pessoa jurídica tenha sido em 23.01.2007 e o redirecionamento da execução em relação às sócias tenha ocorrido em maio de 2012, verifica-se, no caso, que não houve prescrição intercorrente, a qual se materializaria se a demora na execução fiscal fosse atribuída à falta de impulso da exequente para promover diligências tendentes a encontrar o devedor ou bens a ele pertencentes, o que não é a hipótese dos autos; não há se falar em nova citação das executadas para efetivação do bloqueio via BACENJUD, uma vez que as citações iniciais não foram anuladas na execução fiscal em apenso; a questão referente à legitimidade de parte é matéria de ordem pública, passível de apreciação *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 301, § 4º, do CPC) e não se submete à preclusão; a inclusão dos sócios-gerentes, diretores ou representantes legais somente poderá ocorrer após a efetiva comprovação pelo exequente da realização de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, matéria sumulada pelo E. STJ (Súmula 430); no caso concreto, o Sr. Oficial de Justiça certificou o encerramento das atividades da pessoa jurídica, o que configura indício de dissolução irregular, ensejando a responsabilização dos gerentes da sociedade, nos termos da Súmula 435/STJ; as embargantes, segundo registrado na Ficha Cadastral expedida pela JUCESP exerciam cargo de gerência, logo, correta suas inclusões como responsáveis tributárias.

Opostos embargos de declaração pelas sócias executadas, alegando a ocorrência de omissão quanto à questão da impossibilidade de rediscussão da matéria referente à legitimidade passiva das embargantes, os quais foram rejeitados.

Interposto recurso de apelação pelas embargantes, aduzindo a ocorrência da prescrição para o redirecionamento da execução às sócias, que deve ocorrer até cinco anos após a citação da empresa executada, independentemente da inércia da apelada, sendo que, no caso em tela, a empresa executada deu-se por citada em 23.01.2007 e o MM. Juízo *a quo* determinou o redirecionamento da execução, com a inclusão das apelantes no polo passivo em 15.05.2012. Sustentam, ainda, que uma decisão, mesmo interlocutória, somente pode ser reformada através de recurso especificado legalmente, conforme disposto nos arts. 471 e 473 do CPC. Na hipótese em comento, a decisão que excluiu as apelantes do polo passivo da execução fiscal não foi impugnada pela apelada, motivo pelo qual não caberia ao MM. Juízo *a quo* rediscutir essa matéria.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005594-77.2012.4.03.6103
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: NADIA DE JESUS CHAMAOUN, LEILA APARECIDA CHAMAOUN VENEZIANI SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306
Advogado do(a) APELANTE: ALAN MANCASTROPI OTANI - SP193306
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CALIFORNIA FRIED CHICKEN COMERCIO DE FRANGO FRITO LTDA
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

Todavia, a discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

Em razão disso, houve um novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, na mencionada Corte Superior, cuja transcrevo a seguir, na íntegra:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (AFETADO NA VIGÊNCIA DO ART. 543-C DO CPC/1973 - ART. 1.036 DO CPC/2015 - E RESOLUÇÃO STJ 8/2008). EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO. DISTINGUISHING RELACIONADO À DISSOLUÇÃO IRREGULAR POSTERIOR À CITAÇÃO DA EMPRESA, OU A OUTRO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO.

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) 1. A Fazenda do Estado de São Paulo pretende redirecionar Execução Fiscal para o sócio-gerente da empresa, diante da constatação de que, ao longo da tramitação do feito (após a citação da pessoa jurídica, a concessão de parcelamento do crédito tributário, a penhora de bens e os leilões negativos), sobreveio a dissolução irregular. Sustenta que, nessa hipótese, o prazo prescricional de cinco anos não pode ser contado da data da citação da pessoa jurídica.

TESE CONTROVERTIDA ADMITIDA 2. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015), admitiu-se a seguinte tese controvertida (Tema 444): “prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal, no prazo de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica”.

DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA COGNOSCÍVEL 3. Na demanda, almeja-se definir, como muito bem sintetizou o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o termo inicial da prescrição para o redirecionamento, especialmente na hipótese em que se deu a dissolução irregular, conforme reconhecido no acórdão do Tribunal a quo, após a citação da pessoa jurídica. Destaca-se, como premissa lógica, a precisa manifestação do eminente Ministro Gurgel de Faria, favorável a que "terceiros pessoalmente responsáveis (art. 135 do CTN), ainda que não participantes do processo administrativo fiscal, também podem vir a integrar o polo passivo da execução, não para responder por débitos próprios, mas sim por débitos constituídos em desfavor da empresa contribuinte".

4. Com o propósito de alcançar consenso acerca da matéria de fundo, que é extremamente relevante e por isso tratada no âmbito de recurso repetitivo, buscou-se incorporar as mais diversas observações e sugestões apresentadas pelos vários Ministros que se manifestaram nos sucessivos debates realizados, inclusive por meio de votos-*visa* - em alguns casos, com apresentação de várias teses, nem sempre congruentes entre si ou com o objeto da pretensão recursal.

PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO 5. Preliminarmente, observa-se que o legislador não disciplinou especificamente o instituto da prescrição para o redirecionamento. O Código Tributário Nacional discorre genericamente a respeito da prescrição (art. 174 do CTN) e, ainda assim, o faz em relação apenas ao devedor original da obrigação tributária.

6. Diante da lacuna da lei, a jurisprudência do STJ há muito tempo consolidou o entendimento de que a Execução Fiscal não é imprescritível. Com a orientação de que o art. 40 da Lei 6.830/1980, em sua redação original, deve ser interpretado à luz do art. 174 do CTN, definiu que, constituindo a citação da pessoa jurídica o marco interruptivo da prescrição, extensível aos devedores solidários (art. 125, III, do CTN), o redirecionamento com fulcro no art. 135, III, do CTN deve ocorrer no prazo máximo de cinco anos, contado do aludido ato processual (citação da pessoa jurídica). Precedentes do STJ: Primeira Seção: AgRg nos REsp 761.488/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 7.12.2009. Primeira Turma: AgRg no Ag 1.308.057/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 26.10.2010; AgRg no Ag 1.159.990/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.8.2010; AgRg no REsp 1.202.195/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 22.2.2011; AgRg no REsp 734.867/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, DJe 2.10.2008. Segunda Turma: AgRg no AREsp 88.249/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 15.5.2012; AgRg no Ag 1.211.213/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24.2.2011; REsp 1.194.586/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 28.10.2010; REsp 1.100.777/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2.4.2009, DJe 4.5.2009.

7. A jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ, atenta à necessidade de corrigir distorções na aplicação da lei federal, reconheceu ser preciso distinguir situações jurídicas que, por possuírem características peculiares, afastam a exegese tradicional, de modo a preservar a integridade e a eficácia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, analisou precisamente hipóteses em que a prática de ato de infração à lei, descrito no art. 135, III, do CTN (como, por exemplo, a dissolução irregular), ocorreu após a citação da pessoa jurídica, modificando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento: AgRg no REsp 1.106.281/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 28.5.2009; AgRg no REsp 1.196.377/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 27.10.2010.

8. Efetivamente, não se pode dissociar o tema em discussão das características que definem e assim individualizam o instituto da prescrição, quais sejam a violação de direito, da qual se extrai uma pretensão exercível, e a cumulação do requisito objetivo (transcurso de prazo definido em lei) com o subjetivo (inércia da parte interessada).

TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO PARA REDIRECIONAMENTO EM CASO DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR PREEXISTENTE OU ULTERIOR À CITAÇÃO PESSOAL DA EMPRESA 9. Afastada a orientação de que a citação da pessoa jurídica dá início ao prazo prescricional para redirecionamento, no específico contexto em que a dissolução irregular sucede a tal ato processual (citação da empresa), impõe-se a definição da data que assinala o termo a quo da prescrição para o redirecionamento nesse cenário peculiar (*distinguishing*).

10. No rigor técnico e lógico que deveria conduzir a análise da questão controversa, a orientação de que a citação pessoal da empresa constitui o termo a quo da prescrição para o redirecionamento da Execução Fiscal deveria ser aplicada a outros ilícitos que não a dissolução irregular da empresa - com efeito, se a citação pessoal da empresa foi realizada, não há falar, nesse momento, em dissolução irregular e, portanto, em início da prescrição para redirecionamento com base nesse fato (dissolução irregular).

11. De outro lado, se o ato de citação resultar negativo devido ao encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, aí, sim, será possível cogitar da fluência do prazo de prescrição para o redirecionamento, em razão do enunciado da Súmula 435/STJ ("Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

12. Dessa forma, no que se refere ao termo inicial da prescrição para o redirecionamento, em caso de dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, corresponderá aquele: a) à data da diligência que resultou negativa, nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN; ou b) à data do despacho do juiz que ordenar a citação, para os casos regidos pela redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferida pela Lei Complementar 118/2005.

13. No tocante ao momento do início do prazo da prescrição para redirecionar a Execução Fiscal em caso de dissolução irregular depois da citação do estabelecimento empresarial, tal marco não pode ficar ao talante da Fazenda Pública. Com base nessa premissa, mencionam-se os institutos da Fraude à Execução (art. 593 do CPC/1973 e art. 792 do novo CPC) e da Fraude contra a Fazenda Pública (art. 185 do CTN) para assinalar, como corretamente o fez a Ministra Regina Helena, que "a data do ato de alienação ou oneração de bem ou renda do patrimônio da pessoa jurídica contribuinte ou do patrimônio pessoal do(s) sócio(s) administrador(es) infrator(es), ou seu começo", é que corresponde ao termo inicial da prescrição para redirecionamento. Acrescenta-se que provar a prática de tal ato é incumbência da Fazenda Pública.

TESE REPETITIVA 14. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fica assim resolvida a controvérsia repetitiva: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (presunção de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lastro que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 15. No caso dos autos, a Fazenda do Estado de São Paulo alegou que a Execução Fiscal jamais esteve paralisada, pois houve citação da pessoa jurídica em 1999, penhora de seus bens, concessão de parcelamento e, depois da sua rescisão por inadimplemento (2001), retomada do feito após o comparecimento do depositário, em 2003, indicando o paradeiro dos bens, ao que se sucedeu a realização de quatro leilões, todos negativos. Somente com a tentativa de substituição da construção judicial é que foi constatada a dissolução irregular da empresa (2005), ocorrida inquestionavelmente em momento seguinte à citação da empresa, razão pela qual o pedido de redirecionamento, formulado em 2007, não estaria fulminado pela prescrição.

16. A genérica observação do órgão colegiado do Tribunal a quo, de que o pedido foi formulado após prazo superior a cinco anos da citação do estabelecimento empresarial ou da rescisão do parcelamento é insuficiente, como se vê, para caracterizar efetivamente a prescrição, de modo que é manifesta a aplicação indevida da legislação federal.

17. Tendo em vista a assertiva fazendária de que a circunstância fática que viabilizou o redirecionamento (dissolução irregular) foi ulterior à citação da empresa devedora (até aqui fato incontroverso, pois expressamente reconhecido no acórdão hostilizado), caberá às instâncias de origem pronunciar-se sobre a veracidade dos fatos narrados pelo Fisco e, em consequência, prosseguir no julgamento do Agravo do art. 522 do CPC/1973, observando os parâmetros acima fixados.

18. Recurso Especial provido."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019)

No referido julgado foram analisadas hipóteses em que a dissolução irregular da sociedade ocorreu após a citação da pessoa jurídica, alterando para momento futuro o termo inicial do redirecionamento.

Nesse cenário, o C. STJ definiu a data do termo a quo da prescrição para o redirecionamento, nos casos em que o ato de citação resultar negativo em razão do encerramento das atividades empresariais ou por não se encontrar a empresa estabelecida no local informado como seu domicílio tributário, ou seja, dissolução irregular preexistente à citação da pessoa jurídica, como a data da diligência que resultou negativa (nas situações regidas pela redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN) ou à data do despacho do juiz que ordenar a citação (para os casos regidos pela novel redação do mencionado artigo, dada pela Lei Complementar nº 118/05).

Por sua vez, restou decidido que a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for posterior a ela, uma vez que, em tal circunstância, não existirá, na data de tal ato, pretensão contra os sócios-gerentes, uma vez que, conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN.

Desse modo, somente pode ser considerado como termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes, a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte.

Portanto, constatada a dissolução irregular da sociedade em data subsequente à da citação da pessoa jurídica, somente a data desse ato posterior é que pode ser considerada como termo inicial do prazo prescricional para o redirecionamento da execução contra seus sócios-gerentes.

Na hipótese em tela, a empresa não foi localizada para citação em 2003 e as sócias foram incluídas no polo passivo em 2005, com efetivação das citações em fevereiro e março de 2006, com penhora de bens de sua propriedade; posteriormente, em 23.01.2007, a empresa e os respectivos sócios se deram por citados, quando apresentaram manifestação nos autos da execução fiscal; com a penhora de bens oferecidos, interuseram embargos à execução, que suspendeu o curso da execução fiscal; em agosto de 2009 foi revogada a decisão de inclusão das sócias no polo passivo, tomando sem efeito os atos citatórios, tendo sido suspensa essa decisão até a constatação da atividade da pessoa jurídica por Oficial de Justiça; após julgados extintos os embargos à execução, foi constatada a dissolução irregular, sendo mantidas as sócias no polo passivo, com a determinação de penhora de ativos financeiros; desde a oposição dos embargos à execução, foi determinada a suspensão da execução, tal como se pode aferir à fl. 113, em 29.07.2008, perdurando até seu julgamento, em 14.10.2009 (fl. 132), não tendo como a exequente dar prosseguimento ao feito.

Assim, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (2009) e a data em que a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra as ora embargantes, cumprindo ressaltar que, com a manifestação das apelantes na execução fiscal, em 23.01.2007, bem como o ajuizamento anterior de embargos à execução fiscal, as embargantes se deram por citadas.

Há que se observar, ainda, que a decisão proferida em agosto de 2009, que revogou a decisão de inclusão das sócias no polo passivo da execução fiscal, tomando sem efeito os atos citatórios, foi suspensa até a constatação da pessoa jurídica por Oficial de Justiça, que foram mantidas após a efetivação dessa diligência, com a determinação de penhora de ativos financeiros das mesmas.

Outrossim, a questão relativa à dissolução irregular como ilícito suficiente ao redirecionamento do executivo fiscal restou decidida definitivamente pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.371.128/RS, em 10.09.2014.

O E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, que a não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, certificada por Oficial de Justiça, caracteriza sua dissolução irregular, justificando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ART. 10, DO DECRETO N. 3.078/19 E ART. 158, DA LEI N. 6.404/78 - LSA C/C ART. 4º, V, DA LEI N. 6.830/80 - LEF.

1. A mera afirmação da Defensoria Pública da União - DPU de atuar em vários processos que tratam do mesmo tema versado no recurso representativo da controvérsia a ser julgado não é suficiente para caracterizar-lhe a condição de amicus curiae. Precedente: REsp. 1.333.977/MT, Segunda Seção, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 26.02.2014.

2. Consoante a Súmula n. 435/STJ: "Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

3. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. A regularização desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência aos ritos e formalidades previstas nos arts. 1.033 à 1.038 e arts. 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002 - onde é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência - ou na forma da Lei n. 11.101/2005, no caso de falência. A desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

4. Não há como compreender que o mesmo fato jurídico "dissolução irregular" seja considerado ilícito suficiente ao redirecionamento da execução fiscal de débito tributário e não o seja para a execução fiscal de débito não-tributário. "Ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio". O suporte dado pelo art. 135, III, do CTN, no âmbito tributário é dado pelo art. 10, do Decreto n. 3.078/19 e art. 158, da Lei n. 6.404/78 - LSA no âmbito não-tributário, não havendo, em nenhum dos casos, a exigência de dolo.

5. Precedentes: REsp. n. 697108 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 28.04.2009; REsp. n. 657935 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 12.09.2006; AgRg no AREsp 8.509/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4.10.2011; REsp 1272021 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 07.02.2012; REsp 1259066/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/06/2012; REsp.n.º 1.348.449 - RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11.04.2013; AgRg no AG n.º 668.190 - SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13.09.2011; REsp. n.º 586.222 - SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 23.11.2010; REsp 140564 / SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.10.2004.

6. Caso em que, conforme o certificado pelo oficial de justiça, a pessoa jurídica executada está desativada desde 2004, não restando bens a serem penhorados. Ou seja, além do encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, não houve a reserva de bens suficientes para o pagamento dos credores.

7. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1371128/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 17/09/2014) (grifo nosso)

Dispõe a Súmula n. 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente."

Destarte, a certidão do Oficial de Justiça, no sentido de que a empresa não mais existe, é indício bastante de dissolução irregular, apto a ensejar o redirecionamento da execução (STJ, AGRESp n. 175282, Rel. Min. Humberto Martins, j. 26.06.12; TRF3, AI n. 201203000225393, Rel. Des. Fed. Luiz Stefanini, decisão proferida em 20.08.12; AI n. 201103000311827, Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, j. 03.09.12).

No caso dos autos, a dissolução irregular da sociedade foi constatada pelo Oficial de Justiça, conforme acima fundamentado e as embargantes, conforme consta da Ficha Cadastral expedida pela JUCESP, exerciam cargo de gerência.

Desse modo, devem ser mantidas as embargantes no polo passivo da execução fiscal.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA. SÓCIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. REDIRECIONAMENTO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR CONSTATADA POR OFICIAL DE JUSTIÇA.

I - Até o julgamento do REsp 1.201.993/SP, pelo regime dos recursos repetitivos, havia se firmado no C. STJ, o entendimento de que o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica executada devia ocorrer até cinco anos da citação válida da empresa, sob pena de se consumir a prescrição. Precedentes: Segunda Turma, AgInt no REsp 1.646.402/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, j. 05.04.2018, DJe 10.04.2018; Segunda Turma, REsp 1.685.655/MG, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 03.10.2017, DJe 11.10.2017.

II - A discussão acerca da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal contra os sócios da empresa originalmente devedora continuou nos casos em que a dissolução irregular da sociedade foi constatada após a citação da pessoa jurídica.

III - Em novo julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, REsp 1.201.993/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 08.05.2019, DJe 12.12.2019, a Primeira Seção do C. STJ firmou a tese de que: (i) o prazo de redirecionamento da Execução Fiscal, fixado em cinco anos, contado da diligência de citação da pessoa jurídica, é aplicável quando o referido ato ilícito, previsto no art. 135, III, do CTN, for precedente a esse ato processual; (ii) a citação positiva do sujeito passivo devedor original da obrigação tributária, por si só, não provoca o início do prazo prescricional quando o ato de dissolução irregular for a ela subsequente, uma vez que, em tal circunstância, inexistirá, na aludida data (da citação), pretensão contra os sócios-gerentes (conforme decidido no REsp 1.101.728/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, o mero inadimplemento da exação não configura ilícito atribuível aos sujeitos de direito descritos no art. 135 do CTN). O termo inicial do prazo prescricional para a cobrança do crédito dos sócios-gerentes infratores, nesse contexto, é a data da prática de ato inequívoco indicador do intuito de inviabilizar a satisfação do crédito tributário já em curso de cobrança executiva promovida contra a empresa contribuinte, a ser demonstrado pelo Fisco, nos termos do art. 593 do CPC/1973 (art. 792 do novo CPC - fraude à execução), combinado com o art. 185 do CTN (prestação de fraude contra a Fazenda Pública); e, (iii) em qualquer hipótese, a decretação da prescrição para o redirecionamento impõe seja demonstrada a inércia da Fazenda Pública, no lusto que se seguiu à citação da empresa originalmente devedora (REsp 1.222.444/RS) ou ao ato inequívoco mencionado no item anterior (respectivamente, nos casos de dissolução irregular precedente ou superveniente à citação da empresa), cabendo às instâncias ordinárias o exame dos fatos e provas atinentes à demonstração da prática de atos concretos na direção da cobrança do crédito tributário no decurso do prazo prescricional.

IV - Na hipótese em tela, a empresa não foi localizada para citação em 2003 e as sócias foram incluídas no polo passivo em 2005, com efetivação das citações em fevereiro e março de 2006, com penhora de bens de sua propriedade; posteriormente, em 23.01.2007, a empresa e os respectivos sócios se deram por citados, quando apresentaram manifestação nos autos da execução fiscal, com a penhora de bens oferecidos, interpuseram embargos à execução, que suspendeu o curso da execução fiscal; em agosto de 2009 foi revogada a decisão de inclusão das sócias no polo passivo, tomando sem efeito os atos citatórios, tendo sido suspensa essa decisão até a constatação da atividade da pessoa jurídica por Oficial de Justiça; após julgados extintos os embargos à execução, foi constatada a dissolução irregular, sendo mantidas as sócias no polo passivo, com a determinação de penhora de ativos financeiros; desde a oposição dos embargos à execução, foi determinada a suspensão da execução, tal como se pode aferir à fl. 113, em 29.07.2008, perdurando até seu julgamento, em 14.10.2009 (fl. 132), não tendo como a exequente dar prosseguimento ao feito.

V - Assim, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo prescricional quinquenal entre a data da constatação da dissolução irregular da sociedade (2009) e a data em que a exequente requereu o redirecionamento da execução fiscal contra as ora embargantes, cumprindo ressaltar que, com a manifestação das apelantes na execução fiscal, em 23.01.2007, bem como o ajuizamento anterior de embargos à execução fiscal, as embargantes se deram por citadas.

VI - Há que se observar, ainda, que a decisão proferida em agosto de 2009, que revogou a decisão de inclusão das sócias no polo passivo da execução fiscal, tomando sem efeito os atos citatórios, foi suspensa até a constatação da atividade da pessoa jurídica por Oficial de Justiça, que foram mantidas após a efetivação dessa diligência, com a determinação de penhora de ativos financeiros das mesmas.

VII - O C. STJ, no julgamento do REsp. 1.371.128/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que a dissolução irregular da pessoa jurídica caracteriza infração à lei e legítima o redirecionamento da execução fiscal de crédito não tributário para o sócio-gerente. Assentou, ainda, ser obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros, incluídos os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, referentes à dissolução da sociedade. Explicitou que a regularidade desses registros é exigida para que se demonstre que a sociedade dissolveu-se de forma regular, em obediência às formalidades previstas nos artigos 1.033 a 1.038 e artigos 1.102 a 1.112, todos do Código Civil de 2002, nos quais é prevista a liquidação da sociedade com o pagamento dos credores em sua ordem de preferência, de modo que a desobediência a tais ritos caracteriza infração à lei.

VIII - A não localização da pessoa jurídica em seu domicílio fiscal, certificada por Oficial de Justiça, como no caso dos autos, caracteriza sua dissolução irregular, justificando o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio. Súmula 435/STJ.

IX - No caso dos autos, a dissolução irregular da sociedade foi constatada pelo Oficial de Justiça, conforme acima fundamentado e as embargantes, conforme consta da Ficha Cadastral expedida pela JUCESP, exerciam cargo de gerência.

X - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005057-43.2006.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ROTOCROM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: SIDNEI BIZARRO - SP309914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005057-43.2006.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROTOCROM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: SIDNEI BIZARRO - SP309914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária, proposta por Rotocrom Indústria e Comércio Ltda. em face da União Federal, pela qual requereu a anulação de débito fiscal constituído em virtude de informações errôneas em DCTF.

Na sentença (fs. 964 a 966), o MM Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, decretando a nulidade dos lançamentos. Condenada a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$2.000,00, além de ressarcimento à parte autora dos gastos relativos aos honorários periciais; condenada ainda a União a pagar honorários complementares de R\$1.500,00 ao perito pela complementação de laudo. Determinada a Remessa Oficial.

Em suas razões de Apelação (fs. 980 a 987), a União Federal requer o afastamento de sua condenação em honorários advocatícios e periciais, por não ter dado causa à demanda, bem como da condenação a pagar honorários periciais complementares, por não ter requerido a realização de perícia complementar.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005057-43.2006.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROTOCROM INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: SIDNEI BIZARRO - SP309914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

É pacífico o entendimento no sentido de que "a imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes" (STJ, REsp 642.107/PR, relator Ministro Luiz Fux, DJ: 29/11/2004).

Ainda:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. SUCUMBÊNCIA. CAUSALIDADE. PAGAMENTO PELO RECORRIDO.

1. Responde pelo pagamento dos encargos do processo aquele que deu causa à sua instauração.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 1067444/DF, Rel. Min. João Otávio Noronha, 4ª Turma, DJe 03.05.2010)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. SUPERVENIENTE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. Discussão sobre a consequência jurídica do reajuste espontâneo do benefício previdenciário efetivado.
 2. A prestação jurisdicional deve se dar de acordo com a situação dos fatos no momento da sentença ou do acórdão.
 3. Este Superior Tribunal, reiteradamente, tem decidido que, para o reconhecimento da existência de interesse processual, é necessária a confluência de dois elementos: a utilidade e a necessidade do pronunciamento judicial.
 4. Configura-se, na hipótese, a perda superveniente de interesse processual, pois os autores não tinham mais necessidade de prosseguir com a ação para obter o resultado útil que pretendiam quando a propuseram.
 5. Não houve reconhecimento da procedência do pedido feito pelos autores (art. 269, II, do CPC), razão pela qual a extinção do processo deverá ocorrer sem resolução do mérito.
 6. Aquele que deu causa à propositura de ação frustrada responde pelos consectários da sucumbência, inclusive honorários advocatícios.
 7. Recurso especial parcialmente provido.
- (STJ, REsp 1183061/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 30.08.2013)

Oportuno acrescentar que, mantida a resistência da ré à pretensão, deve ser a ela, caso vencida, redistribuído o ônus sucumbencial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. DISTRIBUIÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.
2. "É admissível a oposição de Embargos de Terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que desprovido do registro" (Súmula 84/STJ).
3. A sucumbência, para fins de arbitramento dos honorários advocatícios, tem por norte a aplicação do princípio da causalidade. Nesse sentido, a Súmula 303/STJ dispôs especificamente: "Em embargos de terceiro, quem deu causa à construção indevida deve arcar com os honorários advocatícios".
4. O adquirente do imóvel, ao não providenciar a transcrição do título na repartição competente, expõe o bem à indevida construção judicial em demandas ajuizadas contra o antigo proprietário. As diligências realizadas pelo oficial de Justiça ou pela parte credora, destinadas à localização de bens, no caso específico daqueles sujeitos a registro (imóveis, veículos), são feitas mediante consulta aos Cartórios de Imóveis (Detran, no caso de veículos), razão pela qual a desatualização dos dados cadastrais fatalmente acarretará a efetivação da indevida penhora sobre o bem.
5. Nessas condições, não é lícito que a omissão no cumprimento de um dever legal implique, em favor da parte negligente, que esta deve ser considerada vencedora na demanda, para efeito de atribuição dos encargos de sucumbência.
6. Conforme expressamente concluiu a Corte Especial do STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 490.605/SC: "Não pode ser responsabilizado pelos honorários advocatícios o credor que indica à penhora imóvel transferido a terceiro mediante compromisso de compra e venda não registrado no Cartório de Imóveis. Com a inércia do comprador em proceder ao registro não havia como o exequente tomar conhecimento de uma possível transmissão de domínio".
7. Para os fins do art. 1040 do CPC/2015 (antigo art. 543-C, § 7º, do CPC/1973), consolida-se a seguinte tese: "Nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para desconstituir a construção judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro".
8. Precedentes: AgRg no REsp 1.282.370/PE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 06/03/2012; EDcl nos EDcl no REsp 375.026/PR, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, DJe 15/04/2008; REsp 724.341/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 12/11/2007, p. 158; AgRg no REsp 462.647/SC, Rel. Ministro Castro Meira, SEGUNDA TURMA, DJ 30/08/2004, p. 244.
9. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem concluiu que "a Fazenda Nacional, ao se opor à pretensão do terceiro embargante, mesmo quando cristalinas as provas de sua posse sobre o imóvel construído, atraiu para si a aplicação do princípio da sucumbência".
10. Recurso Especial desprovido. Acórdão submetido ao julgamento no rito do art. 1036 do CPC/2015 (antigo art. 543-C do CPC/1973).

(STJ, REsp 1452840/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 05.10.2016)

No caso concreto, a documentação acostada aos autos demonstrou ocorrer erro no preenchimento da DCTF, de maneira que o crédito inscrito sob o nº **80.6.06.013142-01** se deve ao fato de que, para a CSLL de dezembro/2000, foi equivocadamente apontado débito correspondente a todo o ano de 2000.

No entanto, ainda que surgida a demanda por erro da parte autora, a União Federal resistiu à pretensão mesmo após o próprio reconhecimento do fato pela autoridade administrativa, o que ocorreu, note-se, antes da realização da perícia.

Quanto aos honorários periciais complementares, constata-se que o laudo pericial (fs. 310 a 320) foi alvo de discordâncias da ré (fs. 592 a 596), seguindo-se a prestação de esclarecimentos (fs. 609) e, após a apresentação de documentos pela União (fs. 619 a), seguiu-se nova manifestação do perito.

A produção de prova pericial foi requerida pela parte autora (fs. 254 a 257), restrito o ponto controverso à regularidade do débito surgido do erro de fato, posteriormente apresentando quesitos (fs. 300 e 301).

Ainda que a União tenha se manifestado antes de realizada a perícia no sentido de que aquela não mais seria necessária, dado o reconhecimento administrativo do quanto alegado pela parte autora, concluiu requerendo que se manifestasse o perito sobre "o teor das referidas decisões administrativas" (fs. 285 a 289); atestou o perito a veracidade do alegado pela parte autora, conforme consta do item 6.1.2 do laudo (fs. 319).

Inconformada, porém, a União informou não possuir a parte autora créditos pra compensar valores apurados para a CSLL e IRPJ no ano-calendário de 2000 (fs. 593), ao que esclareceu o perito manter suas conclusões com base na documentação apontada, pondo-se à disposição para demais análises (fs. 609, 610), o que de fato foi realizado, após documentação apresentada pela União Federal (fs. 619 e seguintes), sendo confeccionado novo laudo (fs. 835 a 954).

Em síntese, além de resistir judicialmente à pretensão mesmo depois de reconhecido o ocorrido na via administrativa, a União Federal deu causa à realização de nova perícia sobre fatos que não diziam respeito ao objeto da presente demanda; ora, não há como considerar a continuidade do trabalho pericial como mera decorrência do anteriormente realizado, nem como atribuí-lo à parte autora. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

Face ao exposto, nego provimento à Apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. SUCUMBÊNCIA. PRETENSÃO RESISTIDA. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS. PERÍCIA COMPLEMENTAR.

1. Com relação à verba honorária, aplica-se ao caso o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à propositura ou à instauração de ação judicial ou incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Nessa linha é a orientação da Súmula 153 do STJ.

2. Mantida a resistência da ré à pretensão, deve ser a ela, caso vencida, redistribuído o ônus sucumbencial.

3. No caso concreto, a documentação acostada aos autos demonstrou ocorrer erro no preenchimento da DCTF, de maneira que o crédito inscrito sob o nº **80.6.06.013142-01** se deve ao fato de que, para a CSLL de dezembro/2000, foi equivocadamente apontado débito correspondente a todo o ano de 2000. No entanto, ainda que surgida a demanda por erro da parte autora, a União Federal resistiu à pretensão mesmo após o próprio reconhecimento do fato pela autoridade administrativa, o que ocorreu, note-se, antes da realização da perícia.

4. Além de resistir judicialmente à pretensão mesmo depois de reconhecido o ocorrido na via administrativa, a União Federal deu causa à realização de nova perícia sobre fatos que não dizem respeito ao objeto da presente demanda; ora, não há como considerar a continuidade do trabalho pericial como mera decorrência do anteriormente realizado, nem como atribuí-lo à parte autora. Desse modo, impõe-se a manutenção da sentença.

5. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à Apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009694-94.2006.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TEXTIL J SERRANO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DANIELA NISHYAMA - SP223683-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: MONICA ITAPURA DE MIRANDA - SP123531-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009694-94.2006.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TEXTIL J SERRANO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DANIELA NISHYAMA - SP223683-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: MONICA ITAPURA DE MIRANDA - SP123531
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação, sob o rito ordinário, ajuizada por TÊXTIL J. SERRANO LTDA. em face do INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL – INMETRO, objetivando a declaração de nulidade do Auto de Infração nº 1147817, lavrado em 12.12.2003, com base no Capítulo V da Resolução CONMETRO nº 02/08, em face da comercialização de tapetes sem a informação sobre os processos de alvejamento à base de cloro, secagem, passadoria e limpeza a seco, referentes aos cuidados para conservação do produto, alegando, em síntese: que a infração e a penalidade não possuem tipificação legal, tendo a referida Resolução extrapolado a mera regulamentação, violando o princípio da legalidade; a falta de indicação nos produtos não pode ser atribuída exclusivamente à autora, uma vez que os produtos por ela fabricados, bem como as respectivas embalagens, são devidamente rotulados e marcados, utilizando-se para tanto etiquetas que contêm todos os dados do produto; a autuação ocorreu quando os produtos já se encontravam em fase de comercialização, devendo tais estabelecimentos responder por eventuais falhas nelas ocorridas.

Pedido julgado improcedente, com condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Interposto recurso de apelação pela autora, sustentando que a exigência do débito carece de respaldo em lei que tipifique a infração, determine os critérios e a base de cálculo da multa exigida, razão pela qual afronta o princípio da legalidade.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009694-94.2006.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: TEXTIL J SERRANO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DANIELA NISHYAMA - SP223683-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
Advogado do(a) APELADO: MONICA ITAPURA DE MIRANDA - SP123531
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial foi instituído pela Lei n. 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

Referida Lei também criou o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º).

Por sua vez, em seu art. 9º, definiu como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizou o infrator como aquele que pratica a infração e definiu quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Referido diploma legal permite ao INMETRO, mediante autorização do CONMETRO, credenciar atividades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.

Por sua vez, o CONMETRO autorizou a delegação de funções executórias no art. 7º da Resolução n. 11/88, tendo o INMETRO, assim, firmado convênio com o IPEM/SP.

Destarte, a expressão "metrologia legal" refere-se às normas relativas à metrologia, que definem os padrões que devem ser observados nas técnicas de medição de mercadorias e respectivos instrumentos de aferição, não envolvendo as atividades de exame, aferição e, especialmente, fiscalização. O que se transfere é, basicamente, a execução de atividades de inspeção, verificação, fiscalização, processamento e julgamento de infrações, e tal delegação encontra respaldo legal.

Nesse sentido, registro julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. INMETRO. DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES AOS INSTITUTOS ESTADUAIS DE PESOS E MEDIDAS - IPEMs. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. PRETENSÃO DE SE ANALISAR SUPOSTA OFENSA A DISPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE "LEI FEDERAL". DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADO. SÚMULA 13/STJ.

1. Conforme dispunha o art. 5º da Lei 5.966/73, o INMETRO, como órgão executivo central do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, podia, mediante autorização do CONMETRO, credenciar entidades públicas ou privadas para a execução de atividades de sua competência, exceto as de metrologia legal.

2. No exercício dessa prerrogativa, e para alcançar os seus objetivos, o INMETRO atua por intermédio de órgãos estaduais - Institutos Estaduais de Pesos e Medidas - IPEMs -, mediante delegação.

3. Ademais, o art. 9º da Lei 5.966/73, ainda vigente à época da infração, além de definir as penalidades aplicáveis aos infratores das normas baixadas pelo CONMETRO, conferia ao INMETRO, na aplicação destas penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, os privilégios e vantagens da Fazenda Pública, a atrair a incidência da norma contida no art. 9º, § 2º, do Decreto 70.235/72: "§ 2º Os procedimentos de que tratam este artigo e o art. 7º, serão válidos, mesmo que formalizados por servidor competente de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo."

(...)"

(STJ, 1ª Turma, REsp 987.253/PB, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 09.12.2008, DJE de 16.02.2009)

Posteriormente, foi editada a Lei n. 9.933/99, a qual prevê:

"Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor.

Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

§ 1º Os regulamentos técnicos deverão dispor sobre características técnicas de insumos, produtos finais e serviços que não constituam objeto da competência de outros órgãos e de outras entidades da Administração Pública Federal, no que se refere a aspectos relacionados com segurança, prevenção de práticas enganosas de comércio, proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal, e com o meio ambiente.

§ 2º Os regulamentos técnicos deverão considerar, quando couber, o conteúdo das normas técnicas adotadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

I - elaborar e expedir regulamentos técnicos nas áreas que lhe forem determinadas pelo Conmetro;

II - elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades, bem assim os desvios tolerados;

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer o poder de polícia administrativa na área de Avaliação da Conformidade, em relação aos produtos por ele regulamentados ou por competência que lhe seja delegada;

V - executar, coordenar e supervisionar as atividades de Metrologia Legal em todo o território brasileiro, podendo celebrar convênios com órgãos e entidades congêneres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para esse fim.

Art. 4º O Inmetro poderá delegar a execução de atividades de sua competência.

Parágrafo único. No que se refere às atribuições relacionadas com a Metrologia Legal e a Certificação Compulsória da Conformidade, dotadas de poder de polícia administrativa, a delegação ficará restrita a entidades públicas que reúnam os atributos necessários para esse cometimento.

Art. 5º As pessoas naturais e as pessoas jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuem no mercado para fabricar, importar, processar, montar, acondicionar ou comercializar bens, mercadorias e produtos e prestar serviços ficam obrigadas à observância e ao cumprimento dos deveres instituídos por esta Lei e pelos atos normativos e regulamentos técnicos e administrativos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro.

Art. 6º É assegurado ao agente público fiscalizador acesso à empresa sob fiscalização, a qual se obriga a prestar, para tanto, as informações necessárias, desde que com o objetivo de verificação do controle metrológico e da qualidade de produtos, bem assim o ingresso nos locais de armazenamento, transporte, exposição ou venda de produtos.

Art. 7º Constituir-se-á em infração a esta Lei, ao seu regulamento e aos atos normativos baixados pelo Conmetro e pelo Inmetro a ação ou omissão contrária a qualquer dos deveres jurídicos instituídos por essas normas nos campos da Metrologia Legal e da Certificação Compulsória da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.

Parágrafo único. Será considerada infratora das normas legais mencionados no caput deste artigo a pessoa natural ou a pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, que, no exercício das atividades previstas no art. 5º, deixar de cumprir os deveres jurídicos pertinentes a que estava obrigada.

Art. 8º Caberá ao Inmetro e às pessoas jurídicas de direito público que tiverem delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações, bem assim aplicar aos infratores, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, obedecerá os seguintes valores:

I - nas infrações leves, de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

II - nas infrações graves, de R\$ 200,00 (duzentos reais) até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais);

III - nas infrações gravíssimas, de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Na aplicação da penalidade de multa, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração:

I - a vantagem auferida pelo infrator;

II - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

III - o prejuízo causado ao consumidor.

§ 2º As multas previstas neste artigo poderão ser aplicadas em dobro em caso de reincidência.

§ 3º O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que trata o art. 8º e de graduação da multa prevista neste artigo.

§ 4º Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente."

Analisando-se os dispositivos acima transcritos, tem-se que o art. 9º contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

Com efeito, define como infração o desrespeito a dispositivos da Lei n. 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracteriza o infrator como aquele que pratica a infração e define quais penalidades serão aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa.

Quanto à legalidade da aplicação de penalidade com fundamento em Portaria do INMETRO ou Resolução do CONMETRO, firmou-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE COM BASE EM PORTARIA DO INMETRO. FUNDAMENTO NA LEI 5.966/73. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. É legal a aplicação de multa com base em resolução do CONMETRO, "uma vez que há expressa previsão em lei para que o aludido órgão estabeleça critérios e procedimentos para aplicação de penalidades por infração a normas e atos normativos referentes à metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais" (REsp 273.803/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 19.5.2003).

2. Ademais, "a Resolução nº 11/88 do CONMETRO, ao autorizar o INMETRO a expedir atos normativos metroológicos, não contrariou a Lei nº 5.966/73 que, em nenhum momento, afirma tratar-se de competência indelegável ou exclusiva do CONMETRO, o que, por consequência, afasta a ilegalidade da Portaria nº 74/75 do INMETRO bem como do auto de infração lavrado com fundamento em referido ato normativo" (REsp 597.275/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

3. Recurso especial provido, para julgar improcedente o pedido formulado na inicial, com a consequente inversão dos ônus sucumbenciais."

(STJ, 1ª Turma, REsp 1107520, Rel. Min. Denise Arruda, j. em 18.06.2009, D.E. de 05.08.2009)

Assim, utilizando seu poder regulamentar, o INMETRO baixou as Portarias necessárias para aprovar os correspondentes Regulamentos Técnicos Metroológicos.

Desse modo, válida a autuação sofrida pela apelante, por violação a dispositivo de norma baixada pelo CONMETRO/INMETRO, preenchendo, assim, os requisitos necessários para a configuração da infração prevista no art. 9º da Lei nº 5.966/73, consoante jurisprudência adotada.

Por outro lado, a sanção é aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as regras fixadas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

Ademais, a Lei n. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, com a redação dada pela Lei n. 8.884/94, dispõe que:

"Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO."

Tal dispositivo, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas, reconhece como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização.

No tocante ao valor da multa, também não assiste razão à apelante.

Com efeito, consoante a leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a multa aplicada se encontra dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do artigo 9º, da Lei nº 9.933/99, tendo sido fixada em R\$ 2.594,48.

Cumprе ressaltar que, para a aplicação da penalidade multa, nos termos do § 1º, do mencionado artigo 9º, a autoridade competente levará em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, a condição econômica do infrator e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor, não havendo qualquer previsão de que a mesma deva observar o valor ou a quantidade do produto fiscalizado.

Nesse sentido:

"AUTO DE INFRAÇÃO. LEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. INMETRO. COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. CABIMENTO.

1. A apelada foi autuada pela apelante na data de 05/01/2005, nos termos do auto de infração nº 1328426, em razão da presença de bomba de combustível com erro de medição maior do que o tolerável pelo item 13.1 da Portaria INMETRO 23/85 (fls. 75/76).

2. Em análise, verifica-se que não há nos autos comprovação acerca da violação de qualquer princípio constitucional ou administrativo.

3. A multa foi aplicada com fundamento nos arts. 8º e 9º, da lei nº 9.933/99.

4. No uso de suas atribuições, o Inmetro baixou a Portaria nº 23/1985, aprovando as instruções relativas às bombas medidoras de volume de combustíveis líquidos. Resta consolidada a jurisprudência no sentido da legitimidade das normas expedidas pelo Inmetro e pelo Conmetro, pois dotadas de competência legal atribuída pelas Leis nº 5.966/73 e 9.933/99, além de regular matéria de interesse público na busca da proteção ao direito do consumidor.

5. Igualmente, a certidão de Dívida ativa foi regularmente inscrita, apresentando os requisitos obrigatórios previstos no art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 e no art. 202 do Código Tributário Nacional. Uma vez que referida certidão goza da presunção de liquidez e certeza, produzindo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída; e não tendo a autora apresentado qualquer prova inequívoca de sua nulidade (art. 204 do CTN), merecem ser afastadas suas alegações.

6. Por fim, mantida a fixação da multa aplicada, em observância ao princípio da razoabilidade, sobretudo considerando que a decisão ressaltou a primariedade da apelada como causa atenuante de aplicação da pena (fls. 92), respeitando os preceitos e limites dispostos no art. 9º da lei nº 9.933/99.

7. Inversão dos ônus sucumbenciais, condenando a apelada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da execução."

(TRF3R, AC 2008.61.12.008765-0/SP, Rel. Des. Fed. Constuelo Yoshida, 6ª Turma, DJ 31.08.2017)

Oportuno rememorar que a Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes; no entanto, afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

Colaciono julgados proferidos pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. MULTA APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE VALORES EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos tidos como discionários, exercidos pela Administração Pública, devem, ao fixar o quantum de multa ou qualquer outra penalidade, guardar os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, quando exorbitantes, permitem que o Poder Judiciário adeque-os a fim de evitar desequilíbrios inaceitáveis entre a Administração e administrados.

(...)

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no AREsp 419651/DF, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 16.12.2013)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC, DOS ARTS. 6º E 72 DA LEI 9.605/1998 E DO ART. 4º, II, DO DECRETO 6.514/2008. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ARTS. 2º, 19 E 74 DA LEI 9.605/2008. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária proposta pelo Hotel Porto do Mar Ltda. contra o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama com o objetivo de "ANULAR, seja pela presença de vício quanto ao motivo, seja pela presença de vício quanto à forma, o Auto de Infração nº 598707- série D, o qual multou a empresa no montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)" (fl. 36, e-STJ, grifos no original). O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, sendo a sentença mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

(...)

5. (omissis) Não fica evidenciado, portanto, que tenha havido excesso por parte da Administração, uma vez que a multa obedeceu estritamente aos patamares fixados na legislação e não exorbitou a capacidade econômica da empresa autora. Estando a multa aplicada dentro da margem de discricionariedade da autoridade ambiental, inviável a sua modificação pelo Poder Judiciário" (fls. 594-609, e-STJ).

(...)

7. Agravo Regimental não provido."

(STJ, AgRg no REsp 1428671/RN, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 25.09.2014)

Igualmente, a doutrina:

"(...) o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe conferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. (...) É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade íntegra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado."

(Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 10ª edição, Malheiros: 1998, pág. 68)

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONMETRO E INMETRO. LEI Nº 9.933/99. MULTA ADMINISTRATIVA. VALOR FIXADO DENTRO DO LIMITE LEGAL. FIXAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DA PENALIDADE A SER APLICADA. CAMPO DE DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial instituído pela Lei nº 5.966/73 (art. 1º), com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normalização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais.

II - Criados o CONMETRO - Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão normativo do mencionado Sistema (art. 2º) e o INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, órgão executivo central daquele Sistema (arts. 4º e 5º) também pelo mencionado diploma legal.

III - Definido no art. 9º dessa norma como infração o desrespeito a dispositivos da Lei nº 5.966/73 e das normas baixadas pelo CONMETRO, caracterizando o infrator como aquele que pratica a infração e definindo as penalidades a serem aplicadas, inclusive estabelecendo o valor máximo da multa, contendo, assim, todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades que prevê.

IV - Legalidade do convênio firmado entre o INMETRO e o IPEM/SP, em função da delegação de funções executórias autorizada pelo art. 7º, da Resolução CONMETRO nº 11/88, com fundamento legal na Lei nº 5.966/73.

V - Transferência da execução de atividades de inspeção, verificação, fiscalização, processamento e julgamento de infrações, não das normas relativas à metrologia. Precedente do STJ.

VI - Também a Lei nº 9.933/99 contém todos os elementos essenciais à aplicação das penalidades previstas.

VII - As infrações às obrigações previstas na legislação metroológica possuem natureza objetiva, justamente pela presunção de prejuízo ao consumidor, independentemente, assim, da intenção ou não do comerciante de gerar prejuízo a quem adquire seus produtos.

VIII - Reconhecido pelo CDC (art. 39, VIII, com a redação dada pela Lei nº 8.884/94), como útil à proteção do consumidor a sistemática da metrologia e normalização, ao caracterizar como abusiva a prática de colocar, no mercado de consumo, produto em desacordo com as normas.

IX - Obrigatoriedade do fornecimento de informações claras ao consumidor que se aplica não só ao fabricante do produto, mas também ao estabelecimento responsável pelo comércio ou distribuição do mesmo, na esteira do previsto no art. 5º, da Lei nº 9.933/99.

X - Sanção aplicada desde que apurado o fato em desacordo com as normas, independentemente da verificação da culpa do fabricante ou do comerciante.

XI - Multa dentro do limite do quantum previsto no inciso I, do art. 9º, da Lei nº 9.933/99. Para aplicação da penalidade, a autoridade competente leva em consideração, além da gravidade da infração, a vantagem auferida pelo infrator, sua condição econômica e seus antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

XII - A Administração Pública deve se nortear pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de penalidades, sendo cabível sua revisão judicial caso se mostrem exorbitantes. Afastada tal hipótese, é vedada a atuação do Poder Judiciário, haja vista a margem de discricionariedade com que conta a autoridade administrativa quanto aos atos de sua competência.

XIII - A fixação e quantificação da penalidade a ser aplicada, se advertência ou multa, encontram-se no campo de discricionariedade da Administração Pública, competindo ao Poder Judiciário, tão somente, verificar se foram obedecidos os parâmetros legais, como no caso em tela.

XIV - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaramos Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008456-46.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPRESA JORNALÍSTICA FOLHA METROPOLITANA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARIO CELSO IZZO - SP161016-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008456-46.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPRESA JORNALÍSTICA FOLHA METROPOLITANA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARIO CELSO IZZO - SP161016-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos à execução fiscal, interpostos por EMPRESA JORNALÍSTICA FOLHA METROPOLITANA LTDA, em face da UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, objetivando o reconhecimento da decadência e/ou prescrição do crédito em execução, bem como a inexigibilidade do tributo em face da imunidade prevista no art. 150, VI, "d", da Constituição Federal.

Embargos julgados improcedentes.

Opostos embargos de declaração pela empresa executada, objetivando fosse esclarecida a premissa equivocada utilizada na sentença embargada, que culminou com a adoção pelo juízo do art. 173, I, do CTN, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, em detrimento do art. 150, § 4º, regra a ser seguida em casos como o ora em comento.

Embargos de declaração não conhecidos.

Interposto recurso de apelação pela embargante, aduzindo que: trata-se de créditos com vencimentos e recolhimentos entre janeiro e dezembro de 1995, lançamento da diferença apurada em 27.09.2000 e citação em 14.03.2005; assim, afere-se a ocorrência da decadência, eis que entre janeiro e setembro de 1995 - recolhimento a menor dos créditos - e setembro de 2000 - lançamento da diferença apurada -, passaram-se cinco anos, consumando-se, pois, a caducidade de parte dos créditos, nos termos do § 4º, do art. 150, do CTN; também se verifica a prescrição no caso em tela, dado que entre a constituição do crédito (entrega da DCTF/recolhimento pelo sujeito passivo) - entre janeiro e dezembro de 1995 - e a citação - março de 2005 - se passaram mais de cinco anos; a interrupção da prescrição ocorreu na data da citação (14.03.2005), nos termos do parágrafo único, I, do art. 174, do CTN, com a redação anterior à Lei Complementar nº 118/05; no caso, houve pagamento, e o Fisco, ao analisar o pagamento, entendeu que o valor recolhido era inferior ou devido e lançou, complementarmente, a diferença; essa circunstância de complementaridade torna inválida a aplicação da regra do art. 173, I, do CTN - que vale apenas para os casos em que não tenha havido recolhimento -, fazendo incidir a regra do art. 150, § 4º, do mesmo diploma tributário, dado que houve o autolancamento, passando o *die*s *a quo* decadencial e prescricional a ser contado, conjuntamente, da data da entrega da DCTF/pagamento do tributo; em tese, a imunidade atribuída pela Carta Magna (art. 150, VI, "d"), só poderia atingir impostos, o que excluiria a contribuição sobre o lucro; todavia, numa interpretação sistemática, não se pode negar a característica de imposto da contribuição social sobre o lucro, uma vez que esta não constitui sanção de ato ilícito nem serviço público específico e divisível como as taxas - art. 145, II, CF - nem decorre de obras públicas, como as contribuições de melhoria; ao contrário, é obrigação pecuniária, compulsoriamente exigível e, principalmente, não está vinculada a qualquer atividade estatal específica - arts. 3º e 16 do CTN.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008456-46.2007.4.03.6119
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: EMPRESA JORNALÍSTICA FOLHA METROPOLITANA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: MARIO CELSO IZZO - SP161016-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os débitos em tela referem-se a tributos sujeitos a lançamento por homologação e, portanto, são oriundos de declaração do próprio contribuinte, o qual, nos termos do art. 150, do Código Tributário Nacional, tem o dever de verificar a ocorrência do fato gerador, apurar o montante devido e antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Desse modo, consoante farta jurisprudência, torna-se desnecessária a notificação prévia ou a instauração do procedimento administrativo, não havendo a exigência de homologação expressa por parte do Fisco (art. 150, § 4º, CTN). As declarações entregues pelo contribuinte, informando o montante do tributo devido, constituem documento de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigência dos créditos nelas declarado, independentemente de qualquer atividade administrativa.

Nessa linha, registro os julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e desta 6ª Turma, em acórdãos assimmentados:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. ART. 2º, § 5º, DA LEF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. JUNTADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANEAMENTO DO VÍCIO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. A nulidade da CDA não deve ser declarada por eventuais falhas que não geram prejuízos para o executado promover a sua defesa, informado que é o sistema processual brasileiro pela regra da instrumentalidade das formas (pas des nullités sans grief), nulificando-se o processo, inclusive a execução fiscal, apenas quando há sacrifício aos fins da Justiça.

2. Conforme preconizam os arts. 202 do CTN e 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80, a inscrição da dívida ativa somente gera presunção de liquidez e certeza na medida que contenha todas as exigências legais, inclusive, a indicação da natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como forma de cálculo de juros e de correção monetária.

3. A finalidade desta regra de constituição do título é atribuir à CDA a certeza e liquidez inerentes aos títulos de crédito, o que confere ao executado elementos para opor embargos, obstando execuções arbitrárias.

4. A pena de nulidade da inscrição e da respectiva CDA, prevista no artigo 203, do CTN, deve ser interpretada cum grano salis. Isto porque o escopo precípuo da referida imposição legal é assegurar ao devedor o conhecimento da origem do débito, de forma a ser exercido o controle da legalidade do ato e o seu direito de defesa.

5. In casu, tendo sido juntada aos autos cópia de todo o processo administrativo, atingindo-se, dessa forma, o objetivo maior da norma jurídica em tela, encontra-se saneado o vício apontado, não se caracterizando o comprometimento da essência do título executivo. Conseqüentemente, torna-se despicando, por parte do exequente, a instauração de um novo processo com base em um novo lançamento tributário para apuração do tributo devido, posto conspirar contra o princípio da efetividade, aplicável ao processo executivo extrajudicial. (Precedentes: REsp 686516/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 12/09/2005 REsp 271584/PR, Relator Ministro José delgado, DJ de 05.02.2001; RESP 485743, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 02/02/2004)

6. Destarte, não é qualquer omissão de requisitos formais da CDA que conduz à sua nulidade, devendo a irregularidade provocar uma efetiva dificuldade de defesa por parte do executado, máxime quando essa falha resta superada pela juntada aos autos de documentos que possibilitem o pleno exercício do direito de defesa, razão pela qual reputa-se incólume a presunção de liquidez e certeza do título executivo.

7. Recurso especial provido."

(STJ, 1ª Turma, REsp 812282, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 03.05.2007, DJ de 31.05.2007, p. 00363)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO DE APELAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. TRIBUTO DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. ART. 614, II DO CPC. NÃO INCIDÊNCIA DIANTE DE NORMA ESPECÍFICA. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA NOS PARÂMETROS LEGAIS. PREQUESTIONAMENTO.

(...)

2. Tratando-se de tributo declarado pelo próprio contribuinte ou sujeito ao lançamento por homologação, desnecessário o lançamento formal do débito, a notificação do embargante e até mesmo o prévio procedimento administrativo. Precedentes: STJ, 1ª Turma, REsp. n.º 2003/0012094-0, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.06.2003, DJ 23.06.2003; TRF3, 6ª Turma, AC n.º 89030069340, Rel. Des. Fed. Mairan Maia, j. 21.03.2001, DJU 13.06.2001, p. 545.

(...)"

(TRF - 3ª Região, 6ª T., AC 1346351, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, j. em 04.12.2008, DJF3 de 19.01.2009, p. 710)

A decadência relativa a crédito tributário é regida pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional que estabelece:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;"

Nos termos da lei, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional.

Tal entendimento está consolidado na Súmula 436 do E. Superior Tribunal de Justiça, que dispõe:

"A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

E em complemento ao entendimento acima, veja-se o posicionamento do C. STF:

"É absolutamente desnecessária a notificação prévia, ou a instauração de procedimento administrativo, para que seja inscrita a dívida e cobrado o imposto declarado, mas não pago pelo contribuinte. (RTJ, 103/221)."

Além disso, a constituição do crédito tributário também poderá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, com omissões ou inexatidões, sujeitando-se ao prazo decadencial do inciso I do artigo 173 do CTN.

Caso o lançamento de ofício seja efetivado por meio de Auto de Infração, a lavratura deste deverá ocorrer antes do decurso do prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sob pena de se consumir a decadência.

Esta é a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTOS NÃO EFETUADOS E NÃO DECLARADOS. ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA. ACOPLHIMENTO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE.

1. Trata-se de embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional objetivando afastar a decadência de créditos tributários referentes a fatos geradores ocorridos em dezembro de 1993. 2. Na espécie, os fatos geradores do tributo em questão são relativos ao período de 1º a 31.12.1993, ou seja, a exação só poderia ser exigida e lançada a partir de janeiro de 1994. Sendo assim, na forma do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial teve início somente em 1º.1.1995, expirando-se em 1º.1.2000. Considerando que o auto de infração foi lavrado em 29.11.1999, tem-se por não consumada a decadência, in casu. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial."

(EEARES 200401099782, MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DATA: 26/02/2010)

Adite-se que o termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário, no entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Assim é o entendimento assente do E. Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. ATRASO NO PAGAMENTO DAS PARCELAS. RESCISÃO ADMINISTRATIVA.

1. O prazo decadencial para constituição do crédito tributário, nos casos de lançamento de ofício, conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ele poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, inciso I). Tal entendimento foi solidificado no STJ quando do julgamento do REsp 973.733/SC, julgado em 12.8.2009, relatado pelo Min. Luiz Fux e submetido ao rito reservado aos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C).

2. Parcelado o débito sob a égide da MP 38/2002, o atraso de mais de duas parcelas implica em imediata rescisão da avença administrativa, nos termos do art. 13, parágrafo único, da Lei n. 10.522/02, vigente à época da ocorrência dos fatos.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp nº 1219461/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 07.04.2011, publicado no DJe de 14.04.2011)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ADESÃO AO REFIS. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INADIMPLÊNCIA. CAUSA INTERRUPTIVA DO LAPSO PRESCRICIONAL. ART. 174 DO CTN.

1. Hipótese em que se discute o termo inicial do prazo prescricional para a exigência dos tributos sujeitos ao regime do REFIS (se na data do inadimplemento do parcelamento, ou na data da exclusão do contribuinte).

2. O entendimento do acórdão recorrido se encontra em consonância com a orientação pacificada nesta Corte de que, uma vez interrompido o prazo prescricional em razão da confissão do débito e pedido de seu parcelamento por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o prazo volta a fluir a partir da data do inadimplemento do parcelamento. Precedentes: (AgRg nos EDCI no REsp 964.745/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008; REsp 762.935/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 9.12.2008, DJe 17.12.2008; AgRg no Ag 976.652/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 3/9/2009, DJe 14/9/2009).

3. Agravo regimental não provido."

Todavia, quando apresentada a declaração e efetivado o pagamento do tributo, caso o Fisco apure a existência de crédito remanescente a ser constituído, deverá realizar o lançamento suplementar com observância ao prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do CTN, *in verbis*:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

...omissis...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Portanto, as circunstâncias do caso concreto determinarão a forma de constituição do crédito tributário e a data de sua ocorrência, que são elementos imprescindíveis ao exame da decadência.

No caso dos autos, a cobrança se refere a exações com vencimento entre janeiro e dezembro de 1995 e o Auto de Infração foi lavrado em 27.09.2000, dentro do prazo decadencial, portanto, passando a partir daí a ser contado o prazo prescricional.

Passo a apreciar a questão relativa à prescrição.

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o quer for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Deveras, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como aquele da situação dos autos, o e. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquela c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010).

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO DECLARADO E NÃO PAGO. TERMO INICIAL. ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU A DATA DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação) é modo de constituição do crédito tributário.

2. O termo inicial do prazo prescricional para o fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*.

(...)

Agravo Regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1581258/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 13.04.2016)

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRECEDENTE EM RECURSO REPETITIVO. PRESCRIÇÃO VERIFICADA.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ, consolidou entendimento segundo o qual a entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), de Guia de Informação e Apuração do ICMS (GIA), ou de outra declaração dessa natureza, prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário.

2. O referido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, *in verbis*: "A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

3. No caso dos autos, a entrega da declaração ocorreu em 20.1.1994 e 9.2.1994. Assim, declarados os débitos tributários, e pagos a menor, o prazo prescricional iniciou-se na data da entrega da declaração. Logo, ajuizada a ação de execução fiscal somente em março de 1999, já teria ocorrida a prescrição.

4. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que a inscrição em dívida ativa, na hipótese ocorrida em 29.1.1999, não é capaz de suspender a prescrição, pois a regra do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 só se aplica a dívidas não tributárias, já que a prescrição referente a estas tem regramento em lei complementar - o art. 174 do CTN.

Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg nos EDecl no AREsp 154879/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 04.12.2012)

Súmula 436/STJ: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco."

A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo ad quem de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Eis o dispositivo e a ementa do mencionado recurso repetitivo:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA. PECULIARIDADE: DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS QUE NÃO PREVÊ DATA POSTERIOR DE VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL, UMA VEZ JÁ DECORRIDO O PRAZO PARA PAGAMENTO. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DA DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, não obstante cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: REsp 658.138/PR, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, julgado em 14.10.2009, DJe 09.11.2009; REsp 850.423/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ 07.02.2008; e AgRg nos REsp 638.069/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005).

2. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

"Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor;

I - pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor."

3. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário.

4. A entrega de Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência condutiva à formalização do valor declarado (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 962.379/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.10.2008, DJe 28.10.2008).

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis:

"A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco."

6. Consequentemente, o dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

7. In casu: (i) cuida-se de créditos tributários atinentes a IRPJ (tributo sujeito a lançamento por homologação) do ano-base de 1996, calculado com base no lucro presumido da pessoa jurídica; (ii) o contribuinte apresentou declaração de rendimentos em 30.04.1997, sem proceder aos pagamentos mensais do tributo no ano anterior; e (iii) a ação executiva fiscal foi proposta em 05.03.2002.

8. Deveras, o imposto sobre a renda das pessoas jurídicas, independentemente da forma de tributação (lucro real, presumido ou arbitrado), é devido mensalmente, à medida em que os lucros forem auferidos (Lei 8.541/92 e Regulamento do Imposto de Renda vigente à época - Decreto 1.041/94).

9. De acordo com a Lei 8.981/95, as pessoas jurídicas, para fins de imposto de renda, são obrigadas a apresentar, até o último dia útil do mês de março, declaração de rendimentos demonstrando os resultados auferidos no ano-calendário anterior (artigo 56).

10. Assim sendo, não procede a argumentação da empresa, no sentido de que: (i) "a declaração de rendimentos ano-base de 1996 é entregue no ano de 1996, em cada mês que se realiza o pagamento, e não em 1997"; e (ii) "o que é entregue no ano seguinte, no caso, 1997, é a Declaração de Ajuste Anual, que não tem efeitos jurídicos para fins de início da contagem do prazo seja decadencial, seja prescricional", sendo certo que "o Ajuste Anual somente tem a função de apurar crédito ou débito em relação ao Fisco." (fls. e-STJ 75/76).

11. Vislumbra-se, portanto, peculiaridade no caso sub examine, uma vez que a declaração de rendimentos entregue no final de abril de 1997 versa sobre tributo que já deveria ter sido pago no ano-calendário anterior, inexistindo obrigação legal de declaração prévia a cada mês de recolhimento, consoante se depreende do seguinte excerto do acórdão regional:

"Assim, conforme se extrai dos autos, a formalização dos créditos tributários em questão se deu com a entrega da Declaração de Rendimentos pelo contribuinte que, apesar de declarar os débitos, não procedeu ao devido recolhimento dos mesmos, com vencimentos ocorridos entre fevereiro/1996 a janeiro/1997 (fls. 37/44)."

12. Consequentemente, o prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial da exação declarada, in casu, iniciou-se na data da apresentação do aludido documento, vale dizer, em 30.04.1997, escoando-se em 30.04.2002, não se revelando prescritos os créditos tributários na época em que ajuizada a ação (05.03.2002).

13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).

14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.

15. A doutrina abalizada é no sentido de que:

"Para CÂMARA LEAL, como a prescrição decorre do não exercício do direito de ação, o exercício da ação impõe a interrupção do prazo de prescrição e faz que a ação perca a 'possibilidade de reviver', pois não há sentido a priori em fazer reviver algo que já foi vivido (exercício da ação) e encontra-se em seu pleno exercício (processo).

Ou seja, o exercício do direito de ação faz cessar a prescrição.

Aliás, esse é também o diretivo do Código de Processo Civil:

'Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.' Se a interrupção retroage à data da propositura da ação, isso significa que é a propositura, e não a citação, que interrompe a prescrição. Nada mais coerente, posto que a propositura da ação representa a efetivação do direito de ação, cujo prazo prescricional perde sentido em razão do seu exercício, que será expressamente reconhecido pelo juiz no ato da citação.

Nesse caso, o que ocorre é que o fator conduta, que é a omissão do direito de ação, é desqualificado pelo exercício da ação, fixando-se, assim, seu termo consumativo. Quando isso ocorre, o fator tempo torna-se irrelevante, deixando de haver um termo temporal da prescrição." (Eurico Marcos Diniz de Santi, in "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Ed. Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 232/233)

16. Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua contagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.

17. Outrossim, é certo que "incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário" (artigo 219, § 2º, do CPC).

18. Consequentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.

19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

(STJ, Primeira Seção, REsp 1.120.295/SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 12.05.2010, DJe 21.05.2010)

O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário. No entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. INOCORRÊNCIA. PARCELAMENTO. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADA. PREMISSAS FÁTICAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a adesão a parcelamento tributário é causa de suspensão da exigibilidade do crédito e interrompe o prazo prescricional, por constituir reconhecimento inequívoco do débito, nos termos do art. 174, IV, do CTN, voltando a correr o prazo a partir do inadimplemento da última parcela pelo contribuinte.

4. Ao dirimir a controvérsia, a Corte local, em consonância com o entendimento do STJ e com base nos elementos probatórios juntados aos autos, considerou não caracterizada a prescrição, em virtude da sua interrupção por adesão a programa de parcelamento.

(...)"

(STJ, Segunda Turma, REsp 1.728.845/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 10.04.2018, DJe 28.05.2018)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PARCELADO ANTES DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPEDIMENTO DE O FISCO EXECUTAR QUALQUER ATO DE COBRANÇA CONTRA O DEVEDOR. AGRAVO INTERNO DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) obstam a prática de atos que visem à sua cobrança, tais como inscrição em Dívida Ativa, execução e penhora. Precedentes: EREsp. 572.603/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 5.9.2005; AgRg no AREsp. 356.479/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 8.4.2016.

3. Na espécie, o acórdão recorrido consignou que houve o parcelamento do débito tributário no período de 4/2000 a 3/2008, e a Execução Fiscal foi proposta em 8.9.2003. Assim, havendo causa suspensiva da exigibilidade do crédito devido, o Fisco deveria se manter inerte, sem praticar qualquer ato de cobrança ao contribuinte, uma vez que não há nenhum prejuízo à parte exequente, já que a prescrição do crédito também se encontra suspensa.

4. Agravo Interno da FAZENDA NACIONAL a que se nega provimento."

(STJ, Primeira Turma, AgInt no REsp 1.588.781/CE, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 30.11.2017, DJe 06.12.2017)

In casu, o despacho citatório foi proferido anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do

CTN.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO POR EDITAL. INTERRUPÇÃO. PRECEDENTES.

(...)

5. A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar a citação o efeito interruptivo da prescrição. (Precedentes: REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor; sob pena de retroação da novel legislação.

(...)

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 999901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/05/2009, DJe 10/06/2009)

No caso dos autos, o crédito foi constituído pelo Auto de Infração, lavrado em 27.09.2000.

Ainda, por se tratar de dívida tributária, não se aplica a suspensão do prazo prescricional por 180 dias, baseada no artigo 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

Sobre o tema já se manifestou a Corte Superior:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. ART. 2º, § 3º, DA LEI 6.830/80. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. NORMA APLICÁVEL SOMENTE ÀS DÍVIDAS NÃO TRIBUTÁRIAS. FEITO EXECUTIVO AJUIZADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC 118/2005. INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO: CITAÇÃO. MORATÓRIA. SUSPENSÃO. LEIS MUNICIPAIS. SÚMULA 280/STF.

[...]

2. A jurisprudência desta Corte é assente quanto à aplicabilidade do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/80 (suspensão da prescrição por 180 dias por ocasião da inscrição em dívida ativa) somente às dívidas de natureza não-tributária, devendo ser aplicado o art. 174 do CTN, para as de natureza tributária. No processo de execução fiscal, ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/2005, o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da Lei 6.830/80.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido."

(Segunda Turma, REsp 1192368/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 07.04.2011, DJe 15.04.2011)

Desse modo, verifica-se não ter sido ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (27.09.2000) e a data do ajuizamento da ação (13.12.2004), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

Passo à apreciação do mérito.

Trata-se de cobrança de débitos relativos a IRPJ e CSLL, alegando a embargante em seu favor, a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea "d", da Constituição Federal.

Assim dispõe o dispositivo constitucional mencionado:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;"

Por primeiro, da leitura do dispositivo transcrito, infere-se que vedação expressa na alínea "d" se restringe a impostos, não para tributos em geral, não alcançando, portanto, as contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social (CSLL, COFINS e PIS).

Por sua vez, o texto do dispositivo constitucional não menciona proteção dirigida à livraria, ao jornaleiro, à editora ou a qualquer pessoa física ou jurídica. Em outras palavras, a imunidade relativa aos livros, jornais e periódicos abrange tão somente aqueles impostos que incidam especificamente sobre o livro, o jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão, considerados isoladamente, pouco importando a natureza da pessoa jurídica que os comercializa.

Ainda, o E. STF firmou entendimento segundo o qual a imunidade tributária em tela é de natureza objetiva, razão pela qual não impede a incidência de tributos sobre a receita ou o lucro das empresas dedicadas à atividade editorial.

Confira-se:

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ALÍNEA 'D' DO INCISO VI DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA. DISTRIBUIÇÃO DE PERIÓDICOS, REVISTAS, PUBLICAÇÕES, JORNAIS E LIVROS. NÃO ABRANGÊNCIA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que me parece juridicamente correta, é firme no sentido de que a distribuição de periódicos, revistas, publicações, jornais e livros não está abrangida pela imunidade tributária da alínea 'd' do inciso VI do art. 150 do Magno Texto 2. Agravo regimental desprovido."

"EMENTA: TRIBUTÁRIO. ANISTIA DO ART. 150, VI, D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IPMF. EMPRESA DEDICADA À EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE LIVROS, JORNAIS, REVISTAS E PERIÓDICOS. Imunidade que contempla, exclusivamente, veículos de comunicação e informação escrita, e o papel destinado a sua impressão, sendo, portanto, de natureza objetiva, razão pela qual não se estende às editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade – que permanecem sujeitas à tributação pelas receitas e pelos lucros auferidos. Conseqüentemente, não há falar em imunidade ao tributo sob enfoque, que incide sobre atos subjetivados (movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira). Recurso conhecido e provido."

(RE 206774/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 29-10-1999, p. 19)

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação**, nos termos da fundamentação supra.

É o voto.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPJ E CSLL. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA 'D' DA CF. EMPRESA JORNALÍSTICA. IMUNIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

I - Os débitos em tela referem-se a tributos sujeitos a lançamento por homologação e, portanto, são oriundos de declaração do próprio contribuinte, o qual, nos termos do art. 150, do Código Tributário Nacional, temo dever de verificar a ocorrência do fato gerador, apurar o montante devido e antecipar o pagamento sempre que o exame da autoridade administrativa.

II - Consoante farta jurisprudência, torna-se desnecessária a notificação prévia ou a instauração do procedimento administrativo, não havendo a exigência de homologação expressa por parte do Fisco (art. 150, § 4º, CTN). As declarações entregues pelo contribuinte, informando o montante do tributo devido, constituem documento de confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para exigência dos créditos nelas declarado, independentemente de qualquer atividade administrativa. Precedentes do E. STJ.

III - A decadência relativa a crédito tributário é regida pelo art. 173, I, do CTN.

IV - Nos termos da lei, a contagem do prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

V - Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, a constituição do crédito se dá com a entrega da declaração pelo sujeito passivo, independentemente de qualquer atuação por parte do Fisco, nos moldes do art. 150 do Código Tributário Nacional. Entendimento consolidado na Súmula 436/STJ e no posicionamento do C. STF.

VI - A constituição do crédito tributário também poderá ocorrer de ofício, nos moldes do art. 149 do Código Tributário Nacional, na ausência de declaração do contribuinte ou se elaborada em desacordo com a legislação tributária, comissões ou inexistências, sujeitando-se ao prazo decadencial do inciso I do artigo 173 do CTN.

VII - Caso o lançamento de ofício seja efetivado por meio de Auto de infração, a lavratura deste deverá ocorrer antes do decurso do prazo de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sob pena de se consumir a decadência.

VIII - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário, no entanto, se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

IX - As circunstâncias do caso concreto determinam a forma de constituição do crédito tributário e a data de sua ocorrência, que são elementos imprescindíveis ao exame da decadência.

X - No caso dos autos, o crédito foi constituído por meio do Auto de Infração, lavrado em 27.09.2000.

XI - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o termo inicial do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data do vencimento, o que for posterior, em conformidade com o princípio da *actio nata*, tema já pacificado no âmbito do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

XII - O E. STJ firmou entendimento de que a constituição definitiva do crédito ocorre com a entrega da declaração de contribuições e tributos federais - DCTF, conforme o disposto na Súmula nº 436: a entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco. Uma vez constituído o crédito tributário, coube, ainda àquele c. Corte, nos termos do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, fixar o termo a quo do prazo prescricional no dia seguinte ao vencimento da obrigação tributária declarada e não paga ou na data da entrega da declaração, o que for posterior (REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/5/2010). Nesse sentido: EDcl no RESP nº 362.256/SC.

XIII - O prazo de suspensão da prescrição por 180 dias, previsto no § 3º, do artigo 2º, da Lei nº 6.830/80, somente se aplica às dívidas de natureza não tributária. Entendimento pacificado do E. STJ.

XIV - A interrupção da prescrição, seja pela citação do devedor, seja pelo despacho que a ordenar (conforme redação dada ao artigo 174, I, do CTN pela LC nº 118/2005), retroage à data do ajuizamento da ação, sendo esse, portanto, o termo *ad quem* de contagem do prazo prescricional, conforme decidiu a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

XV - O termo de confissão espontânea de débito fiscal é apto à constituição do crédito tributário; se seguido do pedido de parcelamento, haverá a interrupção do prazo prescricional, que voltará a fluir a partir do inadimplemento do acordo firmado.

XVI - *In casu*, o despacho citatório foi proferido anteriormente, portanto, à entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/05, em 09.06.2005, aplicando-se ao caso concreto a redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

XVII - No caso dos autos, o crédito foi constituído por meio do Auto de Infração, lavrado em 27.09.2000.

XVIII - A constituição dos créditos ocorreu em 27.09.2000 (Auto de Infração), a execução fiscal foi ajuizada em 13.12.2004 e a citação foi efetivada em 14.03.2005.

XIX - Não ultrapassado o prazo quinquenal entre a data da constituição do crédito (27.09.2000) e a data do ajuizamento da ação (13.12.2004), considerando que a interrupção da prescrição, tanto pela citação do devedor como pelo despacho que a ordenar, retroage à data do ajuizamento da ação, conforme decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido ao art. 543-C do CPC/73.

XX - A imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea "d", da Constituição Federal restringe-se a impostos, não abrangendo tributos em geral, não alcançando, portanto, as contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social (CSLL, COFINS e PIS).

XXI - Por sua vez, o texto do dispositivo constitucional não menciona proteção dirigida à livraria, ao jornaleiro, à editora ou a qualquer pessoa física ou jurídica. Em outras palavras, a imunidade relativa aos livros, jornais e periódicos abrange tão somente aqueles impostos que incidam especificamente sobre o livro, o jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão, considerados isoladamente, pouco importando a natureza da pessoa jurídica que os comercializa.

XXII - Ainda, o E. STF firmou entendimento segundo o qual a imunidade tributária em tela é de natureza objetiva, razão pela qual não impede a incidência de tributos sobre a receita ou o lucro das empresas dedicadas à atividade editorial.

XXIII - Recurso de apelação improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5016862-08.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
PARTE AUTORA: MARIA JOSE RODRIGUES DE CARVALHO
Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARCELO BEZ DEBATIN DA SILVEIRA - SP237120-A, CINTIA YOSHIE MUTO - SP309295-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial.

Intimada da r. sentença, a Fazenda Nacional manifestou expressamente seu desinteresse em recorrer (doc. nº 135458116).

Assim, aplica-se o disposto no artigo 19, § 1º, inciso II, e § 2º, da Lei Federal nº 10.522/02:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

(...)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

(...)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Por estes fundamentos, não conheço da remessa oficial, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002604-90.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
PARTE AUTORA: FUNDAÇÃO JOSE CARLOS DA ROCHA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: MARIA ESTHER PIOVESAN MORETTI REIS - SP155197-A, SERGIO ROBERTO MONELLO - SP46515-A, PRISCILLA TRUGILLO MOREIRA - SP222616-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

DECISÃO

Trata-se de remessa oficial.

Intimada da r. sentença, a Fazenda Nacional manifestou expressamente seu desinteresse em recorrer (doc. nº 135092006).

Assim, aplica-se o disposto no artigo 19, § 1º, inciso II, e § 2º, da Lei Federal nº 10.522/02:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

(...)

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

(...)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Por estes fundamentos, não conheço da remessa oficial, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017851-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: JORGE LUIZ RODOLFO DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: EZEQUIEL ARCE DE OLIVEIRA - MS21117
AGRAVADO: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCACAO, CIENCIA E TECNOLOGIA DE MATO GROSSO DO SUL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JORGE LUIZ RODOLFO DOS SANTOS, em face da r. decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar objetivando provimento jurisdicional a fim de suspender a posse dos candidatos aprovados na Lista 2 e a adoção da Lista 1 de aprovados como ordem a ser obedecida prioritariamente na nomeação dos aprovados até que se esgote esta lista, para o cargo de Técnico-Administrativo em Educação (Tecnólogo Área Gestão Pública) no quadro permanente do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO MATO GROSSO DO SUL- IFMS.

Alega o agravante, em síntese, que mesmo vigente o certame para o qual foi aprovado em 5º lugar, o IFMS realizou outro concurso para provimento do mesmo cargo de Tecnólogo em Gestão Pública, assim, foi preterido em razão da convocação dos novos candidatos. Requer a concessão do efeito suspensivo ativo de modo a deferir sua nomeação.

É o relatório.

Decido.

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

O caso é de deferimento parcial do efeito suspensivo pretendido.

Aduz o agravante que classificou-se na 5ª posição do concurso público regido sob a égide do Edital nº 002, de 06/07/2016, promovido pelo INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DO MATO GROSSO DO SUL-IFMS, para o cargo de Tecnólogo Área Gestão Pública.

Referido concurso teve seu prazo de validade prorrogado por mais dois anos, nos termos do Edital nº 002.39/2016-CCP-IFMS, cujo término ocorrerá em 11/11/2020.

Ocorre que, em 12/09/2018, foi expedido novo Edital nº 067/2018 para o provimento de vários cargos, inclusive o ora questionado.

Realmente, o agravante foi classificado em 5º lugar na Lista de Aprovados Candidatos Autodeclarados Negros.

O agravado, por sua vez, alega que o fato de ter nomeado o 1º colocado das vagas reservadas aos candidatos negros no novo concurso, em momento algum desrespeitou o disposto no art. 37, IV da CF, vez que o agravante não possui direito subjetivo à nomeação, visto não estar aprovado dentro do número inicial de vagas do concurso público para o qual se inscreveu.

Verifica-se, da leitura dos documentos juntados aos autos, antes do vencimento do primeiro concurso, que foi publicado novo edital, inclusive nomeando candidatos aprovados para o mesmo cargo do agravante, comprovando, portanto, o interesse da Administração no preenchimento de referidas vagas.

Sobre o tema, está pacificado na jurisprudência e decorre, inclusive, da exegese de julgado do STF proferido sob a égide da repercussão geral (RE nº 837.311/PI), no qual restou firmada a Tese de Repercussão Geral nº 784, a seguir:

“O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.” (Tese de Repercussão Geral nº 784) – grifei.

Dessa maneira, assiste razão ao agravante, devendo ser esgotada a lista de aprovados do concurso anterior, para somente após serem convocados os demais candidatos aprovados no último concurso.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVADA ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. PRECEDENTES DO STJ. APENAS EXPECTATIVA DE DIREITO.

1. O Tribunal de origem entendeu que a agravante foi classificada em posição desfavorável, possuindo apenas mera expectativa de direito à nomeação. Rever o entendimento da Corte local implica o necessário reexame das provas constantes dos autos, o que é defeso em recurso especial, ante o que preceitua a Súmula 7 do STJ.

2. Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior entende que o candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital possui mera expectativa de direito à nomeação, convalidando-se em direito subjetivo somente na hipótese de comprovação do surgimento de cargos efetivos durante o prazo de validade do concurso público, bem como o interesse da administração pública em preenchê-las. O que não se mostra no caso dos autos.

3. Agravo interno a que se nega provimento.”

(AgInt no AREsp 1401754/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019-grifei)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE ASSISTENTE EM ADMINISTRAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO PAULO. UNIFESP. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CONCURSO VÁLIDO. ABERTURA DE NOVO PROCESSO SELETIVO PARA O MESMO CARGO. CARACTERIZAÇÃO DA NECESSIDADE DE PROVIMENTO DO CARGO. DIREITO À NOMEAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ABERTURA DE NOVO CERTAME DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO ANTERIOR. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO.

1. Caso em que as autoras pleiteiam direito à nomeação e à posse no cargo de assistente em administração na UNIFESP, haja vista a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, dentro do prazo de validade do anterior, no qual as autoras haviam logrado aprovação.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que candidato não classificado dentro do número de vagas previstas no edital não tem direito à nomeação, apenas mera expectativa de direito. Entretanto, existem hipóteses excepcionais em que a mera expectativa de direito à nomeação convola-se em direito subjetivo, tais como: a) aprovação do candidato dentro do número de vagas previamente estabelecido no edital; b) preterição na ordem de classificação dos aprovados (Súmula 15 do Supremo Tribunal Federal); c) abertura de novos concursos públicos enquanto ainda vigente o anterior (artigos 37, inciso IV, da Constituição Federal e 12, § 2º, da Lei n. 8.112/1990) e d) comprovação de contratação de pessoal em caráter precário ou temporário.

3. No caso dos autos, verifica-se ter sido deflagrado novo concurso público para provimento de 4 novas vagas referente ao cargo de Assistente em Administração ainda dentro do prazo de validade do concurso anterior.

4. Dessa forma, forçoso reconhecer que a Administração demonstrou, de forma inequívoca, a existência de vagas e a necessidade de seu provimento, resultando manifesto o direito das autoras à nomeação pretendida.

5. Tudo isso porque tendo sido nomeados até o 5º colocado no concurso prévio e estando as autoras classificadas em 8º e 9º lugares, estas adquiriram consequentemente o direito à nomeação, porquanto com a abertura de novo certame ofertando mais 4 vagas, à Administração caberia respeitar a ordem classificatória da lista do concurso anterior. Transfere-se, assim, a questão do campo da discricionariedade da Administração para o da vinculação administrativa.

6. Ademais, conforme informação trazida aos autos, a UNIFESP procedeu à nomeação dos candidatos aprovados no concurso posterior, desconsiderando a ordem de classificação, haja vista que as autoras aprovadas previamente foram preteridas por terceiros.

7. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1586976 - 0007999-88.2009.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, julgado em 15/12/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/01/2017-grifei)

Assim, a r. decisão agravada deverá ser reformada, devendo ser esgotada a lista de aprovados do concurso anterior, para somente após serem convocados os demais candidatos aprovados no último concurso e, caso o agravante seja contemplado na ordem a ser seguida, terá o direito à nomeação, caso não existam outros óbices.

Demonstrado o *fumus boni iuris*, verifico, outrossim, a presença do *periculum in mora*, vez que a eficácia da tutela jurisdicional, visa evitar indevidas nomeações que poderão ser revistas.

Ante o exposto, **defiro parcialmente o efeito suspensivo ativo**, nos termos da fundamentação.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Intime-se a parte agravada para que se manifeste nos termos e para os efeitos do art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Abra-se vista ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005175-64.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: DIEGO ANTEQUERA FERNANDES - SP285611-N
AGRAVADO: VALMIR PAULO CORREIA
Advogado do(a) AGRAVADO: ERICA CILENE MARTINS - SP247653-N

DECISÃO

Consoante consulta ao andamento processual da ação originária deste instrumento, disponível no site da Justiça Federal (www.jfsp.jus.br), o feito principal a que se refere o presente recurso foi julgado em primeira instância.

Assim, já tendo ocorrido o julgamento da ação na qual foi proferida a decisão atacada, este instrumento perdeu inteiramente o seu objeto. Precedentes desta Corte e do STJ (AI 0031669-61.2014.4.03.0000, Rel. Des. Federal André Nabarrete, julgado em 23/11/2016, e DJF3 Judicial 1 20/12/2016 e EAREsp 488.188/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 07/10/2015, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o presente recurso por perda de objeto, negando-lhe seguimento, com fulcro no art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001288-11.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: DIBENS LEASING S/A - ARRENDAMENTO MERCANTIL
Advogado do(a) APELANTE: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Por primeiro, considerando o informado no ID 136016482, assiste razão ao peticionário, em relação à ilegitimidade da fl. 184, bem como à ausência das fls. 43, 47, 48, 49 e 356, razão pela qual defiro o pedido de regularização, tal como formulado.

Da mesma forma, nos termos do disposto no art. 10 § 1º, da Resolução Pres. nº 278/2019, defiro a guarda do documento de fls. 583.

À Subsecretaria para as providências necessárias, ressalvando-se, porém, que em razão da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10/2020, o cumprimento se dará após o retorno das atividades normais deste Tribunal, nos termos do seu artigo 1º.

Após, se em termos, retomemos os autos conclusos para apreciação da petição ID 107106921.

Cumpra-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016480-15.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PLASTPLEX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS TANAKA DE AMORIM - SP252946-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRES/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**PLASTPLEX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005722-05.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MASTERFOODS BRASIL ALIMENTOS LTDA.
Advogado do(a) APELADO: FABIANA HELENA LOPES DE MACEDO TADIELLO - SP199735-A

DESPACHO

Considerando o informado no ID 135743903, em princípio, assiste razão ao peticionário, razão pela qual defiro o pedido de digitalização.

Tribunal. À Subsecretaria para as providências necessárias, ressalvando-se, porém, que em razão da Portaria Conjunta PRES/CORE nº 10/2020, o cumprimento se dará após o retorno das atividades normais deste

Intime-se. Cumpra-se

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011735-22.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

AGRAVANTE: PRO-SAUDE PLANOS DE SAUDE LTDA- EM LIQUIDACAO EXTRAJUDICIAL

Advogados do(a) AGRAVANTE: JOSE EDUARDO VICTORIA - SP103160-A, MILENA DE JESUS MARTINS - SP250243-A

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

DECISÃO

O agravante não havia recolhido as custas (doc. nº 132164343). Diante da inexistência de comprovação da alegada situação econômico-financeira precária, foi intimada para comprovar, através de documentos hábeis para tanto, a ausência de recursos financeiros ou proceder ao recolhimento das custas processuais, sob pena de não conhecimento do presente recurso. (doc. nº 132440423).

Em cumprimento ao r. despacho, o agravante informou que sua condição foi comprovada pelo balanço contábil apresentado.

Diante da ausência de elementos que comprovem a inexistência de ativos, foi indeferido o benefício da justiça gratuita e determinado o recolhimento das custas processuais, sob pena de não conhecimento do agravo (doc. nº 134533393).

Assim, tendo em vista que a parte agravante não comprovou o pagamento do preparo, impõe-se a decretação da deserção, nos termos do artigo 1.007, §§ 2º e 5º, do Código de Processo Civil.

Por estes fundamentos, **não conheço do agravo de instrumento**, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao MM. Juiz *a quo*.

Publique-se. Intimem-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016313-28.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: MARCELO RIOS WITZEL

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCELO RIOS WITZEL - SP169874

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Postergo a análise do recurso para após a apresentação da contraminuta.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027967-46.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA

AGRAVANTE: PAULO ROBERTO PACHI

Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANA FULGENCIO BOTELHO GUIMARAES - SP368439-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Para melhor analisar a questão posta em juízo, faz-se necessário ao agravante apresentar cópia integral dos autos originários deste recurso.

Por essa razão, providencie a recorrente, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso, cópias das referidas peças, em consonância com os artigos 1.017, inciso III e § 3º, c/c o 932, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil.

Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017795-11.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: ANTONIO BATISTA
Advogado do(a) AGRAVANTE: HEBER SEBA QUEIROZ - MS9573-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DESPACHO

Postergo a análise do recurso para após a apresentação da contraminuta.

Intime-se a parte agravada para, querendo, apresentar resposta, nos termos do artigo 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5018049-81.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
RECORRENTE: DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA.
Advogados do(a) RECORRENTE: LEONARDO ARLINDO VIEIRA - SP412511, LARISSA MANZATTI MARANHÃO DE ARAUJO - SP305507-A, CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
RECORRIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de pedido de efeito suspensivo à apelação interposta por DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA. da r. sentença de improcedência proferida nos autos dos embargos à execução fiscal nº 5021578-26.2019.4.03.6182, nos quais se discute multa aplicada pelo INMETRO.

Reportando-se às alegações formuladas na apelação, entende a requerente presentes os pressupostos expressos no §4º do artigo 1.012 do CPC.

Sabendo que a sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação, por força do disposto no art. 1.012, §1º, III, do Código de Processo Civil, requer a concessão de efeito suspensivo, ante o risco de ser dado prosseguimento à execução fiscal, com a imediata liquidação da garantia prestada nos autos da execução fiscal, com o levantamento de valores indevidos, ou mesmo de bloqueio de contas, o que gerará dano irreparável e de difícil reparação, caso a apelação interposta seja recebida apenas no efeito devolutivo.

Acresce que, ante a previsão do art. 9º, §2º da Portaria 440/161, há viabilidade de ser executado o seguro garantia nos casos em que o recurso de apelação não seja recebido no efeito suspensivo.

Entende demonstrado o perigo de dano grave e atual, por conta dos impactos causados pela pandemia do COVID-19 que, com o passar do tempo tem gerado perdas financeiras às empresas de todo o setor de comércio e indústria.

Assim, considerando a probabilidade de provimento do recurso de apelação e a relevância da fundamentação, somada à situação econômica global devida à pandemia, requer-se, com fulcro no art. 1.012, § 3º, I, do CPC, que a apelação interposta seja recebida com efeito suspensivo, tendo em vista o estado de calamidade pública declarado em razão da pandemia COVID-19.

DECIDO.

Dispõe o art. 1.012 do CPC:

"Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

§ 2º Nos casos do § 1º, o apelado poderá promover o pedido de cumprimento provisório depois de publicada a sentença.

§ 3º O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao:

I - tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la;

II - relator, se já distribuída a apelação.

§ 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação."

Do dispositivo legal transcrito, a apelação em regra tem efeito suspensivo. Todavia, nas hipóteses do §1º, dentre as quais se inclui a sentença que extingue sem resolução de mérito ou julga improcedentes os embargos do executado (III), a decisão tem eficácia e começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação.

Para suspensão da eficácia dessas sentenças deve o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, a existência de risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.012, § 4º CPC), a exemplo do que ocorre com a tutela provisória (art. 300 e art. 1.012, § 4º CPC).

Probabilidade para esses fins corresponde a um juízo de verossimilhança, de quase certeza que se forma sobre uma determinada situação de fato ou de direito a partir de um conhecimento sumário e superficial dos elementos de prova apresentados pela parte.

No caso concreto, por sua vez, não se mostrou relevante a fundamentação e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, a ensejar o recebimento do apelo também no efeito suspensivo.

Não concorrem, pois, os requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo pleiteado, expressos nos artigos 995 e 1.012, §4º, ambos do Código de Processo Civil.

No que toca à perícia, embora o art. 369 do CPC permita a produção de todos os meios de prova legais, de forma a demonstrar a verdade dos fatos, é certo que referida norma não autoriza a realização da prova que se mostre desnecessária ou impertinente ao julgamento do mérito da demanda.

No caso em questão, tratando-se de matéria de direito e de fato e estando comprovada documentalmente nos autos da execução fiscal subjacente a infração cometida pelo embargante, ora requerente, não há que se falar em necessidade de prova pericial.

Por outro lado, a mera possibilidade de serem praticados atos expropriatórios no curso do feito – decorrência ordinária em demandas dessa natureza – não é suficiente para a configuração do *periculum in mora*, devendo o receio de lesão ao direito ser evidente, concreto.

Nesse sentido, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça que “(...) a mera prossecução do executivo fiscal não preenche o suporte fático atinente ao dano contido no artigo 739-A do CPC, sendo necessário, para tanto, a demonstração de risco concreto, ausente na hipótese em questão.” (AgRg na MC 15843 / SC Ministro LUIZ FUX DJe 20/10/2009)

Desta forma, relativamente ao seguro garantia, constitui consequência lógica do processo executivo desta natureza a intimação da seguradora para realizar o depósito dos valores segurados em caso de sinistro (não pagamento pelo tomador executado quando determinado pelo juiz), garantindo-se, conseqüentemente, o seu direito de regresso perante a parte executada, não restando caracterizado, portanto, o perigo de dano apto a ensejar a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

De todo modo, eventuais valores oriundos do seguro garantia permaneceriam depositados em conta vinculada aos autos até o trânsito em julgado dos embargos, tendo ou não o recurso da parte executada sido recebido com atribuição de efeito suspensivo.

Não é demais lembrar que, nos termos do que dispõe o §2º do art. 32 da Lei nº 6.830/80, eventual levantamento de valores por quaisquer das partes somente é possível após o trânsito em julgado dos embargos.

Finalmente, ao magistrado não é dado reconhecer como fato jurídico a diminuição da atividade econômica em razão da pandemia do COVID-19 para o fim de conceder o efeito suspensivo pretendido.

Indefiro, pois, o pedido de efeito suspensivo, nos termos da fundamentação.

Comunique-se o d. Juízo *a quo*.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5027278-36.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
RECORRENTE: VELOX PARTS IMPORTACAO E COMERCIO EIRELI - EPP
Advogado do(a) RECORRENTE: KELLY GERBIANY MARTARELLO - SP367108-A
RECORRIDO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **VELOX PARTS IMPORTACAO E COMERCIO EIRELI - EPP**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004019-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: LUXOR ENGENHARIA CONSTRUÇOES E PAVIMENTACAO LTDA
Advogados do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO ZULZKE DE TELLA - SP156754-A, MARIA LUISA DE ANGELIS PIRES BARBOSA - SP125158-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUXOR ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E PAVIMENTAÇÃO LTDA, contra decisão proferida pelo MM. Juiz “a quo” que **indeferiu o reconhecimento das garantias ofertadas (Bens Imóveis constantes das matrículas Nos. 00113162, 00113180, 0113287, 00113288 e 00113293 do CRI de Indaiaatuba – São Paulo), pelo fato de que os imóveis não serem de sua propriedade e por se fazer imprescindível uma avaliação mais detalhada deles.**

Constato que foi ofertado seguro garantia, o qual foi aceito, proporcionando a expedição da certidão positiva com efeito de negativa, razão pela qual verifiquo que a apreciação do recurso encontra-se prejudicada.

Isto posto, não conheço do agravo interno, com fulcro no artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, remetam-se os autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005011-66.2000.4.03.6183
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CARLOS ERNESTO DE CAMPOS
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO MOHAMED AMIN JUNIOR - SP140493-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIÃO FEDERAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (CARLOS ERNESTO DE CAMPOS), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0034742-84.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: CESAR WADIIH MALUF, JOSE WADIIH MALUF, MARIA ABUJAMRA MALUF, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELANTE: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELANTE: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELANTE: SEBASTIAO CARLOS FERREIRA DUARTE - SP77176-N
APELADO: CESAR WADIIH MALUF, JOSE WADIIH MALUF, MARIA ABUJAMRA MALUF, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogado do(a) APELADO: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELADO: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELADO: VERA LUCIA DUARTE GONCALVES - SP178512
Advogado do(a) APELADO: SEBASTIAO CARLOS FERREIRA DUARTE - SP77176-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Pedido de sucessão processual formulado devido ao falecimento da autora **Maria Abujamra Maluf** (Id 113865820, p. 59/61). Intimada (Id 131643543), a Caixa Econômica Federal não se manifestou.

Ante o exposto, a teor dos documentados juntados, restou comprovada a morte da parte, razão pela qual determino a habilitação de **César Wadih Maluf** e **José Wadih Maluf** figurar no polo ativo da ação, com fulcro nos artigos 110, 689 e 692, todos do Código de Processo Civil.

Encaminhem-se os autos a Subsecretaria de Registros e Informações Processuais (UFOR) para as anotações cabíveis.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0017224-45.2008.4.03.6112
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: JOAO HENRIQUE GUEDES SARDINHA - SP241739-A
APELADO: SAMIRA BENEDICTA JUBRAN
Advogado do(a) APELADO: HEIZER RICARDO IZZO - SP270602-A
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação e com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação da Caixa Econômica Federal - CEF, para que informe se remanesce interesse na apresentação de proposta de acordo.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso in albis do prazo assinalado como total desinteresse, retornando os autos ao I. Relator para prosseguimento.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0025889-86.2008.4.03.6100
RELATOR: Gab. 11 - DES. FED. ANDRÉ NABARRETE
APELANTE: JOAO BETTONI
Advogado do(a) APELANTE: MICHELE PETROSINO JUNIOR - SP182845-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: PALMIRA BETTONI MALTA

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: MICHELE PETROSINO JUNIOR

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, e com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação da Caixa Econômica Federal - CEF, para que informe se remanesce interesse na apresentação de proposta de acordo.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso in albis do prazo assinalado como total desinteresse, retornando os autos ao Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) para prosseguimento.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008457-18.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
AGRAVANTE: ESPÓLIO DE EVARISTA MARICATO
Advogado do(a) AGRAVANTE: CRISTIANO PINHEIRO GROSSO - SP214784-N
AGRAVADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**CAIXA ECONOMICA FEDERAL**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005821-57.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: DELEGADO DA DELAGACIA DA RECEITA FEDERAL EM JUNDIAÍ, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ACETECH INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS E ADESIVOS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO RIBEIRO BARTNIK - PR30877-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que o, ora agravado **ACETECH INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS E ADESIVOS EIRELI**, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001437-16.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: SUPERMERCADO BEMBOM EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO BEMBOM EIRELI
Advogados do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**SUPERMERCADO BEMBOM EIRELI**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001919-83.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: HALAUTOMATION LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: VERONICA MARCONDES - SP380190-A, VALTER DO NASCIMENTO - SP224377-A, ALEX PEREIRA DE ALMEIDA - SP101605-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **HALAUTOMATION LTDA - EPP**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004584-30.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EFRARI INDUSTRIA E COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE AUTOPECAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAFAEL TEIXEIRA SILVEIRA - MG167391-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **EFRARI INDUSTRIA E COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO DE AUTOPECAS LTDA**, ora agravada querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002813-17.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS TEFORM LTDA
Advogado do(a) APELADO: AMANDIO SERGIO DA SILVA - SP202937-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS TEFORM LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007037-65.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ANGELA AGUILERA AFFONSO TRANSPORTES - ME
Advogado do(a) APELADO: ANA CLAUDIA MOREIRA PERES - SP289619-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que ANGELA AGUILERA AFFONSO TRANSPORTES - ME, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000897-18.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: P. NEVES PERFUMES E COSMETICOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOSE RICARDO MARTINS PEREIRA - SP150002-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000897-18.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: P. NEVES PERFUMES E COSMETICOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOSE RICARDO MARTINS PEREIRA - SP150002-A

RELATÓRIO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

Cuida-se de mandado de segurança em que se pretende ver excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS-ST, bem como que seja reconhecido o direito à respectiva compensação.

O MM. Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, concedendo, em parte, a segurança e autorizando a consequente compensação, respeitado o lustro prescricional e nos termos da legislação de regência. Submeteu ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a União Federal, sustentando, em apertada síntese, a legalidade da inclusão do ICMS-ST nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a inaplicabilidade, à espécie, do julgado proferido nos autos do RE 574.706, referente à exclusão do ICMS da base de cálculo das aludidas contribuições.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta Corte para julgamento.

O Ministério Público Federal, não vislumbrando interesse público a demandar a sua intervenção, opinou pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000897-18.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: P. NEVES PERFUMES E COSMETICOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOSE RICARDO MARTINS PEREIRA - SP150002-A

DECLARAÇÃO DE VOTO

Adoto, em sua integralidade, o relatório apresentado pela ilustre Desembargadora Federal Relatora Marli Ferreira.

Cuida-se de mandado de segurança em que se pretende ver excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS a parcela relativa ao ICMS-ST, bem como que seja reconhecido o direito à respectiva compensação.

O MM. Juízo a quo julgou procedente o pedido, concedendo, em parte, a segurança e autorizando a consequente compensação, respeitado o lustro prescricional e nos termos da legislação de regência. Submeteu ao reexame necessário.

Irresignada, apelou a União Federal, sustentando, em apertada síntese, a legalidade da inclusão do ICMS-ST nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a inaplicabilidade, à espécie, do julgado proferido nos autos do RE 574.706, referente à exclusão do ICMS da base de cálculo das aludidas contribuições.

A eminente Relatora votou por dar provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido e denegar a segurança.

Coma devida vênia, ousou divergir da ilustre Relatora.

No âmbito da divergência, passo a fundamentar.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte; dessa forma, a parcela correspondente àquela exação não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.

Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

No entanto, não houve discussão a respeito das operações realizadas pelos substituídos tributários em que não há destaque do imposto estadual por ter havido o recolhimento de forma antecipada pelos contribuintes substituídos (o denominado "ICMS-ST").

Nesse caso, de venda de mercadorias sujeita ao ICMS-ST, o Fisco não permite a dedução pretendida. Contudo, como se trata do mesmo tributo diferenciando-se apenas pelo regime tributário, deve ser dado o tratamento idêntico ao ICMS recolhido pelo próprio contribuinte.

O ICMS-ST consiste em uma antecipação do imposto devido na operação final e a própria Receita Federal reconhece que este valor compõe o preço de venda do adquirente, de forma que deve ser reconhecido o direito do contribuinte adquirente de excluir este montante de ICMS ST quando da apuração da base de cálculo do PIS/COFINS da venda desta mercadoria.

Sobre o tema, por ocasião do julgamento do ApReeNec 5023578-85.2018.4.03.6100, em 26.09.2019, de Relatoria da e. Des. Fed. Mônica Nobre, acompanhei o voto divergente do e. Des. Fed. André Nabarrete, cujo trecho peço vênia para transcrever.

"1.2 - Da exclusão do ICMS-ST pelo substituído tributário

Nos termos do disposto no artigo 273 do RICMS, nas vendas de produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária, os fabricantes/fornecedores (substituídos tributários) devem emitir nota fiscal de saída com as seguintes indicações:

I – a base de cálculo da retenção, apurada nos termos do artigo 41;

II – o valor do imposto retido, cobrável do destinatário;

III – a base de cálculo e o valor do imposto incidente sobre a operação própria.

Assim, uma vez revestidos da condição de substituídos tributários, tão somente recolhem de forma antecipada o ICMS-ST e, portanto, fazem jus à exclusão dos numerários pagos a esse título das bases de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 12, § 4º, do Decreto-Lei n. 1.598/77, litteris:

§ 4º Na receita bruta não se incluem os tributos não cumulativos cobrados, destacadamente, do comprador ou contratante pelo vendedor dos bens ou pelo prestador dos serviços na condição de mero depositário.

1.3 – Da exclusão do ICMS-ST pelo substituído tributário

O regime de substituição tributária está previsto no artigo 150, § 7º, da CF/88 e assim prevê, litteris:

A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

O objetivo dessa sistemática é a redução do número de contribuintes a serem fiscalizados, eis que há antecipação do tributo pelo substituído ao recolher o ICMS devido pela cadeia e calculado sobre uma base presumida (é um mecanismo de arrecadação no qual um terceiro sujeito se insere na relação jurídica entre o fisco e o contribuinte de modo a antecipar o pagamento devido por este, cabendo o ressarcimento decorrente do regime plurifásico (TORRES, Heleno T. Substituição Tributária - Regime Constitucional, Classificação e Relações Jurídicas - Materiais e Processuais. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 70, 2001.p. 87-108).

No que toca ao montante pago pelo substituído ao adquirir mercadorias do substituído, encontra-se incluído no preço de aquisição do produto tanto o ICMS relacionado à operação de venda deste último ("ICMS próprio") quanto o que o substituído deveria recolher aos cofres estaduais no momento da revenda. Assim, pode-se afirmar que os substituídos tributários são contribuintes que, na qualidade de destinatário (termo utilizado no regulamento anteriormente citado - RICMS), arcam com o valor do ICMS-ST destacado nas notas fiscais emitidas pelos fabricantes/fornecedores (substituídos tributários) e posteriormente embutem-no no preço dos objetos revendidos (é a consubstanciação da repercussão jurídica e econômica do valor pago antecipadamente). Portanto, com relação a esse numerário, há que se reconhecer a legitimidade do direito à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (artigo 150, inciso II, da CF/88), inclusive porque a restrição nesse contexto implica tratamento desigual entre os que adquirem produtos sujeitos à substituição tributária e aqueles que são responsáveis pelo pagamento de seu próprio ICMS.

Quanto ao tópico, ressalta-se o disposto no Parecer Normativo CST n. 77/1986, verbis:

(...)

6.2- O ICM referente à substituição tributária é destacado na Nota-Fiscal de venda do contribuinte substituído e cobrado do destinatário, porém, constitui uma mera antecipação do devido pelo contribuinte substituído.

7. Os atacadistas ou comerciantes varejistas, ao efetuarem a venda dos produtos, cujo ICM tenha sido retido pelo contribuinte substituído, não destacarão na Nota-Fiscal a parcela referente ao imposto retido, mas no preço de venda dessas mercadorias, efetivamente estará contido tal imposto (...).

(...)

No valor total da nota não há destaque de ICMS, uma vez que já foi pago antecipadamente pelo substituído tributário, ou seja, o substituído, ao pagar ao substituído tributário o valor total expresso na nota fiscal, ARCA com o quantum concernente ao ICMS-ST e, em consequência, adiciona esse ônus na etapa posterior (revenda ao próximo contribuinte) a fim de não restar economicamente prejudicado.

Ressalte-se que o fato de o substituído não emitir nota com o destaque de ICMS (uma vez que esse imposto já fora pago na etapa econômica anterior pelo substituído) não lhe desnatura o reconhecimento do direito, considerado que a sistemática de creditamento do PIS/COFINS (desconto de crédito determinado mediante a aplicação de alíquota sobre determinadas despesas – artigo 3º das Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03) é efetivada de forma completamente diferente da do ICMS (o quantum recolhido nas operações anteriores é abatido do devido nas posteriores), haja vista que este último incide sobre produtos, ao passo que a incidência das contribuições sociais se dá sobre o faturamento, conforme já explicitado.

No presente caso, a parte postula o reconhecimento do direito à exclusão das receitas de vendas que formam base de cálculo das contribuições PIS e COFINS, o valor do ICMSST pago por ocasião das suas compras de mercadorias para revenda sujeitas à referida sistemática de recolhimento antecipado do imposto. De tal sorte, é possível, por esta via, declarar o direito à compensação, a ser promovida na via administrativa, observados os parâmetros legais, observando-se o prazo prescricional.

A correção do indébito deve ser aquela estabelecida no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, em perfeita consonância com iterativa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que inclui os índices expurgados reconhecidos pela jurisprudência dos tribunais, bem como a aplicabilidade da SELIC, a partir de 01/01/1996.

No tocante aos juros moratórios, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nos Recursos Especiais n.º 1.111.175/SP e 1.111.189/SP, representativos da controvérsia, no sentido de que, nas hipóteses de restituição e de compensação de débitos tributários, são devidos e equivalentes à taxa SELIC, se foram efetuados após 1º de janeiro de 1996, ou incidentes a partir desta data, caso o tributo tenha sido recolhido antes desse termo, de acordo com o disposto nos artigos 13 da Lei nº 9.065/95, 30 da Lei nº 10.522/2002 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95.

A ação foi proposta após a entrada em vigor da LC nº 104/2001, razão pela qual incide o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, no caso, deve ser reconhecido, na qualidade de substituído tributário, o direito à exclusão dos valores de ICMS-ST das bases de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS e, em consequência, à compensação dos valores recolhidos a maior, observado o lustro prescricional, na forma da legislação de regência, notadamente com respeito ao disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.637/02, ao artigo 170-A do CTN, e com a incidência da Taxa Selic sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco desde o recolhimento indevido.

Ante o exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000897-18.2019.4.03.6123
RELATOR: Gab. 12 - DES. FED. MARLI FERREIRA
APELANTE: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
APELADO: P. NEVES PERFUMES E COSMETICOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: JOSE RICARDO MARTINS PEREIRA - SP150002-A

VOTO

A Exma. Senhora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA (Relatora):

A questão atinente à pretensão de descontar créditos sobre os valores de ICMS-Substituição, os quais compõem o custo de aquisição de mercadorias para posterior revenda, na apuração da contribuição ao PIS e a COFINS, encontra forte hostilidade junto à sólida jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, conforme arestos que ora colho, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E À COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST) RECOLHIDO EM OPERAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Segunda Turma do STJ firmou entendimento de que, 'não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituto e definida nos arts. 1º e § 2º das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003' (REsp 1.456.648/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 2/6/2016, DJe 28/6/2016). 2. A situação fática delineada pela própria agravante leva a compreender que sobre os valores despendidos a título de ICMS-ST não incidiram o PIS nem a COFINS. O fato de a sistemática não cumulativa do PIS e da COFINS não se adequar com exatidão àquela metodologia adotada no creditamento de IPI e ICMS não autoriza fechar os olhos para situações em que nas operações anteriores não tenha havido incidência tributária e, mesmo assim, admitir creditamento fictício não previsto em lei. 3. Agravo interno a que se nega provimento."

(AgInt no REsp 1.417.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 21/09/2017, DJe 28/09/2017)

"RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE. 1. O presente recurso foi interposto na vigência do CPC/2015, o que atrai a incidência do Enunciado Administrativo Nº 3: 'Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC'. 2. Não tem direito o contribuinte ao creditamento, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituído a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição. Precedentes: REsp. n. 1.456.648 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.06.2016; REsp. n. 1.461.802 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.09.2016. 3. A aplicação da Súmula n. 568/STJ ('O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema') não exige a existência de múltiplos julgados sobre o tema, apenas a suficiência do debate pelo órgão julgador no precedente e a adequação dos fundamentos determinantes do precedente utilizado como paradigma ao caso concreto (art. 489, §1º, V, CPC/2015). 4. Agravo interno não provido."

(AgInt nos EDcl no REsp 1.462.346/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3 DO STJ. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÕES NORMATIVAS. IMPOSSIBILIDADE. NORMA QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE LEI FEDERAL. CONTRIBUIÇÕES AO PIS/PASEP E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. VALORES REFERENTES A ICMS-SUBSTITUIÇÃO (ICMS-ST). IMPOSSIBILIDADE. 1. Impossibilidade de conhecimento do recurso especial em relação à alegada ofensa à Instruções Normativas, uma vez que tais normas não se enquadram no conceito de lei federal. 2. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituída não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituída que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituída. É o que estabelece o art. 279 do RIR/99 e o art. 3º, §2º, da Lei n. 9.718/98. 3. Desse modo, não sendo receita bruta, o ICMS-ST não está na base de cálculo das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS não cumulativas devidas pelo substituído e definida nos arts. 1º e §2º, da Lei n. 10.637/2002 e 10.833/2003. 4. Sendo assim, o valor do ICMS-ST não pode compor o conceito de valor de bens e serviços adquiridos para efeito de creditamento das referidas contribuições para o substituído, exigido pelos arts. 3, §1º, das Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, já que o princípio da não cumulatividade pressupõe o pagamento do tributo na etapa econômica anterior, ou seja, pressupõe a cumulatividade (ou a incidência em 'cascata') das contribuições ao PIS/PASEP e COFINS. Precedente. 5. Agravo interno não provido."

(AgInt no REsp 1.628.142/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017)

No mesmo sentido, as CC. Cortes Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões, respectivamente, *verbis*:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. PIS E COFINS NÃO CUMULATIVAS. CREDITAMENTO. ICMS-SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A impetrante, na qualidade de substituída tributária, não é contribuinte do ICMS, mas apenas depositária desse imposto. Daí que o valor do ICMS-ST constitui mero ingresso na contabilidade da empresa substituída, pelo que não incidiram a contribuição para o PIS e a COFINS. 2. Quando ocorre a retenção e recolhimento do ICMS pela empresa a título de substituição tributária (ICMS-ST), a empresa substituída não é a contribuinte, o contribuinte é o próximo na cadeia, o substituído. Nessa situação, a própria legislação tributária prevê que tais valores são meros ingressos na contabilidade da empresa substituída que se torna apenas depositária de tributo (responsável tributário por substituição ou agente arrecadador) que será entregue ao Fisco. Então não ocorre a incidência das contribuições ao PIS/PASEP, COFINS, já que não há receita da empresa prestadora substituída." (AgInt no REsp 1.628.142-RS, r. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma do STJ em 07.03.2017). 3. Apelação da impetrante desprovida."

(AMS 0007024-70.2013.4.01.3812, Relator Desembargador Federal NOVÉLY VILANOVA, Oitava Turma, j. 25/06/2018, e-DJF1 03/08/2018)

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. INAPLICABILIDADE. 1. Nos termos do enunciado do Tema 69 - STF, o ICMS destacado nas notas fiscais não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. 2. No entanto, ao julgar o RE 574.706, o Supremo Tribunal Federal não considerou o regime de substituição progressiva do ICMS. 3. No regime da substituição tributária progressiva, o imposto não é calculado 'por dentro', mas 'por fora', sendo adicionado ao valor de venda quando da emissão da nota fiscal, de modo que sequer integra a receita bruta do substituído tributário - e tampouco a do substituído, não havendo fundamentos para se reconhecer o direito ao abatimento, da base de cálculo das contribuições em apreço, dos valores pagos a título de ICMS-ST, seja pelo substituído, seja pelo substituído."

(AC 5008313-27.2017.4.04.7110/RS, Relator Juiz Federal convocado ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Primeira Turma, j. 14/11/2018)

E ainda esta C. Turma julgadora, em recente julgado, *verbis*:

"**TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA 69/STF. INAPLICABILIDADE.** 1. A questão atinente à pretensão de descontar créditos sobre os valores de ICMS-Substituição, os quais compõem o custo de aquisição de mercadorias para posterior revenda, na apuração da contribuição ao PIS e à COFINS, encontra forte hostilidade junto à sólida jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, onde restou lá assentado que "não tem direito o contribuinte ao crédito, no âmbito do regime não cumulativo do PIS e COFINS, dos valores que, na condição de substituído tributário, paga ao contribuinte substituído a título de reembolso pelo recolhimento do ICMS-substituição. Precedentes: REsp. n. 1.456.648 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02.06.2016; REsp. n. 1.461.802 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 22.09.2016." - AgInt nos EDcl no REsp 1.462.346/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017. 2. No mesmo sentido, STJ, AgInt no REsp 1.417.857/RS, Relator Ministro OG FERNANDES, Segunda Turma, j. 21/09/2017, DJe 28/09/2017 e AgInt no REsp 1.628.142/RS, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07/03/2017, DJe 13/03/2017; TRF - 1ª Região, AMS 0007024-70.2013.4.01.3812, Relator Desembargador Federal, NOVÉLY VILANOVA, Oitava Turma, j. 25/06/2018, e DJF1 03/08/2018; e TRF 4ª - Região, AC 5008313-27.2017.4.04.7110/RS, Relator Juiz Federal convocado ALEXANDRE ROSSATO DA SILVA ÁVILA, Primeira Turma, j. 14/11/2018. 3. Apelação a que se nega provimento."

(AC 0026558-95.2015.4.03.6100/SP, Relatora Desembargadora Federal MARLI FERREIRA, Quarta Turma, j. 21/02/2019, D.E. 18/03/2019)

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** à apelação da União Federal e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido e denegar a segurança, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

EMENTA

ICMS. EXCLUSÃO DO ICMS-ST DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. POSSIBILIDADE.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 574.706-PR, com repercussão geral, reconheceu que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte; dessa forma, a parcela correspondente àquela exação não pode integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS.
2. Tema 069: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".
3. Não houve discussão a respeito das operações realizadas pelos substituídos tributários em que não há destaque do imposto estadual por ter havido o recolhimento de forma antecipada pelos contribuintes substituídos (o denominado "ICMS-ST").
4. Nesse caso, de venda de mercadorias sujeita ao ICMS-ST, o Fisco não permite a dedução pretendida. Contudo, como se trata do mesmo tributo diferenciando-se apenas pelo regime tributário, deve ser dado o tratamento idêntico ao ICMS recolhido pelo próprio contribuinte.
5. No que toca ao montante pago pelo substituído ao adquirir mercadorias do substituído, encontra-se incluído no preço de aquisição do produto tanto o ICMS relacionado à operação de venda deste último ("ICMS próprio") quanto o que o substituído deveria recolher aos cofres estaduais no momento da revenda.
6. Legitimidade do direito à exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (artigo 150, inciso II, da CF/88), inclusive porque a restrição nesse contexto implica tratamento desigual entre os que adquirem produtos sujeitos à substituição tributária e aqueles que são responsáveis pelo pagamento de seu próprio ICMS.
7. No valor total da nota não há destaque de ICMS, uma vez que já foi pago antecipadamente pelo substituído tributário, ou seja, o substituído, ao pagar ao substituído tributário o valor total expresso na nota fiscal, ARCA com o quantum concernente ao ICMS-ST e, em consequência, adiciona esse ônus na etapa posterior (revenda ao próximo contribuinte) a fim de não restar economicamente prejudicado.
8. Ressalte-se que o fato de o substituído não emitir nota com o destaque de ICMS (uma vez que esse imposto já fora pago na etapa econômica anterior pelo substituído) não lhe desnatura o reconhecimento do direito, considerando que a sistemática de crédito do PIS/COFINS (desconto de crédito determinado mediante a aplicação de alíquota sobre determinadas despesas – artigo 3º das Leis n. 10.637/02 e n. 10.833/03) é efetivada de forma completamente diferente da do ICMS (o quantum recolhido nas operações anteriores é abatido do devido nas posteriores), haja vista que este último incide sobre produtos, ao passo que a incidência das contribuições sociais se dá sobre o faturamento, conforme já explicitado.
9. Assim, no caso, deve ser reconhecido, na qualidade de substituído tributário, o direito à exclusão dos valores de ICMS-ST das bases de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS e, em consequência, à compensação dos valores recolhidos a maior, observado o lustro prescricional, na forma da legislação de regência, notadamente com respeito ao disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/96, com a redação que lhe conferiu a Lei nº 10.637/02, ao artigo 170-A do CTN, e com a incidência da Taxa Selic sobre os valores a serem compensados junto ao Fisco desde o recolhimento indevido.
10. Apelação e remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, por maioria, decidiu negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA, com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e SOUZA RIBEIRO, vencidas as Des. Fed. MARLI FERREIRA (Relatora) e MÔNICA NOBRE, que davam à apelação da União Federal e à remessa oficial, para julgar improcedente o pedido e denegar a segurança. Lavrará acórdão o Des. Fed. MARCELO SARAIVA. O Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE votou nos termos do art. 942, §1º do CPC. O Des. Fed. SOUZA RIBEIRO votou nos termos dos arts. 53 e 260, §1.º do RITRF3, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000481-97.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ICONACY ORTHOPEDIC IMPLANTS INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICO HOSPITALARES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: UBALDO JUVENIZ DOS SANTOS JUNIOR - SP160493-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**CONACY ORTHOPEDIC IMPLANTS INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS MEDICO HOSPITALARES LTDA.**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001850-92.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FLOG INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA
Advogados do(a) APELADO: CAROLINE CHINELLATO ROSSILHO - SP350063-A, ABRAO MIGUEL NETO - SP134357-A, VLADIMIR AUGUSTO GALLO - SP274757-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**FLOG INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS LTDA.**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002068-57.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TRILHO SUISSO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: LUIZA FONTOURA DA CUNHA BRANDELLI - SP334892-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) **(TRILHO SUISSO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA.)**, ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000777-22.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: SUPERMERCADO PEDROSAO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A, MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SUPERMERCADO PEDROSAO LTDA
Advogados do(a) APELADO: MARCOS DE CARVALHO PAGLIARO - SP166020-A, ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **SUPERMERCADO PEDROSAO LTDA.**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004891-79.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KALF INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS ANTUNES JUNIOR - SP191583-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **KALF INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006335-52.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: POLI-CONTROL INSTRUMENTOS DE CONTRAMB INDE COM LTDA
Advogado do(a) APELADO: CARLA ANDREIA ALCANTARA COELHO PRADO - SP188905-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **POLI-CONTROL INSTRUMENTOS DE CONTRAMB INDE COM LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001569-73.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RECANTO SANTA JULIA COMERCIO DE CONVENIENCIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO HENRIQUE FELIX FRANCA - SP336958-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) **(RECANTO SANTA JULIA COMERCIO DE CONVENIENCIA LTDA)**, ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003913-49.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGUA VILON TRANSPORTES EIRELI
Advogados do(a) APELADO: JULIO CESAR VALIM CAMPOS - SP340095-A, NELSON MEDEIROS RAVANELLI - SP225021-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **RECANTO SANTA JULIA COMERCIO DE CONVENIENCIA LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000194-03.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PRO-COLOR QUIMICA INDUSTRIAL LTDA
Advogado do(a) APELADO: FABIOLA REGINA MASSARA ANTIQUERA - SP110071-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que a(s) parte(s) (**PRO-COLOR QUIMICA INDUSTRIAL LTDA**), ora embargada(s), querendo, manifeste(m)-se nos termos do § 2º do art. 1023 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002210-61.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: M3/SP ENGENHARIA E COMERCIO LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, M3/SP ENGENHARIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ALINE HELENA GAGLIARDO DOMINGUES - SP202044-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **M3/SP ENGENHARIA E COMERCIO LTDA - EPP**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001706-35.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: AGACE EMBALAGENS EM PLASTICOS, VIDROS E DESCARTAVEIS EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **AGACE EMBALAGENS EM PLASTICOS, VIDROS E DESCARTAVEIS EIRELI - ME**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

Considera-se data da publicação o primeiro dia útil subsequente ao dia de disponibilização no Diário Eletrônico da Justiça Federal.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000087-16.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
AGRAVADO: S. E. LILLI & CIA. LTDA - EPP, SERGIO EDUARDO LILLI
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000087-16.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
AGRAVADO: S. E. LILLI & CIA. LTDA - EPP, SERGIO EDUARDO LILLI
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal contra a r. decisão proferida pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de São João da Boa Vista, que em Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 0001200-76.2017.403.6127, indeferiu a liminar cujo objeto era a indisponibilidade de bens e valores pertencentes aos agravados, Sergio Eduardo Lilli e Farmácia Brasília - SE. Lilli & Cia Ltda.

Na origem, cuida-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em face dos agravados objetivando a sua condenação às penas do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, afirmando que a empresa Farmácia Brasília-SE. Lilli & Cia praticou fraudes ao Programa Federal "Farmácia Popular", recebendo recursos indevidos do Fundo Nacional de Saúde.

O *Parquet* Federal sustenta que a fiscalização do Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde - DENASUS constatou que a empresa agravante estava fraudando o "Programa Farmácia Popular", utilizando de forma ilícita nomes e números de CPF para alimentar o sistema autorizador. Por esse *modus operandi*, as dispensações fictícias de medicamentos eram inseridas no sistema eletrônico, objetivando a percepção indevida de recursos públicos federais por parte de estabelecimento farmacêutico. Com isso, obteve indevidamente o pagamento da quantia de R\$4.685,64 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

Alega também, que não obstante os prejuízos terem sido ressarcidos ao Ministério da Saúde, é necessária a tutela para desvinculação do réu ao Programa Farmácia Popular, bem como multa civil em dobro do valor do dano causado ao Fundo Nacional de Saúde, condenação em dano moral coletivo e indisponibilidade dos bens.

Ante os fatos narrados, o r. Juízo *a quo* deferiu a tutela antecipada determinando a suspensão do direito de qualquer dos requeridos de, em nome próprio ou por interposta pessoa, vincular-se ao Programa Farmácia Popular. Todavia, indeferiu o pedido de indisponibilidade de bens, afirmando que ainda não houve a delimitação de eventual responsabilidade pelos fatos narrados. Afirma que restrições financeiras poderiam impedir ou dificultar sobremaneira o exercício da atividade comercial e atos da vida civil, não sendo esse o objetivo dos autos.

Inconformado, o Ministério Público Federal interps o presente recurso de agravo de instrumento requerendo a concessão da tutela antecipada para determinar a indisponibilidade de bens dos agravados, suficientes a perfazerem o valor de R\$ 109.371,28 (cento e nove mil trezentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos), correspondente a soma dos valores patrimoniais requeridos na inicial (multa e cem mil reais referente ao dano moral coletivo).

Em suas razões, aduz que a presença do *periculum in mora* nas ações de improbidade administrativa é presumido, militando em favor da sociedade, não sendo necessário a demonstração de risco de dilapidação patrimonial.

O Ministério Público Federal afirma que deve ser determinada a indisponibilidade sob pena de se tornar ineficaz e inefetiva em virtude das modificações provocadas pelo tempo na realidade factual inicialmente apresentada, enquanto tramita o processo. Sustenta que se deve velar pela efetividade do Direito quando a vítima é o Estado, porquanto nessa hipótese o ato ilícito é praticado em detrimento de toda a coletividade.

Por conseguinte, além de estarem sujeitos ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do referido dano, conforme previsto no artigo 12, inciso II, da Lei n.º 8.429/92, os demandados deverão ressarcir os danos morais coletivos acarretados pelos atos de improbidade praticados. É necessário acautelar o pagamento desses valores.

Em decisão ID Num. 2601297, foi deferido parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal para reformar a decisão que indeferiu o pedido liminar e decretar a indisponibilidade dos bens dos agravados, S. E. LILLI & CIA. LTDA – EPP e Sergio Eduardo Lilli, suficientes a perfazerem o valor de R\$9.371,28 (nove mil trezentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos), correspondente ao valor referente à multa civil, conforme consta na inicial da Ação Civil Pública.

Regularmente intimados, os agravados não apresentaram resposta.

Emparecer, o representante da Procuradoria Regional da República da 3ª Região opinou pelo provimento parcial do recurso (ID Num. 4481231).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000087-16.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 14 - DES. FED. MARCELO SARAIVA
AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
AGRAVADO: S. E. LILLI & CIA. LTDA - EPP, SERGIO EDUARDO LILLI
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIEZER PEREIRA PANNUNZIO - SP145839
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Examinando-se a decisão agravada e os argumentos trazidos pelo agravante, impõe-se o acolhimento parcial do presente recurso.

O r. Juízo *a quo* indeferiu o pedido de indisponibilidade de bens, afirmando que ainda não houve a delimitação de eventual responsabilidade pelos fatos narrados. Todavia, referido argumento não se mostra plausível.

Quanto à possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens do réu para garantia do resultado útil do provimento jurisdicional em ação civil por improbidade administrativa, cabe examinar o preenchimento dos requisitos necessários para a tutela pretendida, nos termos do artigo 7º, da Lei nº 8.429/92, *in verbis*:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Conforme bem destacado pela MM. Juíza Singular, restaram demonstrados os indícios da prática de atos de improbidade que provocaram danos ao erário.

No caso em tela, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública por prática de ato de improbidade administrativa, com pedido de tutela provisória, em face de SÉRGIO EDUARDO LILLI e FARMÁXIMA BRASÍLIA – S. E. LILLI & CIA. LTDA. – EPP (ora agravados), com o objetivo de sancionar os demandados na esfera cível, em decorrência da violação de princípios da administração pública e da obtenção indevida de valores do Fundo Nacional de Saúde, no período de janeiro de 2010 a outubro de 2013, no âmbito das atividades da empresa FARMÁXIMA BRASÍLIA – S. E. LILLI & CIA. LTDA. – EPP, estabelecida em Mogi Mirim (SP) e credenciada do Programa Farmácia Popular do Brasil.

O Programa "Farmácia Popular", com previsão na Lei 10.858/2004 e com base no Decreto Presidencial 5.090/2004, consiste, em síntese, na disponibilização de medicamentos a baixo custo para a população necessitada, podendo referida disponibilização ocorrer em estabelecimentos próprios ("Farmácias Populares") ou através da celebração de convênios com drogarias e farmácias da iniciativa privada ("Aqui tem Farmácia Popular") que, ao realizarem a adesão a esse programa governamental, recebem subvenções públicas da União, com Recursos do Fundo Nacional de Saúde como intuito de custear a disponibilização.

Destaque-se que, conforme previsão da Portaria 491/2006, do Ministério da Saúde, vigente à época dos fatos supostamente ilícitos, os estabelecimentos privados subvencionados pelo "Farmácia Popular" deveriam, para cada venda relacionada ao programa, exigir dos compradores o número do CPF, receita médica constando número de inscrição do médico no CRM, bem como a respectiva assinatura em uma via do cupom fiscal representativo da venda, que deveriam ser mantidas em poder da farmácia ou drogaria pelo prazo de 5 (cinco) anos.

No presente caso, o Ministério Público Federal demonstrou indícios de que os procedimentos previstos para o "Programa Farmácia Popular" foram fraudados pelos agravados, através de comércio fictício de medicamentos, com o propósito de angariar verbas públicas, durante um grande lapso temporal, o que provocou danos ao erário, resultando na obtenção indevida de, no mínimo, de R\$ 4.685,64 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), montante que chegou a ser efetivamente pago ao estabelecimento com recursos do Fundo Nacional de Saúde.

Registre-se que o valor supramencionado foi apurado por amostragem, em fiscalização do Departamento Nacional de Auditoria do Sistema Único de Saúde (DENASUS). Referido valor indica a provável realização de centenas de operações fraudulentas, posto que os valores dos repasses pertinentes a cada medicamento dispensado são pequenos, quando isoladamente considerados.

De um exame do feito, constata-se que foram emitidos cupons vinculados cujas assinaturas não restaram reconhecidas pelos supostos beneficiários, bem como foram confeccionados receituários médicos falsos. Tais fatos representam indícios de um perigoso esquema, o qual pode provocar um grande impacto sobre a sociedade, além de grave dano ao erário.

Acresça-se que, no presente caso, existe denúncia, já recebida na esfera criminal, pelos mesmos fatos que são objeto da ação de improbidade, como também a própria exordial da ação civil já foi igualmente recebida. Outrossim, o que se pede é a mera indisponibilidade e não a expropriação dos referidos bens, medida extrema que somente é cabível na hipótese de condenação com trânsito em julgado.

Diante do expendido, os fatos descritos na inicial, aliados aos documentos acostados, demonstram presença da probabilidade do direito, indispensável à concessão da medida pleiteada.

Quanto ao *periculum in mora*, esse é presumido, emerge dos artigos 37, § 4º, da Constituição Federal, e 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, sendo firme o entendimento no C. Superior Tribunal de Justiça de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, sendo suficiente a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade.

Nesse sentido, transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. DESNECESSIDADE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DOS BENS.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - Os Agravantes não apresentam, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

III - **É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, na decretação da medida de indisponibilidade ou bloqueio de bens do demandado, em ação civil pública de improbidade administrativa, o periculum in mora, nessa fase, milita em favor da sociedade, encontrando-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelariedade da ação de improbidade administrativa, no intuito de garantir o ressarcimento ao erário e/ou devolução do produto do enriquecimento ilícito, decorrente de eventual condenação, nos termos estabelecidos no art. 37, § 7º, da Constituição de República.**

IV - Da mesma forma, sedimentou-se no âmbito desta Corte o entendimento no sentido de ser desnecessária a individualização dos bens, pelo autor da medida cautelar ou da ação de improbidade administrativa, para fins de decretação da medida de indisponibilidade.

V - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1394564/DF, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 05/12/2016) (grifei)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SÚMULA 42/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS DEMONSTRADOS. REVISÃO. INVIALIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento" (Súmula 42 - STJ).

2. **A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, firmou entendimento no sentido de que o periculum in mora para a decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens é presumido, não estando condicionado à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio ou na iminência de fazê-lo, sendo possível a sua decretação quando presentes indícios da prática de atos de improbidade administrativa como na hipótese.**

3. "Para análise dos critérios adotados pela instância ordinária que ensejaram a concessão da liminar ou da antecipação dos efeitos da tutela, é necessário o reexame dos elementos probatórios a fim de aferir a prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação", nos termos do art. 273 do CPC, o que não é possível em recurso especial, dado o óbice da Súmula 7 desta Corte" (AgRg no AREsp 350.694/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 18/09/2013).

4. Acórdão que se apresenta em sintonia com a jurisprudência do STJ atraindo a aplicação da Súmula 83/STJ.

5. Agravo regimental desprovido. (grifo nosso)

(AgRg no AREsp 472.350/SP, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do Trf1ª Região), Primeira Turma, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015) (grifei)

Impende frisar que mesmo nos casos de Ação de Improbidade Administrativa fundada somente em violação aos princípios da Administração Pública é plenamente cabível a determinação da indisponibilidade de bens, posto que o artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, estabelece, entre as sanções para o ato de improbidade, o ressarcimento integral do dano, se houver, e o pagamento de multa civil. Logo, para garantir a efetivação do provimento final das ações de improbidade é necessária a determinação da indisponibilidade.

Corroborando com esse entendimento, destaco que é jurisprudência sedimentada no C. Superior Tribunal de Justiça que a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, considerando, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE ABRANGE INCLUSIVE AQUELES ADQUIRIDOS ANTES DA PRÁTICA DO SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE, ASSIM COMO O POTENCIAL VALOR DA MULTA CIVIL APLICÁVEL À ESPÉCIE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO. PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO NO COMANDO LEGAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes. 2 - A Primeira Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543 - C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e, ante a presença de fortes indícios da prática do ato reputado improbo, dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do réu, estando o periculum in mora implícito no comando do art. 7º da LIA. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.

AGRESP 201100707505, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJE DATA:25/11/2014 (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE OU BLOQUEIO DE BENS PELO JUÍZO. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE FORTES INDÍCIOS DE RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO QUE CAUSE LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO OU IMPORTE EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DE PATRIMÔNIO OU SUA IMINÊNCIA. NÃO OBRIGATORIEDADE. CARÁTER ASSECURATÓRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE RECAI SOBRE O PATRIMÔNIO DOS AGENTES, AINDA QUE ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À PRÁTICA DO SUPOSTO ATO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - O acórdão recorrido está em confronto com o entendimento desta Corte, no sentido de que o juízo pode decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade ou bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato improbo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo da comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência. II - Ademais, dado seu caráter assecuratório, a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos agentes, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao Erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil aplicada como sanção autônoma. III - Os Agravantes não apresentam, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada. IV - Agravo Regimental improvido.

AGRESP 201301413855, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJE DATA:10/11/2015 (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PEDIDO DE CONTRACAUTELA PARA SUBTRAIR EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE RAZÃO EXCEPCIONAL. MEDIDA CAUTELAR IMPROCEDENTE. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PREJUDICADO.

1. É possível que o Superior Tribunal de Justiça controle, mediante ação cautelar própria aqui ajuizada, a decisão do Tribunal a quo que confere efeito suspensivo ao recurso especial, uma vez que essa decisão não pode ser submetida à apreciação do órgão colegiado local. Nesse sentido: AgRg na MC 15.889/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 4.11.2009.

2. No caso dos autos, o requerente pleiteia a reversão do efeito suspensivo concedido pelo 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a recurso especial do Ministério Público Estadual.

3. O MPE imputa ao requerente a prática de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, por incorporar ao seu patrimônio, indevidamente, parte dos vencimentos de seus assessores legislativos. Defende o requerente que a hipótese não encontra enquadramento formal nos incisos XI e XII do art. 9º da Lei 8.429/92.

4. Inexiste razão excepcional para a subtração do efeito suspensivo.

5. **O periculum in mora em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta improba é implícito no comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial.**

6. **Por outro lado, observo que o próprio requerente esclarece que o Ministério Público fundamentou a sua postulação de condenação no art. 11 da Lei 8.429/92 e que, por isso, não seria possível a decretação da indisponibilidade. Porém, "em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92"** (AgRg no REsp 1.311.013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/12/2012, DJe 13/12/2012).

Medida cautelar improcedente. Pedido de reconsideração prejudicado.

MC 24.205/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016 (grifei)

Assim, a medida cautelar de indisponibilidade se impõe para garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário e ainda a multa civil prevista no artigo 12, incisos I, II e III, da Lei nº 8.429/92.

Desse modo, utilizando o valor de R\$ 4.685,64 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos) como o valor do dano ao erário, conclui-se que a multa aplicada em caso de condenação, conforme o artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, correspondente até duas vezes o valor do dano, poderá ser de R\$ 9.371,28 (nove mil trezentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos).

Não se perca de vista que é desnecessário que o autor da ação de improbidade individualize os bens que devem ser submetidos à medida de indisponibilidade, ressaltando-se ainda que referida medida pode recair em bens adquiridos antes mesmo da prática de atos de improbidade. Nesse sentido é o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. OMISSÃO CARACTERIZADA. SUPRIMENTO. NECESSIDADE. ACOLHIMENTO SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. A jurisprudência do STJ pacificou orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família.

2. A responsabilidade dos réus na ação de improbidade é solidária, pelo menos até o final da instrução probatória, momento em que seria possível especificar e mensurar a quota de responsabilidade atribuída a cada pessoa envolvida nos atos que causaram prejuízo ao erário.

3. No caso, considerando-se a fase processual em que foi decretada a medida (postulatória), bem como a cautelaridade que lhe é inerente, não se demonstra viável explicitar a quota parte a ser ressarcida por cada réu, sendo razoável a decisão do magistrado de primeira instância que limitou o bloqueio de bens aos valores das contratações supostamente irregulares que o embargante esteve envolvido. Dessarte, os aclaratórios devem ser acolhidos apenas para integralizar o julgado com a fundamentação ora trazida.

4. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, DJe 14/10/2015 (grifei)

Diante do expendido, cabível a decretação da medida de indisponibilidade visando assegurar a efetividade de possível provimento final, quanto a multa em caso de condenação artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

Saliente-se que a tutela antecipada visa resguardar que haja a efetiva possibilidade material de se recolher a integralidade da multa, para não gerar a impunidade do agente ímprobo. Não se pode transferir à sociedade o ônus da conduta ímproba, pois intensifica o prejuízo já causado; uma vez que a sociedade além de prejudicada pela prática do ato de improbidade, restará, sobretudo, aviltada pela impunidade do agente ímprobo. Assim, necessário o bloqueio de bens para garantir o provimento final da ação, submetendo o réu aos efeitos da decisão que lhe seja desfavorável.

Porém, quanto à indisponibilidade correspondente ao valor requerido para condenação a título de dano moral coletivo, entendo que esta não é cabível nesse momento processual. É preciso salientar que o juízo de valor a respeito dos eventuais danos morais coletivos diferem dos danos materiais efetivos e valor da multa, o qual tem critério estipulado pela Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, restrinjo o valor da indisponibilidade ao valor da possível pena de multa.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento para decretar a indisponibilidade dos bens dos agravados, S. E. LILLI & CIA. LTDA – EPP e Sergio Eduardo Lilli, suficientes a perfazerem o valor de R\$ 9.371,28 (nove mil trezentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos), correspondente ao valor referente à multa civil, conforme consta na inicial da Ação Civil Pública originária.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. REFORMA DA DECISÃO PARA LIMITAR A INDISPONIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Programa "Farmácia Popular", com previsão na Lei 10.858/2004 e com base no Decreto Presidencial 5.090/2004, consiste, em síntese, na disponibilização de medicamentos a baixo custo para a população necessitada, podendo referida disponibilização ocorrer em estabelecimentos próprios ("Farmácias Populares") ou através da celebração de convênios com drogarias e farmácias da iniciativa privada ("Aqui tem Farmácia Popular") que, ao realizarem a adesão a esse programa governamental, recebem subvenções públicas da União, com Recursos do Fundo Nacional de Saúde como intuito de custear a disponibilização.

2. O Ministério Público Federal demonstrou indícios de que os procedimentos previstos para o "Programa Farmácia Popular" foram fraudados pelos agravados, através de comércio fictício de medicamentos, com o propósito de angariar verbas públicas, durante um grande lapso temporal, o que provocou danos ao erário, resultando na obtenção indevida de, no mínimo, de R\$ 4.685,64 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos), montante que chegou a ser efetivamente pago ao estabelecimento com recursos do Fundo Nacional de Saúde.

3. Examinando-se o feito, constata-se que foram emitidos cupons vinculados cujas assinaturas não restaram reconhecidas pelos supostos beneficiários, bem como foram confeccionados receiptários médicos falsos. Tais fatos representam indícios de um perigoso esquema, o qual pode provocar um grande impacto sobre a sociedade, além de grave dano ao erário.

4. Quanto ao *periculum in mora*, esse é presumido, emerge dos artigos 37, § 4º, da Constituição Federal, e 7º, da Lei de Improbidade Administrativa, sendo firme o entendimento no C. Superior Tribunal de Justiça de que a decretação de indisponibilidade dos bens não se condiciona à comprovação de dilapidação efetiva ou iminente de patrimônio, sendo suficiente a existência de fundados indícios da prática de atos de improbidade.

5. Impende frisar que mesmo nos casos de Ação de Improbidade Administrativa fundada somente em violação aos princípios da Administração Pública é plenamente cabível a determinação da indisponibilidade de bens, posto que o artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, estabelece, entre as sanções para o ato de improbidade, o ressarcimento integral do dano, se houver, e o pagamento de multa civil. Logo, para garantir a efetivação do provimento final das ações de improbidade é necessária a determinação da indisponibilidade.

6. Porém, quanto à indisponibilidade correspondente ao valor requerido para condenação a título de dano moral coletivo, esta não é cabível nesse momento processual. É preciso salientar que o juízo de valor a respeito dos eventuais danos morais coletivos diferem dos danos materiais efetivos e valor da multa, o qual tem critério estipulado pela Lei de Improbidade Administrativa.

7. Agravo de instrumento parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Quarta Turma, à unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto do Des. Fed. MARCELO SARAIVA (Relator), com quem votaram os Des. Fed. ANDRÉ NABARRETE e MARLI FERREIRA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006943-20.2018.4.03.6103

RELATOR: Gab. 13 - DES. FED. MONICA NOBRE

APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SAO JOSE DOS CAMPOS, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECSYS DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA

Advogados do(a) APELADO: MATEUS FOGACA DE ARAUJO - SP223145-A, RODRIGO NASCIMENTO SCHERRER - SP223549-A, HEITOR RODOLFO TERRA SANTOS - SP352200-A

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do(a) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a), de acordo com o artigo 1º da Ordem de Serviço nº 1/2016 - PRESI/DIRG/SEJU/UTU4, faço abertura de vista para que **TECSYS DO BRASIL INDUSTRIAL LTDA**, ora agravado, querendo, manifeste-se nos termos do § 2º do art. 1021 da Lei nº 13.105/15 (Novo CPC).

São Paulo, 7 de julho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5018118-16.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO
PACIENTE: JOSE MAURO QUEIROZ
IMPETRANTE: ANTONIO EDILSON RIBEIRO
Advogado do(a) PACIENTE: ANTONIO EDILSON RIBEIRO - MS13330
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÁ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Antonio Edilson Ribeiro, em favor de **JOSÉ MAURO QUEIROZ**, contra ato do Juízo Federal da 1ª Vara Federal de Ponta Porá/MS que, nos autos da ação penal nº 5000412-47.2020.4.03.6005, decretou a prisão preventiva, bem como indeferiu o pedido de revogação da segregação cautelar nos autos do Pedido de Liberdade Provisória nº 5000791-85.2020.403.6005.

O impetrante alega, em síntese, que:

- a) foi oferecida denúncia, no dia 02/06/2020, contra o paciente e mais quatro pessoas, pela prática do delito previsto no art. 334-A do Código Penal por fato ocorrido em 05/04/2020, com representação da prisão preventiva do paciente.
- b) a autoridade impetrada, no dia 14/06/2020, recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente, com fundamento no § 1º do art. 5º da Constituição da República e art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, como garantia da ordem pública, conveniência da instrução processual e aplicação da lei penal, em razão da existência de elementos concretos que indicam que o paciente poderá continuar a atuar de forma criminosa em todo território nacional e permanecer em contato com organização criminosa.
- c) o pedido de liberdade provisória foi indeferido, contudo não estão presentes os requisitos da prisão preventiva previstos no art. 312, do Código de Processo Penal;
- d) não há prova da autoria, pois não se sabe quem é o verdadeiro dono da mercadoria encontrada no veículo que o paciente dirigia (10 caixas de cigarros, além da decisão estar baseada em previsões futuras e abstratas de possível reiteração delitiva);
- e) desde o início dos indiciamentos até o presente momento o paciente não foi ouvido em qualquer esfera administrativa ou judicial;
- f) a gravidade do crime serve de cálculo da pena e não à prisão preventiva, para qual é exigida demonstração cabal de sua necessidade face o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo que o paciente tem o direito de responder ao processo em liberdade.

Requer o impetrante, assim, seja concedida liminar, convertendo-se a prisão preventiva em medidas cautelares alternativas à prisão, nos termos do art. 319, do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteia a concessão da ordem.

Foram juntados documentos.

É o relatório.

DECIDO.

Não está configurado o alegado constrangimento ilegal.

De início cabe ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de sua liberdade antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores.

Convém salientar, contudo, que a presunção de inocência não é incompatível com a prisão processual e nem impõe ao paciente uma pena antecipada, porque não deriva do reconhecimento da culpabilidade, mas aos fins do processo, como medida necessária à garantia da ordem pública, à conveniência da instrução criminal e/ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Consta dos autos que o paciente e outras quatro pessoas foram denunciadas pela suposta prática do delito previsto no art. 334-A, do Código Penal, porque transportaram mercadoria proibida importada do Paraguai, consistente em 20 caixas de cigarros da marca FOX.

Nos termos da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, no dia 05/04/2020, na Rodovia MS 380, no distrito de Laguna/MS, policiais militares do DOF realizavam fiscalização de rotina quando abordaram o veículo Fiat/Uno, placas HRH-4278, de cor vermelha, conduzido por ROBERTO LIMA, não sendo encontrado nada de ilícito com ele. No entanto, logo em seguida, foi dado ordem de parada para o carro Ford/Corcel II, placas AFV-6147, guiado por **JOSÉ MAURO QUEIROZ**, ora paciente, tendo como acompanhante, OSCAR MARTINS.

Ao perceber a distração policial, ROBERTO empreendeu fuga, deixando no local sua carteira de habilitação e celular. Da mesma forma procedeu o paciente **JOSÉ MAURO QUEIROZ**, motorista do segundo automóvel, que também fugiu do local deixando sua carteira de identidade no banco de trás.

Após fiscalização no Ford/Corcel II, placas AFV-6147, foram encontradas em seu interior 10 (dez) caixas de cigarros da marca FOX, oriundo do contrabando.

Logo em seguida, aproximou-se o veículo Fiat/Palio, placas HTN-5334, conduzido por TATIANE e LIGIANE, que também tentou fugir adentrando a uma mata. Todavia, passado algum tempo de buscas, os policiais lograram êxito em encontrar o veículo com as rés. Em vistoria foi encontrado de pronto 10 (dez) caixas de cigarros contrabandeadas do Paraguai. Instada perante a autoridade policial, TATIANE asseverou que o motorista do veículo Fiat/Uno, placas HRH-4278 é seu marido - ROBERTO LIMA - que estava exercendo a função de batador de estrada para os demais condutores.

Por sua vez, LIGIANE relatou que no presente momento trabalha com o transporte de cigarros, possuindo passagem por contrabando.

Por fim, OSCAR narrou que viajava no automóvel Ford/Corcel II, placas AFV-6147 abordado por policiais do DOF, com o motorista **JOSÉ MAURO QUEIROZ**, que se evadido do local. Relata conhecer as denunciadas TATIANE e LIGIANE que foram presas por estarem transportando cigarros contrabandeados. Ademais, asseverou que possui outras passagens por contrabando de cigarros.

Quanto ao paciente, constatou-se que foi abordado também no dia 03/04/2020 pela prática do mesmo delito, sendo que o denunciado OSCAR é contumaz na prática do delito de contrabando na região fronteiriça, tanto é que dias antes deste fato, foi detido pela mesma ilicitude, do qual estava sob as cautelares de liberdade provisória, conforme APF nº 5000407-25.2020.403.6005.

Os denunciados ROBERTO e **JOSÉ MAURO** não foram encontrados, de modo que foi procedida à qualificação e indiciamento indireto dos réus.

A decisão que recebeu a denúncia nos autos 5000412-47.2020.4.03.6005 também decretou a prisão preventiva do paciente, nos seguintes termos:

“(…) Em relação aos réus ROBERTO LIMA e JOSÉ MAURO QUEIROZ, existe prova da materialidade e indícios veementes da autoria; resta configurada a necessidade de garantia da ordem pública e de aplicação da lei penal, em razão da existência de elementos concretos que indicam que os custodiados poderão continuar a atuar de forma criminosa em todo território nacional e permanecer em contato com organização, apesar da constante atuação repressiva do Estado; e não há outra medida cautelar eficaz, além da prisão cautelar, que possa ser utilizada com a finalidade de constranger os denunciados a deixar de praticar as condutas delituosas neste dado momento processual.

Vale frisar, que este Juízo não é insensível ao alto grau de encarceramento no Brasil, todavia, neste dado momento processual conforme detalhadamente exposto acima não se vislumbra a adequação de nenhuma das medidas alternativas a prisão previstas no CPP considerando que ambos os réus evadiram-se do local, demonstrando que os réus poderão continuar a atuar de forma criminosa.

Ante o exposto, com amparo nos dizeres do § 1º do art. 5º da Constituição da República e art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE ROBERTO LIMA e JOSÉ MAURO QUEIROZ nos termos do art. 312 do CPP.

EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA E CADASTRE-SE NO BNMP (...)

Já a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória nos autos nº 5000791-85.2020.403.6005, após narrar sobre a excepcionalidade da medida constritiva, consignou:

“(…) No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, observo que as razões de fato e de direito que motivaram a medida cautelar de prisão permanecem inalteradas, porquanto subsistem seus pressupostos legais e constitucionais.

Há fortes indícios de autoria de crimes graves, cuja pena cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, bem como prova da materialidade delitiva.

Vale frisar, outrossim, que os documentos trazidos pela defesa, nos pontos que mais interessam à análise do caso, não comprovam, por si só, ao menos neste juízo de cognição sumária, a impossibilidade da prática do crime.

Assim, verifico que o denunciado JOSE MAURO QUEIROZ possui diversas ações em seu desfavor uma ação penal pela prática de contrabando, inclusive, nesta 1ª Vara Federal de Ponta Porã (Autos físicos n.500739-57.2018.4.03.6005 e Autos n 5000410-77.2020.4.03.6005).

Destaca-se que nos Autos n 5000410-77.2020.4.03.6005, que tramita nesta Vara, o réu foi beneficiado com a Liberdade Provisória, o que demonstra claramente que a imposição de medidas cautelares foi insuficiente para evitar a reiteração criminosa.

Portanto, verifica-se que a concessão de liberdade neste momento possibilitará a continuidade delitiva, vez que os custodiado aparenta fazer da prática de contrabando/descaminho o seu meio de vida.

Outrossim, como bem pontuado pelo MPF, o fato de o requerente ter sido sentenciado recentemente à pena privativa de liberdade, em regime inicial aberto, por contrabando de cigarros (autos n.0000739-57.2018.4.03.6002), corrobora a tese de que o réu faz, do contrabando seu meio de subsistência.

Destarte, revela-se inadequada, neste contexto, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública.

Ademais, o fato de não restar demonstrada a ocupação lícita é circunstância que permite concluir, neste dado momento processual que a soltura precoce comprometeria de fato a instrução processual penal com a devida aplicação da lei penal, bem como a ordem pública concretamente considerada.

Assim, em que pese a alegação de possuir endereço fixo, a reiteração delitiva, bem como as circunstâncias em que realizado o flagrante (o denunciado empreendeu fuga), são fatores que podem ser considerados como caracterizador de dedicação a atividades criminosas, conforme se depreende de precedente do STF (RHC 94.806, Rel. Min. Carmén Lúcia).

Deste modo, tais circunstâncias não impedem, per se, a segregação cautelar, conforme a jurisprudência pátria. Vejamos.

PROCESSUAL PENAL E PENAL: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 312 DO CPP. ORDEM DENEIGADA. I - Emerge dos autos que o paciente foi preso em 04/12/2015 acusado da prática dos delitos capitulados no artigo 334, 1º, inciso III, e artigo 273, 1º-B, inciso I, ambos do Código Penal, por terem sido surpreendidos na área central de Sorocaba/SP, comercializando cigarros da marca Eight e medicamentos Pramil de origem estrangeira. II - Estamos diante de hipótese que gera a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva em relação a JOSEMILDO OLIVEIRA DA SILVA, já que é possível visualizar uma reiteração criminosa envolvendo tipos de delitos similares em curto espaço de tempo. III - A decisão impugnada está alicerçada em elementos concretos, os quais demonstram a necessidade de decretação da prisão preventiva nos termos do que dispõe o artigo 312 do Código de Processo Penal, cumprindo o escopo inserto no artigo 93, IX da Constituição Federal. IV - Há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, como se infere da própria decisão guerreada. V - O crime em tese praticado pelo paciente possui pena máxima em abstrato superior a quatro anos, encontrando-se preenchido, também, o requisito previsto no artigo 313, I, do Código de Processo Penal. VI - Quanto à alegação de que o paciente é primário, possui residência fixa e ocupação lícita, não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional (RHC 9.888, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 23.10.00; HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 20.06.05, pág. 314). (TRF3. HCN. 65979. DÉCIMA PRIMEIRA TURMA. DATA JULG. 29/03/2016. DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO).

Dessa forma, há de se concluir que não houve alteração da situação fática ou mesmo jurídica do acusado a ponto de justificar a revogação da medida cautelar, devidamente ancorada em dados concretos.

Assim, sob esse ponto de vista, temerária, por ora, a revogação da prisão preventiva.

Pelas mesmas razões, também não se mostra cabível, por enquanto, a adoção de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o artigo 282, inciso II, do mesmo diploma, eis que verifico que a prisão preventiva permanece adequada e necessária ao caso em tela, especialmente, considerando o momento processual dos presentes autos e os crimes, em tese, perpetrados.

Por fim, quanto à alegação da defesa da necessidade de manter a integridade da saúde do réu em tempos da pandemia e COVID 19, por integrar grupo de risco (idoso), destaco que a Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça que prevê em seu art. 4º, III a excepcionalidade na decretação da prisão preventiva em razão da pandemia do COVID19 não constitui um salvo conduto ou um “laissez faire, laissez aller, laissez passer”^[1] ou revogação das normas processuais penais, mas sim, uma exigência que a decretação da prisão preventiva seja devidamente pormenorizada.

No caso em tela, na senda do pensamento do MPF, a defesa não comprovou que o custodiado esteja infectado com o vírus, bem como não carrou aos autos documentos que atestam que o réu tenha problemas de saúde, Ademais, não há prova de recusa de tratamento médico necessário para garantir a integridade de saúde do réu.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação de prisão preventiva de JOSE MAURO QUEIROZ., bem como a sua conversão em medidas cautelares diversas da prisão. (...)

A decisão está lastreada em elementos concretos, extraídos das circunstâncias colhidas nos autos, devidamente fundamentada na presença dos requisitos do art. 312 do CPP, já que a prisão preventiva poderá ser decretada e mantida como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Com efeito, para a decretação da custódia cautelar, ou para a negativa de liberdade provisória, exigem-se indícios suficientes de autoria e não a prova cabal desta, que somente poderá ser verificado em eventual decisum condenatório, após a devida instrução dos autos. Ademais, o *habeas corpus* não é o instrumento processual idóneo para aferir a qualidade da prova ou do indício, porque essa atividade exige o revolvimento de provas.

Verifica-se da decisão impugnada que o paciente reiterou, em tese, na prática delitiva do contrabando. Além de ter sido sentenciado, recentemente, à pena privativa de liberdade, em regime inicial aberto, por contrabando de cigarros nos autos n. 0000739-57.2018.4.03.6002, foi flagrado novamente pelo mesmo delito, em 03/04/2020, conforme auto de prisão em flagrante nº 5000410-77.2020.4.03.6005. Neste último, foi concedida ao paciente a liberdade mediante imposição de medidas cautelares, conforme andamento processual no PJe, a saber:

- a) o compromisso de comparecer a todos os atos do processo e apresentar comprovante de residência atualizado NO PRAZO DE 03 DIAS ÚTEIS, APÓS A SOLTURA;
- b) manter seu endereço sempre atualizado no processo;
- c) comunicar ao Juízo a mudança ou ausência de seu domicílio (Dourados/MS) por prazo superior a 05 (cinco) dias;
- d) proibição de sair do país e de frequentar qualquer cidade ou região de fronteira, até o término de eventual ação penal;
- e) abstenção de praticar qualquer outro tipo de crime ou qualquer tipo de infração penal;
- f) em razão do *modus operandi* da conduta, a CNH de titularidade do custodiado deverá ser retida pela Polícia Federal/servidor do Estabelecimento Penal, bem como será suspensa até o final da instrução processual penal. OFICIE-SE ao Detran/MS e ao Denatran;
- g) fornecer endereço de e-mail e telefone no Brasil e aceitar ser intimado/notificado dos atos judiciais e decisões; e,
- h) aceitar ser intimado/notificado dos atos judiciais e decisões por meio de seu advogado constituído.
- i) comparecer à Justiça Federal de Dourados/MS, BIMESTRALMENTE, para justificar suas atividades.

Entretanto, a imposição de tais medidas cautelares não impediu que o paciente, dois dias depois, ou seja, em 05/04/2020, fosse novamente flagrado praticando o mesmo delito, conforme narrado na denúncia. Observe-se que, mesmo tendo sido determinada a apreensão de sua CNH e suspenso seu direito de dirigir, o paciente estava como motorista no dia dos fatos, concluindo-se, assim, que o indiciado aparenta fazer do ilícito meio de vida e denota personalidade desviada dos valores morais da sociedade e não merece a revogação da custódia por força de acatamento da ordem pública.

Alega o impetrante, contudo, que o fato pelo qual responde em outro processo não configura mais antecedentes por não haver decisão transitada em julgado e, portanto, não pode ser utilizado para fundamentar a prisão preventiva.

A Súmula nº 444, do STJ dispõe que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Observa-se assim, que a Súmula está limitada, expressamente, ao momento de fixação da pena-base por ocasião da dosimetria da pena na sentença condenatória, não sendo pertinente sua incidência para fins de análise dos requisitos concernentes à prisão preventiva.

Ademais, a pena máxima prevista para o crime do art. 334-A, do CP é de 5 (cinco) anos, circunstância que autoriza a segregação cautelar, nos termos do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Cabe salientar que os dois últimos flagrantes ocorreram em plena época de pandemia do novo coronavírus (Covid-19), ou seja, 03/04/2020 e 05/04/2020, não demonstrando o paciente preocupação com as possíveis consequências advindas da prática delitiva, como a segregação cautelar.

A manutenção da custódia cautelar do paciente atende, assim, aos requisitos dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal, destinando-se à garantia da ordem pública e à aplicação da lei penal, conforme satisfatoriamente fundamentado na decisão supramencionada.

Por esta razão, a manutenção da prisão preventiva é medida que se impõe (artigo 282, *caput*, inciso II, c. c. o § 6º, ambos do Código de Processo Penal), vez que as medidas cautelares diversas da prisão da Lei n. 12.403/11 revelam-se inadequados e insuficientes ao caso.

Assim, no âmbito da cognição sumária, não vislumbro flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão do pedido liminar, sem prejuízo de ulterior reexame pelo colegiado.

Ante o exposto, **INDEFIRO A LIMINAR.**

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, vista ao Ministério Público Federal para apresentação de parecer.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5005991-46.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 15 - DES. FED. ANDRÉ NEKATSCHALOW
PACIENTE: NORIO SANO
IMPETRANTE: MARIA AUGUSTA GARCIA SANCHEZ, JOAO SANCHEZ POSTIGO FILHO
Advogado do(a) PACIENTE: JOAO SANCHEZ POSTIGO FILHO - SP57877, MARIA AUGUSTA GARCIA SANCHEZ - SP276819
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 6ª VARA FEDERAL

DESPACHO

Tendo em vista que foram interpostos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal (Id n. 129776050), dê-se vista à parte contrária para contrarrazões.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017992-63.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
PACIENTE: DIONATAN DE SOUZA GUIMARAES
IMPETRANTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER
Advogado do(a) PACIENTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER - MS18693-A
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÁ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Francis Thiander Santos Ratier, em favor de DIONATAN DE SOUZA GUIMARÃES, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porá/MS, nos autos de nº 5000716-46.2020.4.03.6005.

Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos do artigo 334-A, do Código Penal, e do artigo 183, da Lei nº 9.472/97.

A prisão preventiva do paciente foi decretada para garantia da ordem pública, da instrução penal e da aplicação penal.

A defesa formulou pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, o que restou indeferido pela autoridade impetrada.

Alega o impetrante que a prisão preventiva deveria ter sido devidamente fundamentada em fatos concretos que justificassem a medida extrema.

Aduz que o paciente possui residência fixa, ocupação lícita, é pai de quatro filhos menores de idade, de forma que seria detentor de circunstâncias subjetivas favoráveis.

Argumenta que a mera possibilidade de reiteração delitiva não é motivação suficiente para a manutenção da prisão.

Ressalta que o paciente não teria provocado qualquer prejuízo à instrução criminal, uma vez que teria colaborado com as investigações.

Afirma que os delitos supostamente praticados não envolveriam violência ou grave ameaça.

Pondera que o paciente não seria o proprietário da mercadoria apreendida.

Tece consideração acerca do coronavírus e cita a Recomendação nº 62 do CNJ.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares diversas, previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteia a confirmação da liminar.

É o Relatório.

Decido.

A presente impetração almeja, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente, ainda que com a imposição de medidas cautelares alternativas.

É sob esse prisma, pois, que a presente impetração será analisada.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente restou assim fundamentada (ID 136023300):

"(...)

No caso concreto, além da gravidade em abstrato do crime de contrabando, há gravidade concreta uma vez que os flagrados foram presos praticando conduta condizente com a prática de crime em contexto de organização criminosa, vale dizer, transportavam grande quantidade de cigarros em diversos veículos orientados por um batedor e, na tentativa de fuga, se abrigaram em local supostamente utilizado com habitualidade para abrigar veículo carregados com produtos ilícitos, além de se utilizarem de radiocomunicadores e da circunstância de tempo, uma vez que todos (exceto Gerson Augusto Gomes) chegaram na cidade de Ponta Porá na mesma data.

Por sua vez, há que se ressaltar que Emerson, José e Dionatan, buscaram se evadir da ação policial empreendendo fuga, o que demonstra a necessidade de se garantir, ao menos com relação a estes, a aplicação da lei penal.

Noutro giro, e também em relação aos demais flagrados, mister igualmente a garantia da aplicação penal em razão de, como se manifestou o Ministério Público Federal, não haver nos autos documentos que comprovem residência fixa ou atividade lícita dos flagrados.

Desse modo, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram suficientes para impedir que os ora flagranteados voltem a delinquir. Enfim, tudo indica que caso postos em liberdade os increpados voltarão a praticar condutas delitivas, mormente o crime de contrabando.

Desse modo, como se vê, não é o caso de substituir a decretação da prisão preventiva pela aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois, ao menos no momento, estas seriam insuficientes para preservar a ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual.

Não há que se falar, também, em liberdade provisória aos acusados em razão da pandemia da COVID-19, pois, o fato de estarmos passando por uma situação de pandemia por conta da disseminação do vírus COVID-19, popularmente conhecido como coronavírus, não autoriza a revisão automática da segregação cautelar, sobretudo quando não há qualquer prova do enquadramento do requerente em algum grupo de risco, como ocorre no caso em tela.

Ademais, a epidemia da COVID-19, no Estado de Mato Grosso do Sul, não se encontra tão alastrada como nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal, HOMOLOGO o auto de prisão em flagrante e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de EMERSON INACIO CAVIGLIONI, DIONATAN DE SOUZA GUIMARÃES, FRANCISCO MARCOS DOIA, JOSÉ ROMILDO DE MELO e GERSON AUGUSTO GOMES para garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual”.

A defesa formulou então pedido de concessão de liberdade provisória ao paciente, o que restou indeferido nos autos de nº 5000751-06.2020.4.03.6005. O *decisum* foi assim proferido (ID 136023301):

“(…)

No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, observo que as razões de fato e de direito que motivaram a medida cautelar de prisão permanecem inalteradas, porquanto subsistem seus pressupostos legais e constitucionais.

Há fortes indícios de autoria de crimes graves, cuja pena cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, bem como prova da materialidade delitiva.

Vale frisar, outrossim, que os documentos trazidos pela defesa, nos pontos que mais interessam à análise do caso, não comprovam, por si só, ao menos neste juízo de cognição sumária, a impossibilidade da prática do crime.

Assim, verifico que o denunciado DIONATAN possui em seu desfavor 4 ações penais em trâmite na Justiça estadual, conforme documentos anexados pelo MPF, além de ser Investigado em dois autos de prisão em flagrante e um Inquérito Policial, atuando como batedor de uma carga de cigarros e, no segundo, por transportar cigarros estrangeiros, ocasiões em que lhe foi concedida a liberdade provisória.

Portanto, a concessão de liberdade neste momento possibilitará a continuidade delitiva, vez que o custodiado DIONATAN aparenta fazer da prática de contrabando/descaminho o seu meio de vida, de acordo com documentos acostados pelo MPF, o que demonstra claramente que a imposição de medidas cautelares será insuficiente para evitar a reiteração criminosa.

Destarte, revela-se inadequada, neste contexto, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública.

Ademais, o fato de possuir comprovante de endereço em outra cidade (Coxim/MS) e não possuir ocupação lícita, são circunstâncias que permitem concluir, neste dado momento processual que os custodiado não tem vínculo com o distrito da culpa e que a soltura precoce comprometeria de fato a instrução processual penal com a devida aplicação da lei penal, bem como a ordem pública concretamente considerada.

(…)

Dessa forma, há de se concluir que não houve alteração da situação fática ou mesmo jurídica do acusado a ponto de justificar a revogação da medida cautelar, devidamente ancorada em dados concretos.

Assim, sob esse ponto de vista, temerária, por ora, a revogação da prisão preventiva.

Pelas mesmas razões, também não se mostra cabível, por enquanto, a adoção de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o artigo 282, inciso II, do mesmo diploma, eis que verifico que a prisão preventiva permanece adequada e necessária ao caso em tela, especialmente, considerando o momento processual dos presentes autos e os crimes, em tese, perpetrados.

(…)

No caso em tela, o custodiado não integra grupo de risco, seja pela idade, seja pela ausência de doenças crônicas.

(…)

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação de prisão preventiva de DIONATAN DE SOUZA GUIMARAES”.

Em uma análise preliminar, própria do presente momento processual, não verifico a presença dos requisitos para a concessão do pedido liminar.

Nos termos do artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

Decorre dos autos que, em 12.06.2020, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos do artigo 334-A, do Código Penal, e artigo 183, da Lei nº 9.472/97. Além do paciente, foram também presos em flagrante delito Emerson Inácio Caviglioni, Francisco Marcos Doia, José Romildo de Melo e Gerson Augusto Gomes.

Na data dos fatos, houve a apreensão de grande quantidade de cigarros contrabandeados (aproximadamente 5850 pacotes de cigarros), os quais estavam sendo transportados em veículos diversos, mediante a orientação de um batedor. Além disso, constatou-se, ainda, a existência de um local, o qual era rotineiramente utilizado para ocultar os veículos com os produtos ilícitos. Os agentes faziam também uso de rádios comunicadores, para que pudessem evitar eventual fiscalização no trajeto empregado para o transporte da carga.

O paciente seria o responsável pelo veículo Montana, no qual havia um equipamento rádio-transceptor, indicando a sua atuação como batedor, ou seja, era o responsável por repassar informações aos demais agentes acerca de eventuais fiscalizações existentes.

Consta, ainda, que o paciente tentou se evadir da ação policial, ao empreender fuga em direção a um matagal.

As circunstâncias que permeiam a prática criminosa indicam a possibilidade de atuação do paciente em prol de uma organização criminosa.

Além disso, ao analisar o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, a autoridade impetrada destacou que ele possui em seu desfavor quatro ações penais perante a Justiça Estadual. Ele estaria também sendo investigado em outros dois feitos, sendo um como batedor de uma carga de cigarros e no outro pelo transporte de cigarros contrabandeados. Consta, ainda, que em tais feitos ele teria sido beneficiado com a liberdade provisória.

Destes elementos emergem fortes indícios de que o acusado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que, uma vez solto, poderá voltar a delinquir. Logo, para a garantia da ordem pública, forçoso considerar que não atende aos requisitos legais para fazer jus à revogação da prisão preventiva.

Nesse contexto, considerando a reiteração delitiva do paciente em crimes da mesma espécie, a quantidade de mercadoria apreendida, os diversos agentes presos em flagrante, a utilização de rádio para comunicação e a existência de um local para ocultação dos veículos com a carga ilícita, são fortes os indicativos de que ele esteja envolvido em organização criminosa que se dedica ao contrabando de cigarros, sendo prematuro entender que ele faz jus, ao menos por ora, ao benefício da liberdade provisória.

Pondere-se que ele já foi beneficiado com a liberdade em outras duas ocasiões, contudo retornou novamente a delinquir, o que indica total descaso com a Justiça, bem como o risco concreto de ser colocado novamente em liberdade.

Dessa forma, em uma análise superficial e à míngua de elementos que demonstrem o contrário, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, revelando-se necessária a manutenção da segregação cautelar, nesse primeiro momento, para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

O impetrante também tece considerações acerca do coronavírus de forma a requerer a concessão de liberdade provisória ao paciente.

Entretanto, na hipótese dos autos, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

Nesse ponto, é importante consignar que o paciente se valeu da excepcionalidade do momento para se favorecer com a prática criminosa, não podendo, assim, se beneficiar da Recomendação nº 62 do CNJ para se eximir de suas responsabilidades.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se alegou nem se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, não tendo, ademais, avertedo qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Ressalte-se que eventuais condições favoráveis não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justificam a medida constritiva excepcional (STJ, RHC 9.888, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/09/2000, DJ 23/10/2000; STJ, HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/05/2000, DJ 20/06/05).

Assim, incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetido o paciente.

Diante do exposto, **INDEFIRO** a liminar.

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 5001165-69.2019.4.03.6124

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

APELANTE: STBA - COBRANÇAS E SERVIÇOS EIRELI

Advogados do(a) APELANTE: CLARA BRINO CACIOLI - SP444421, HELIO PEIXOTO JUNIOR - SP374677-A, JENNIFER CRISTINA ARIADNE FALK BADARÓ - SP246707-A, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ - SP124445-A

APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação, interposto por STBA – COBRANÇAS E SERVIÇOS EIRELI, em face da decisão ID 128506158, que indeferiu o pedido de levantamento da indisponibilidade de bens e valores da requerente, nos autos nº 0000122-85.2019.403.6124.

A defesa do apelante, Dr. Adib Abdouni, OAB/SP 262.082, interpôs o recurso de apelação, conforme consta no documento ID 128506163, protestando pela apresentação das respectivas razões recursais perante essa Egrégia Corte Regional, nos termos do artigo 600, §4º, do Código de Processo Penal.

Instada a apresentar as razões recursais do apelo interposto, a defesa da apelante STBA – COBRANÇAS E SERVIÇOS EIRELI, juntou aos autos a procuração e subsequentes substabelecimentos (ID 131911209).

Os novos advogados constituídos, Gustavo Henrique Righi IvaHy Badaró, OAB/SP 124.445, Jennifer Cristina Ariadne Falk Badaró, OAB/SP 246.707, Hélio Peixoto Junior, OAB/SP 374.677 e Clara Brino Cacioli, OAB/SP 444.421, manifestaram-se pela desistência do recurso.

Considerando que, no documento ID 131911209, foi juntado o competente instrumento de substabelecimento sem reserva de poderes, outorgando aos aludidos causídicos, poderes expressos para desistir do presente recurso, **homologo** a desistência do recurso requerida, para que produza seus regulares efeitos, nos termos do artigo 33, inciso VI, do Regimento Interno desta Corte Regional.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

Desembargador Federal PAULO FONTES

São Paulo, 6 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017993-48.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES

PACIENTE: EMERSON INACIO CAVIGLIONI

IMPETRANTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER

Advogado do(a) PACIENTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER - MS18693-A

IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Francis Thiander Santos Ratier, em favor de EMERSON INACIO CAVIGLIONI, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, nos autos de nº 5000716-46.2020.4.03.6005.

Consta da impetração que, em 12.06.2020, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 334-A, do Código Penal, e no artigo 183, da Lei nº 9.472/97.

A autoridade impetrada decretou a prisão preventiva do paciente, nos termos dos artigos 310, II e 312, do Código de Processo Penal, ressaltando a necessidade de garantia da ordem pública, da instrução criminal e aplicação da lei penal.

A defesa formulou pedido de revogação da prisão nos autos de nº 5000753-73.2020.4.03.6005, o que foi indeferido.

Alega o impetrante que a prisão preventiva é excepcional e apenas deve ser utilizada em hipóteses absolutamente necessárias.

Aduz que o paciente possui residência fixa, proposta de emprego, família constituída, de forma que estão demonstradas as suas condições pessoais favoráveis.

Argumenta que a mera suposição de que o paciente continuará delinquindo, sem elementos concretos, não autoriza a constrição de sua liberdade.

Afirma que inexistem elementos que indiquem que o paciente não possa responder ao processo em liberdade.

Sustenta que o paciente não provocou qualquer prejuízo à instrução processual, tendo, inclusive, colaborado com as investigações.

Pondera que os ilícitos supostamente praticados não envolveriam violência ou grave ameaça.

criminosas. Ressalta que o paciente não seria o proprietário da mercadoria apreendida, mas apenas o responsável pelo seu transporte e também que inexistiriam elementos comprobatórios de ser ele membro de organização

Tece considerações acerca da pandemia causada pelo coronavírus e cita a Recomendação nº 62 do CNJ.

da liminar. Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, ainda que mediante a imposição de medidas cautelares diversas. No mérito, pleiteia a confirmação

É o Relatório.

Decido.

A presente impetração almeja, em síntese, a revogação da prisão preventiva do paciente, ainda que com a imposição de medidas cautelares alternativas.

É sob esse prisma, pois, que a presente impetração será analisada.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente restou assim fundamentada (ID 136023675):

"(...)

No caso concreto, além da gravidade em abstrato do crime de contrabando, há gravidade concreta uma vez que os flagrados foram presos praticando conduta condizente com a prática de crime em contexto de organização criminosa, vale dizer, transportavam grande quantidade de cigarros em diversos veículos orientados por um batedor e, na tentativa de fuga, se abrigaram em local supostamente utilizado com habitualidade para abrigar veículo carregados com produtos ilícitos, além de se utilizarem de radiocomunicadores e da circunstância de tempo, uma vez que todos (exceto Gerson Augusto Gomes) chegaram na cidade de Ponta Porã na mesma data.

Por sua vez, há que se ressaltar que Emerson, José e Dionatan, buscaram se evadir da ação policial empreendendo fuga, o que demonstra a necessidade de se garantir, ao menos com relação a estes, a aplicação da lei penal.

Noutro giro, e também em relação aos demais flagrados, mister igualmente a garantia da aplicação penal em razão de, como se manifestou o Ministério Público Federal, não haver nos autos documentos que comprovem residência fixa ou atividade lícita dos flagrados.

Desse modo, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram suficientes para impedir que os ora flagrados voltem a delinquir. Enfim, tudo indica que caso postos em liberdade os increpados voltarão a praticar condutas delitivas, mormente o crime de contrabando.

Desse modo, como se vê, não é o caso de substituir a decretação da prisão preventiva pela aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois, ao menos no momento, estas seriam insuficientes para preservar a ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual.

Não há que se falar, também, em liberdade provisória aos acusados em razão da pandemia da COVID-19, pois, o fato de estarmos passando por uma situação de pandemia por conta da disseminação do vírus COVID-19, popularmente conhecido como coronavírus, não autoriza a revisão automática da segregação cautelar, sobretudo quando não há qualquer prova do enquadramento do requerente em algum grupo de risco, como ocorre no caso em tela.

Ademais, a epidemia do COVID-19, no Estado de Mato Grosso do Sul, não se encontra tão alastrada como nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal, HOMOLOGO o auto de prisão em flagrante e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de EMERSON INACIO CAVIGLIONI, DIONATAN DE SOUZA GUIMARÃES, FRANCISCO MARCOS DOIA, JOSÉ ROMILDO DE MELO e GERSON AUGUSTO GOMES para garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual".

A defesa formulou então pedido de concessão de liberdade provisória ao paciente, o que restou indeferido nos autos de nº 5000753-73.2020.4.03.6005, in verbis (ID 136023674):

"(...) No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, observo que as razões de fato e de direito que motivaram a medida cautelar de prisão permanecem inalteradas, porquanto subsistem seus pressupostos legais e constitucionais.

Há fortes indícios de autoria de crimes graves, cuja pena cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, bem como prova da materialidade delitiva.

(...) verifico que o denunciado EMERSON possui em seu desfavor diversas ações penais pela prática de contrabando conforme documentos anexos pelo MPF (ID 34260246).

Portanto, a concessão de liberdade neste momento possibilitará a continuidade delitiva, vez que o custodiado aparenta fazer da prática de contrabando/descaminho o seu meio de vida, de acordo com documentos acostados pelo MPF, o que demonstra claramente que a imposição de medidas cautelares será insuficiente para evitar a reiteração criminosa.

Destarte, revela-se inadequada, neste contexto, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública.

Ademais, o fato de possuir comprovante de endereço em outra cidade (Campo Grande/MS) e não possuir ocupação lícita, são circunstâncias que permitem concluir, neste dado momento processual que o custodiado não tem vínculo com o distrito da culpa e que a soltura precoce comprometeria de fato a instrução processual penal com a devida aplicação da lei penal, bem como a ordem pública concretamente considerada.

Quanto à alegação de ser tecnicamente primário, esta não merece prosperar. Como bem destacou o MPF, o acusado é reincidente, porquanto há condenação pela prática do crime de tráfico de drogas.

(...)

Assim, sob esse ponto de vista, temerária, por ora, a revogação da prisão preventiva".

Em uma análise preliminar, própria do presente momento processual, não verifico a presença dos requisitos para a concessão do pedido liminar.

Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

Decorre dos autos que, em 12.06.2020, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos do artigo 334-A, do Código Penal, e artigo 183, da Lei nº 9.472/97. Além do paciente, foram também presos em flagrante delito Dionatan de Souza Guimarães, Francisco Marcos Doia, José Romildo de Melo e Gerson Augusto Gomes.

Na data dos fatos, houve a apreensão de grande quantidade de cigarros contrabandeados (aproximadamente 5850 pacotes de cigarros), os quais estavam sendo transportados em veículos diversos, mediante a orientação de um batedor. Além disso, constatou-se, ainda, a existência de um local, o qual era rotineiramente utilizado para ocultar os veículos com os produtos ilícitos. Os agentes faziam também uso de rádios comunicadores, para que pudessem evitar eventual fiscalização no trajeto empregado para o transporte da carga.

O paciente seria o responsável pelo veículo Duster Oroch, no qual houve a apreensão de cerca de 2750 pacotes (55 caixas) de cigarros da marca Fox e de um rádio-transceptor.

Consta, ainda, que o paciente tentou se evadir da ação policial, ao empreender fuga em direção ao matagal.

Verifica-se, assim, uma quantidade expressiva de mercadoria, o que denota uma maior reprovabilidade da conduta. Além disso, as circunstâncias que permeiam a prática criminosa, indicam a possibilidade de atuação em prol de uma organização criminosa.

Além disso, ao analisar o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, a autoridade impetrada destacou que ele possui em seu desfavor diversas ações penais pela prática de contrabando. Também afirmou ser ele reincidente, por possuir uma condenação pelo delito de tráfico de drogas.

Destes elementos emergem fortes indícios de que o acusado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que uma vez solto poderá voltar a delinquir. Logo, para a garantia da ordem pública, forçoso considerar que não atende aos requisitos legais para fazer jus à revogação da prisão preventiva.

Assim, considerando a reiteração delitiva do paciente em crimes da mesma espécie, a quantidade de mercadoria apreendida, os diversos agentes presos em flagrante, a utilização de rádio para comunicação e a existência de um local para ocultação dos veículos com a carga ilícita, são fortes os indicativos de que ele esteja envolvido em organização criminosa que se dedica ao contrabando de cigarros, sendo prematuro entender que ele faz jus, ao menos por ora, ao benefício da liberdade provisória.

Dessa forma, em uma análise superficial e à míngua de elementos que demonstrem o contrário, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, revelando-se necessária a manutenção da segregação cautelar, nesse primeiro momento, para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

O impetrante também tece considerações acerca do coronavírus de forma a requerer a concessão de liberdade provisória ao paciente.

Entretanto, na hipótese dos autos, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

Nesse ponto, é importante consignar que o paciente se valeu da excepcionalidade do momento para se favorecer com a prática criminosa, não podendo, assim, se beneficiar da Recomendação nº 62 do CNJ para se eximir de suas responsabilidades.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se alegou nem se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, não tendo, ademais, avertedo qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Assim, incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetido o paciente.

Diante do exposto, **INDEFIRO** a liminar.

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL(307) Nº 5017940-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
PACIENTE: JOSE ROMILDO DE MELO
IMPETRANTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER
Advogado do(a) PACIENTE: FRANCIS THIANDER SANTOS RATIER - MS18693-A
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PONTA PORÃ/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Francis Thiander Santos Ratier, em favor de JOSÉ ROMILDO DE MELO, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Ponta Porã/MS nos autos de nº 5000716-46.2020.4.03.6005.

Consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos do artigo 334-A, do Código Penal e do artigo 183, da Lei nº 9.472/97.

A autoridade impetrada decretou a sua prisão preventiva, para garantia da ordem pública, da instrução criminal e aplicação da lei penal. A defesa formulou pedido de revogação da prisão, o que restou indeferido.

Alega o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que ostenta condições pessoais favoráveis e também por estarem ausentes os requisitos para a manutenção da sua custódia cautelar.

Aduz que a segregação do paciente foi fundamentada em proposições genéricas e abstratas.

Sustenta que o paciente realiza atividade profissional lícita (vendedor), possui proposta de emprego futura, residência fixa e família constituída.

Afirma que a mera suposição de que o paciente continuará delinquindo não autoriza a decretação da medida extrema.

Argumenta que o paciente não é pessoa com alta periculosidade e que ele não teria provocado qualquer prejuízo para a instrução criminal.

Ressalta que os delitos supostamente praticados não envolveriam violência ou grave ameaça.

Tece considerações acerca da pandemia causada pelo coronavírus e cita a Recomendação nº 62 do CNJ.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar, para que a prisão preventiva do paciente seja revogada, ainda que mediante a fixação de medidas cautelares alternativas. No mérito, pleiteia a confirmação da liminar.

É o Relatório.

Decido.

A ação de *habeas corpus* tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *primo ictu oculi* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercuta, *mediata ou imediatamente*, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5.º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

É sob esse prisma que se analisa a presente impetração.

A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente foi assim fundamentada:

“(…)

No caso concreto, além da gravidade em abstrato do crime de contrabando, há gravidade concreta uma vez que os flagrados foram presos praticando conduta condizente com a prática de crime em contexto de organização criminosa, vale dizer, transportavam grande quantidade de cigarros em diversos veículos orientados por um batedor e, na tentativa de fuga, se abrigaram em local supostamente utilizado com habitualidade para abrigar veículo carregados com produtos ilícitos, além de se utilizarem de radiocomunicadores e da circunstância de tempo, uma vez que todos (exceto Gerson Augusto Gomes) chegaram na cidade de Ponta Porã na mesma data.

Por sua vez, há que se ressaltar que Emerson, José e Dionatan, buscaram se evadir da ação policial empreendendo fuga, o que demonstra a necessidade de se garantir, ao menos com relação a estes, a aplicação da lei penal.

Noutro giro, e também em relação aos demais flagrados, mister igualmente a garantia da aplicação penal em razão de, como se manifestou o Ministério Público Federal, não haver nos autos documentos que comprovem residência fixa ou atividade lícita dos flagrados.

Desse modo, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram suficientes para impedir que os ora flagranteados voltem a delinquir. Enfim, tudo indica que caso postos em liberdade os increpados voltarão a praticar condutas delitivas, mormente o crime de contrabando.

Desse modo, como se vê, não é o caso de substituir a decretação da prisão preventiva pela aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, pois, ao menos no momento, estas seriam insuficientes para preservar a ordem pública, assegurar a aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual.

Não há que se falar, também, em liberdade provisória aos acusados em razão da pandemia da COVID-19, pois, o fato de estarmos passando por uma situação de pandemia por conta da disseminação do vírus COVID-19, popularmente conhecido como coronavírus, não autoriza a revisão automática da segregação cautelar, sobretudo quando não há qualquer prova do enquadramento do requerente em algum grupo de risco, como ocorre no caso em tela.

Ademais, a epidemia do COVID-19, no Estado de Mato Grosso do Sul, não se encontra tão alastrada como nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Ante o exposto, com fundamento nos artigos 310, inciso II e 312 do Código de Processo Penal, HOMOLOGO o auto de prisão em flagrante e DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA de EMERSON INACIO CAVIGLIONI, DIONATAN DE SOUZA GUIMARÃES, FRANCISCO MARCOS DOIA, JOSÉ ROMILDO DE MELO e GERSON AUGUSTO GOMES para garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e pela conveniência da instrução processual”.

A defesa formulou então pedido de concessão de liberdade provisória ao paciente, o que restou indeferido nos autos de nº 5000752-88.2020.4.03.6005. O *decisum* foi assim proferido (ID 1360122430):

“No caso em tela, na senda do pensamento do Ministério Público Federal, observo que as razões de fato e de direito que motivaram a medida cautelar de prisão permanecem inalteradas, porquanto subsistem seus pressupostos legais e constitucionais.

Há fortes indícios de autoria de crimes graves, cuja pena cominada é superior a 04 (quatro) anos de pena privativa de liberdade, bem como prova da materialidade delitiva.

Vale frisar, outrossim, que os documentos trazidos pela defesa, nos pontos que mais interessam à análise do caso, não comprovam, por si sós, ao menos neste juízo de cognição sumária, a impossibilidade da prática do crime.

Assim, verifico que o denunciado JOSÉ ROMILDO possui em seu desfavor uma ação penal pela prática de contrabando (Autos n.5002030-70.2019.4.03.6002) e, conforme destacado pelo MPF, está sendo investigado pelo crime de receptação em Sídrolândia/MS (Autos nº 0001402-10.2019.8.12.0045).

Portanto, a concessão de liberdade neste momento possibilitará a continuidade delitiva, vez que o custodiado aparenta fazer da prática de contrabando/descaminho o seu meio de vida, de acordo com documentos acostados pelo MPF, o que demonstra claramente que a imposição de medidas cautelares será insuficiente para evitar a reiteração criminosa.

Destarte, revela-se inadequada, neste contexto, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva, que se faz necessária para a garantia da ordem pública.

(...)

Dessa forma, há de se concluir que não houve alteração da situação fática ou mesmo jurídica do acusado a ponto de justificar a revogação da medida cautelar, devidamente ancorada em dados concretos.

Assim, sob esse ponto de vista, temerária, por ora, a revogação da prisão preventiva.

Pelas mesmas razões, também não se mostra cabível, por enquanto, a adoção de qualquer das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o artigo 282, inciso II, do mesmo diploma, eis que verifico que a prisão preventiva permanece adequada e necessária ao caso em tela, especialmente, considerando o momento processual dos presentes autos e os crimes, em tese, perpetrados.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação de prisão preventiva de JOSE ROMILDO DE MELO”.

Em uma análise preliminar, própria do presente momento processual, não verifico a presença dos requisitos para a concessão do pedido liminar.

Nos termos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria

Decorre dos autos que, em 12.06.2020, o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos do artigo 334-A, do Código Penal, e artigo 183, da Lei nº 9.472/97. Além do paciente, foram também presos em flagrante delito Emerson Inácio Caviglioni, Francisco Marcos Doia, Dionatan de Souza Guimarães e Gerson Augusto Gomes.

Na data dos fatos, houve a apreensão de grande quantidade de cigarros contrabandeados (aproximadamente 5.850 pacotes de cigarros), os quais estavam sendo transportados em veículos diversos, mediante a orientação de um batedor. Além disso, constatou-se, ainda, a existência de um local, o qual era rotineiramente utilizado para ocultar os veículos com os produtos ilícitos. Os agentes faziam também uso de rádios comunicadores, para que pudessem evitar eventual fiscalização no trajeto empregado para o transporte da carga.

O paciente seria o responsável pelo veículo Etios, no qual houve a apreensão de cerca de 2.250 (dois mil e duzentos e cinquenta) pacotes de cigarros da marca Fox e de um rádio transceptor.

Consta, ainda, que o paciente tentou se evadir da ação policial, ao empreender fuga em direção ao matagal, juntamente com Emerson Inácio Caviglioni e Dionatan de Souza Guimarães.

Verifica-se, assim, uma quantidade expressiva de mercadoria, o que denota uma maior reprovabilidade da conduta. Além disso, as circunstâncias que permeiam a prática criminosa, indicam a possibilidade de atuação em prol de uma organização criminosa.

Além disso, ao analisar o pedido de liberdade provisória formulado pelo paciente, a autoridade impetrada destacou que ele possui em seu desfavor uma ação penal pela prática do mesmo delito (Autos nº 5002030-70.2019.4.03.6002). Ele também estaria sendo investigado pelo crime de receptação em Sídrolândia/MS (Autos nº 0001402-10.2019.8.12.0045).

Destes elementos emergem fortes indícios de que o acusado está fazendo da atividade criminosa seu estilo de vida e meio de sobrevivência, de forma que uma vez solto poderá voltar a delinquir.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que esta E. Quinta Turma, nos autos do *habeas corpus* de nº 5021696-21.2019.4.03.0000, decidiu, por unanimidade, conceder a ele a liberdade provisória, mediante a imposição de medidas cautelares diversas. Tal *writ* foi julgado em sessão realizada no dia 02.12.2019.

Contudo, apesar de ter sido recentemente beneficiado com a liberdade provisória, mediante fixação de cautelares, o paciente retornou novamente a delinquir, praticando a mesma conduta criminosa.

Diante de tal contexto, considerando a reiteração delitiva do paciente em crimes da mesma espécie, a quantidade de mercadoria apreendida, os diversos agentes presos em flagrante, a utilização de rádio para comunicação e a existência de um local para ocultação dos veículos com a carga ilícita, são fortes os indicativos de que ele esteja envolvido em organização criminosa que se dedica ao contrabando de cigarros, sendo prematuro entender que ele faz jus, ao menos por ora, ao benefício da liberdade provisória.

Dessa forma, em uma análise superficial e à míngua de elementos que demonstrem o contrário, há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, revelando-se necessária a manutenção da segregação cautelar, nesse primeiro momento, para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

O impetrante também tece considerações acerca do coronavírus de forma a requerer a concessão de liberdade provisória ao paciente.

Entretanto, na hipótese dos autos, inexistem elementos que possam demonstrar o risco concreto para se cogitar do deferimento da liberdade ao paciente, uma vez que não é idoso ou portador de comorbidades que o enquadre nos grupos de risco para o coronavírus.

Nesse ponto, é importante consignar que o paciente se valeu da excepcionalidade do momento para se favorecer com a prática criminosa, não podendo, assim, se beneficiar da Recomendação nº 62 do CNJ para se eximir de suas responsabilidades.

A par desses fundamentos, e considerando, outrossim, que não se alegou nem se demonstrou qualquer ilegalidade concernente à prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, não tendo, ademais, avertedo qualquer alteração fática que permita a revogação da aludida medida constritiva, é o caso, pois, de mantê-la.

Ressalte-se que eventuais condições favoráveis não constituem circunstâncias garantidoras da liberdade provisória, quando demonstrada a presença de outros elementos que justifiquem a medida constritiva excepcional (STJ, RHC 9.888, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 19/09/2000, DJ 23/10/2000; STJ, HC 40.561/MG, Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/05/2000, DJ 20/06/05).

Assim, incabível a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, por se mostrarem, ao menos por ora, insuficientes e inadequadas.

Não vislumbro, portanto, patente ilegalidade ou abuso de poder a que esteja submetido o paciente.

Diante do exposto, INDEFIRO a liminar.

Requisitem-se as informações à autoridade impetrada.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017593-34.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
PACIENTE: MICHEL MADALENO DOMINGOS
IMPETRANTE: JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR
Advogado do(a) PACIENTE: JUVENAL EVARISTO CORREIA JUNIOR - SP229554
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE DOURADOS/MS - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Juvenal Evaristo Correia Junior, em favor de MICHEL MADALENO DOMINGOS, contra ato imputado ao Juízo da 1ª Vara Federal de Dourados/MS, nos autos de nº 0003222-94.2017.4.03.6002.

Consta da impetração que o paciente foi denunciado pela prática do delito do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal, pois teria importado várias caixas de anabolizantes sem registro no órgão de vigilância sanitária.

A denúncia foi recebida pela autoridade impetrada.

Alega o impetrante a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal.

Discorre sobre sua tese e requer a concessão de liminar para que a inconstitucionalidade do preceito secundário seja reconhecida e, assim, seja determinado o trancamento da ação penal de nº 0003222-94.2017.4.03.6002. Subsidiariamente, requer o oferecimento de nova denúncia. No mérito, pleiteia a concessão de ordem.

É o Relatório.

Decido.

Decorre dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no delito previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, c/c Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da ANVISA.

A denúncia, narra em síntese, que (ID 135743937):

“No dia 21 de abril de 2014, (...), policiais rodoviários estaduais flagraram o denunciado MICHEL MADALENO DOMINGOS, dolosamente e consciente da ilicitude e reprovabilidade da sua conduta, importando várias caixas de anabolizantes sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (ANVISA).

(...)

Ao procederem a vistoria no veículo, foi encontrado no compartimento de carga grande quantidade de anabolizantes (aproximadamente 90 caixas, as quais continham remédios de várias marcas, anabolizantes, cabelos humanos e diversos suplementos), sendo as mercadorias oriundas do Paraguai”.

A autoridade impetrada entendeu que os requisitos do artigo 41, do Código de Processo Penal, estariam preenchidos e, dessa forma, recebeu a denúncia.

A alegação do impetrante de que o feito deveria ser trancado, em razão da inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não se sustenta.

O artigo 273 do Código penal foi substancialmente modificado pela Lei 9.677/1998, que alterou a redação do caput do tipo penal e do § 1º, acrescentando os §§ 1-A e 1-B, e recrudescer a pena do delito (antes de uma a três anos) para dez a quinze anos, haja vista o crescente aumento das atividades criminosas que envolvem a falsificação de medicamentos e produtos com finalidade terapêutica.

O referido dispositivo insere-se no capítulo dos crimes contra a saúde pública e não foi considerado inconstitucional pela Suprema Corte, em vista da especialidade do crime em comparação aos tipos penais dos crimes de contrabando e de tráfico de drogas, havendo apenas entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido do seu preceito secundário se mostrar desproporcional à conduta.

Assim, ainda que se entenda pela inconstitucionalidade do preceito secundário do referido delito, a conduta imputada ao paciente continua vigente.

Dessa forma, verificada a existência de fato que, em tese, configura crime, e havendo indícios de sua autoria, cabe ao representante do Ministério Público Federal oferecer denúncia com o fim de instaurar a respectiva ação penal, para, à luz dos princípios constitucionais e da legislação vigente, proceder à apuração dos fatos.

Além disso, ainda não sobreveio sentença em desfavor do paciente, de forma que não se pode, sem a imposição da reprimenda pelo juízo *a quo*, reconhecer qualquer ilegalidade.

Nesse contexto, nos termos do artigo 188 do Regimento Interno desta Corte, não conheço da presente impetração, indeferindo-a liminarmente.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Intime-se.

Após as formalidades legais, arquivem-se os autos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL (1710) Nº 5018129-45.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 17 - DES. FED. MAURICIO KATO
IMPETRANTE: CLEONICE APARECIDA DE MIRANDA REGES
Advogado do(a) IMPETRANTE: CRISTIANE APARECIDA SANCHES MINICHILLO DE ARAUJO - SP282297
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL, OPERAÇÃO BRABO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Inicialmente, promova a impetrante a juntada de uma via da guia GRU referente ao pagamento das custas.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0001212-84.2011.4.03.6003
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
APELANTE: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

APELADO: JOAO CARLOS SIMAO DA SILVA, MARCIO JOSE VALLES CARDOSO, ZANDONAIDE SIMAO DAVID
Advogado do(a) APELADO: TAMISA RODRIGUES DOS SANTOS - MS21464-A
Advogado do(a) APELADO: JULIANO DA CUNHA MIRANDA - MS11555-A
Advogado do(a) APELADO: ELIANE FARIAS CAPRIOLI PRADO - SP334421-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Nos termos da manifestação ministerial ID 135068613, intime-se a defesa do apelante MARCIO JOSE VALLES CARDOSO para apresentar as contrarrazões recursais ao apelo ministerial, no prazo de 8 (oito) dias, nos termos do art. 600, §4º, do Código de Processo Penal.

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

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0002486-79.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 16 - DES. FED. PAULO FONTES
APELANTE: J. D. J.
Advogado do(a) APELANTE: BRUNO FERULLO RITA - SP295355-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:
DENUNCIADO: R. C. F. D.

ADVOGADO do(a) DENUNCIADO: BRUNO FERULLO RITA

ATO ORDINATÓRIO

DESPACHO

Nos termos da manifestação ministerial ID 136124760, intime-se a defesa do apelante J. D. J., para apresentar as razões recursais do seu apelo, no prazo de 8 (oito) dias, nos termos do art. 600, §4º, do Código de Processo Penal.

Em seguida, remetam-se os autos ao Juízo de origem para que o órgão ministerial de primeiro grau apresente as contrarrazões ao recurso interposto pelo réu.

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 6ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006289-45.2009.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE PROCESSAMENTO DE EMBALAGENS VAZIAS - INPEV
Advogados do(a) APELANTE: DANIELLE PARUS BOASSI - SP306237-A, MARCOS DE CARVALHO - SP147268-A, GERALDO ROBERTO LEFOSSE JUNIOR - SP42671
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Às partes para conferência da digitalização dos autos, nos termos da Resolução 278/2019, da Egrégia Presidência desta Corte, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007369-37.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: PEDRO ANDRADE CAMARGO - SP228732-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando que a sentença juntada no ID 130797741, é estranha a estes autos, proceda a Subsecretaria o cancelamento da referida juntada, com as cautelas de praxe.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000410-50.2020.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM MARILIA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: UNIAO FERRAMENTAS COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS FILADELFO CRUZ - SP337896-A

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PLANETA FERRAMENTAS E UTILIDADES DOMESTICAS COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 135365383).

A União Federal apelou (ID 135365389). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Contrarrazões apresentadas (ID 135365393).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 136129037).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em embargo de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intimem-se.

Como o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005888-79.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PERSICO - FERRAMENTAS E SERVICOS TECNICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: RAMON DO PRADO COELHO DELFINI CANCELADO - SP288405-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por PERSICO - FERRAMENTAS E SERVICOS TECNICOS LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 135434792 e 135434802).

A União Federal apelou (ID 135434798). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Contrarrazões apresentadas (ID 135434809).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 136127216).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa - seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados como créditos que apurar - possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intimem-se.

Com o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002708-55.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EDANTEX COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogados do(a) APELADO: VICTOR DIAS RAMOS - SP358998-A, GUSTAVO ALMEIDA E DIAS DE SOUZA - SP154074-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por EDANTEX COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 134546137).

A União Federal apelou (ID 135365389). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Contrarrrazões apresentadas (ID 134546151).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 135750998).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Miraf. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016) e do **art. 26-A da Lei nº 11.457/07**.

Ressalto que a apelação da União vai ao encontro do regramento estabelecido pela r. sentença para a repetição do indébito, razão pela qual não conheço do recurso no ponto.

Pelo exposto, **conheço de parte da apelação, a qual nego provimento, bem como à remessa necessária**, mantendo a r. sentença em seu inteiro teor.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000530-12.2019.4.03.6117
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SANTA FLOR - INDUSTRIA E COMERCIO DE CALCADOS LTDA. - EPP
Advogado do(a) APELADO: NATALIA BIEM MASSUCATTO PONTALTI - SP200486-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ordinária ajuizada por SANTA FLOR - INDUSTRIA E COMERCIO DE CALCADOS LTDA objetivando excluir da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS o valor do ICMS, bem como repetir eventual indébito tributário.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, julgado **procedente** a ação. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados no percentual mínimo do § 3º do art. 85 do NCPC, de acordo com o inciso correspondente ao valor da condenação/proveito econômico obtido pela parte autora. Sem remessa oficial (ID 135267075).

A União Federal apelou (ID 135267078). Defende, em síntese, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706 e a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição do indébito.

Contrarrazões apresentadas (ID 135267134).

Decido.

Esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator em casos como o presente.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à autora o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistematizada da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa - seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar - possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **dou parcial provimento à apelação da União Federal**, apenas para reconhecer o direito da autora à repetição do indébito a partir das condições aqui estabelecidas.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011702-18.2009.4.03.6301
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: COOPERATIVA HABITACIONAL SERRA DO JAIRE
Advogado do(a) APELANTE: GERALDO DONIZETTI VARA - SP100069
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: TIAGO MASSARO DOS SANTOS SAKUGAWA - SP245676-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Às partes para conferência da digitalização dos autos, nos termos da Resolução 278/2019, da Egrégia Presidência desta Corte, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013240-49.2009.4.03.6102
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO ALEXANDRE FERRASSINI - SP112270-A
APELADO: MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO
Advogado do(a) APELADO: SERGIO LUIS LIMA MORAES - SP112122-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Às partes para conferência da digitalização dos autos, nos termos da Resolução 278/2019, da Egrégia Presidência desta Corte, pelo prazo de 15 (quinze) dias.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004184-49.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: REINTECH INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS E PRODUTOS PARA CONTROLE DA CONTAMINACAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: DIEGO DA CUNHA RUIZ - SP259090-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por REINTECH INDUSTRIA DE EQUIPAMENTOS E PRODUTOS PARA CONTROLE DA CONTAMINACAO LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios (ID 135083365).

A União Federal apelou (ID 135083368). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Contrarrazões apresentadas (ID 135083370).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 135734411).

É o relatório.

Decido.

Dou por interposta a remessa oficial, nos termos preconizados pelo art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedo que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinzenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa - seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar - possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Pelo exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002786-82.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

APELADO: F. L. DA SILVA - ME

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de apelação interposto por INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, nos autos por ele promovido em execução fiscal, em face de FRANCISCO LUIZ DA SILVA - ME.

A r. sentença declarou extinto o feito, sem resolução do mérito, a teor do artigo 485, III, do Código do Processo Civil, diante da inércia da autora em promover os atos que lhe competiam. Sem custos, em razão de sua isenção, nos termos do artigo 24, I, da Lei Estadual nº 3.779/2009, (ID. 131181137).

Em suas razões de apelação INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA, postula pela reforma da sentença ao argumento de que não foi corretamente intimada, para promover o andamento do feito, nos termos do artigo 485, III e § 1º do CPC, (ID. 123078713).

Sem contrarrazões, vieram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "*Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os precedentes mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.*" ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "*a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos*" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e, São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017).

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Intimação Pessoal por meio eletrônico

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a prerrogativa de intimação pessoal é conferida aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e do Banco Central, Defensores Públicos e membros do Ministério Público (STJ, AgRg no AREsp 541.246/PB, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 3/11/2014).

O artigo 25 da Lei 6.830/80 estabelece que, na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. O artigo 183, § 1º do CPC/15 dispõe que a intimação pessoal será feita por carga, remessa ou **meio eletrônico**:

"Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal."

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico."

Com efeito, as intimações dos entes da federação e suas respectivas autarquias e fundações será por CARGA, REMESSA OU MEIO ELETRÔNICO, devendo, portanto, serem observadas as prerrogativas da Fazenda Pública que garante a intimação pessoal do advogado público.

Por sua vez o artigo 5º da Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a intimação eletrônica, com as disposições contidas nas Resoluções 234 e 185 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, considera-se feita a intimação na data da efetiva leitura, ou na data do transcurso do prazo de 10 (dez) dias da data do seu envio, in verbis:

"Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico."

§ 1º Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização."

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte."

§ 3º A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo."

A regulamentação da forma de contagem desse prazo de dez dias está regulamentada de acordo com os ditames da Resolução 185/2013 do CNJ, Confira-se:

"Art. 21. Para efeito da contagem do prazo de 10 (dez) dias corridos de que trata o art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, no sistema PJe:

1 - o dia inicial da contagem é o dia seguinte ao da disponibilização do ato de comunicação no sistema, independentemente de esse dia ser, ou não, de expediente no órgão comunicante;

II – o dia da consumação da intimação ou comunicação é o décimo dia a partir do dia inicial, caso seja de expediente judiciário, ou o primeiro dia útil seguinte, conforme previsto no art. 5º, § 2º, da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

Parágrafo único. A intercorrência de feriado, interrupção de expediente ou suspensão de prazo entre o dia inicial e o dia final do prazo para conclusão da comunicação não terá nenhum efeito sobre sua contagem, excetuada a hipótese do inciso II"

No caso dos autos verifica-se que o IBAMA, representada pela Procuradoria Federal foi devidamente intimada, por meio eletrônico, para manifestar-se, via malote digital, em 22/04/2019, no entanto, deixou transcorrer o prazo, ante a inexistência de leitura da intimação eletrônica dentro do prazo de 10 (dez) dias corridos, sem quaisquer manifestação nos autos, conforme certificado pela serventia judiciária. (ID. 131181137 – fl. 27).

Neste sentido, não há que se falar em ausência de intimação pessoal, porquanto a intimação eletrônica é meio idôneo para o cumprimento desta determinação, de acordo com o artigo 183, § 1º do CPC.

Por outro lado, caracteriza-se o abandono de causa quando o autor deixa de promover os atos e diligências que lhe competem, acarretando a paralisação do feito por mais de trinta dias. Em hipóteses tais, compete ao juiz decretar a extinção do processo se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 05 (cinco) dias, nos termos do artigo 485, III e § 1º do CPC. A previsão se justifica porquanto às partes do processo incumbe a obrigação de atender as determinações judiciais. Confira-se:

"Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

"§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias".

A regra prevista no artigo 485, III, do CPC, que prevê a extinção, sem resolução do mérito, quando não forem promovidos os atos e as diligências que incumbir ao autor é aplicável às ações em que é demandante a Fazenda Pública, inclusive, às execuções fiscais, haja vista que o art. 1º, da Lei nº 6.830/80, expressamente prevê a incidência subsidiária das normas do Código de Processo Civil.

No caso concreto a Fazenda foi regularmente intimada (eletronicamente) a fim de possibilitar o prosseguimento da execução fiscal, deixando transcorrer prazo superior a trinta dias sem dar cumprimento ao comando judicial.

Contudo, em que pese a inércia do Procurador Federal em dar andamento à execução fiscal, para que o processo fosse extinto sem resolução do mérito, deveria ser intimado novamente, para dar andamento ao feito, **sob pena de extinção**, nos termos do artigo 485, § 1º, do CPC, o que não ocorreu no processo em análise.

Diante de todo o exposto, **dou provimento à apelação para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o prosseguimento do feito.**

Publique-se e Int.

Observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000883-36.2011.4.03.6500

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: BRASKEM S/A

Advogados do(a) APELANTE: GUSTAVO SAMPAIO VALVERDE - SP150273-A, LEANDRO BRAGA RIBEIRO - SP298488-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por BRASKEM S/A, nos autos da Execução Fiscal promovida pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), contra a apelante objetivando o recebimento de crédito extinto.

A UNIÃO FEDERAL reconheceu o pagamento do parcelamento instituído pela MP 470/2009 e informou a extinção da CDA em cobro, (ID. 97500948).

A r. sentença, integrada pela decisão dos aclaratórios, julgou extinta a execução fiscal, com base no artigo 26, da Lei nº 6.830/80 e, com base no princípio da causalidade, condenou a exequente em honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), aplicando-se o disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, (ID. 8183268 - fls. 118/119).

Em suas razões de apelação a executada BRASKEM S/A pretende a reforma da sentença, com relação aos honorários advocatícios, a fim de que sejam fixados com base nos parâmetros estabelecidos no artigo 85, § 3º, II, do Novo Código de Processo Civil, porquanto a sentença foi proferida na vigência da referida legislação, (ID 8183268 – fls. 123/).

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marini, Arenhart e Mitidiero: "*Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas."* ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "*a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos"* ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema"*. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec:00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017).

APELADO: SONOCO EMBALAGENS LTDA, SONOCO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A declaração de inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS não se aplica automaticamente a todos tributos da cadeia produtiva.

O STF declarou a inconstitucionalidade da inclusão de imposto na base de cálculo das contribuições. A hipótese dos autos é diversa, porque se questiona a incidência das contribuições sobre contribuição social”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

aac

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INOCORRÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000594-40.2014.4.03.6002
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
APELADO: POLIGONAL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: TIAGO BANA FRANCO - MS9454-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000594-40.2014.4.03.6002
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
APELADO: POLIGONAL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: TIAGO BANA FRANCO - MS9454-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 113774143 – fl. 262):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE EMPREITADA POR PREÇO GLOBAL - GLOSA PARCIAL - PREÇO UNITÁRIO SUPERIOR À TABELA SINAPI- POSSIBILIDADE MEDIANTE ATO MOTIVADO - CORREÇÃO MONETÁRIA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A licitação e os contratos administrativos são regidos nos termos da Lei Federal n.º 8.666/93.

2. É certo que os contratos administrativos estão vinculados às próprias cláusulas, aos preceitos de direito público e ao instrumento convocatório, o que inclui as especificações técnicas e planilhas quantitativas anexas ao projeto básico (artigo 40, § 2º, II, da Lei Federal n.º 8.666/1993). De outro lado, aplicam-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (artigo 54).

3. E de rigor a observância dos princípios da moralidade, segurança jurídica e equilíbrio entre as partes contratantes. A lei de regência limitou as hipóteses de alteração contratual (artigo 58, § 1º e 2º, e artigo 65, da Lei Federal n.º 8.666/93).

4. A motivação da glosa realizada no caso concreto foge das hipóteses legais. O fundamento: os preços dos materiais não poderiam ser estimados em valor superior ao previsto na tabela SINAPI, cabendo à Administração Pública, em autotutela, revisar o ato. A medida não se sustenta.

5. Os preços estabelecidos na tabela SINAPI são parâmetros que devem, em geral, ser observados nas contratações públicas. Há, em contrapartida, a possibilidade de superação, mediante ato fundamentado.

6. O edital de concorrência previu tal situação e atribuiu à Comissão Permanente de Licitação a análise das propostas cujos preços unitários superassem os orçamentos, com procedimento visando eventual readequação, sob pena de desclassificação, ou, de outro lado, a aceitação, mediante justificativa embasada por relatório técnico circunstanciado (item 55).

7. Pressupondo-se o fiel cumprimento das regras do edital, bem como a lisura do procedimento - visto que não há indícios, sequer alegações, de irregularidades ou atos de improbidade na condução da concorrência pública -, tem-se que, mesmo com eventuais sobre preços, a proposta foi avaliada pela comissão e aceita, porquanto considerada a mais vantajosa em termos globais. Assim, a revisão dos preços após a conclusão da obra é medida que distoa dos princípios da moralidade, transparência e segurança jurídica. Precedentes desta Corte.

8. Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal n.º 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp li 12524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

9. Apelação desprovida.”

A apelante, ora embargante (ID 113774143 – fls. 265/269), anota omissão na análise do artigo 112, da Lei Federal 12.017/2009, que inporia a obrigatoriedade de observância do teto fixado no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - SINAPI.

Requer a correção do julgado.

Resposta da embargada (ID 123783866).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000594-40.2014.4.03.6002
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

APELADO: POLIGONAL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Advogado do(a) APELADO: TIAGO BANA FRANCO - MS9454-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 113774143 – fls. 258/261):

“A Constituição Federal:

‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’

A licitação e os contratos administrativos são regidos nos termos da Lei Federal n.º 8.666/93:

‘Art. 3 A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei n 12.349, de 2010) (...)’

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: 1 - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; (...) Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: 1 - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço.’

No caso concreto, a autora participou da concorrência pública prevista no Edital n.º 7/2010 (fls. 42/76), cujo objeto era a contratação de pessoa jurídica prestadora de serviços de engenharia, para executar a construção de edifício destinado à Casa do Estudante da UFGD (Item 6), a preço global (item 37).

Tendo apresentado a proposta considerada mais vantajosa (fls. 78/143), nos termos do item 54, do edital (de menor valor global), foi vencedora da licitação, com a consequente celebração do contrato de empreitada n.º 4/2011 (fls. 144/150 -verso).

Entretanto, parte do preço global, inicialmente fixado, foi glosado e retido pela contratante (R\$53.502,19), sob o fundamento de sobrepreço praticado em alguns materiais, se considerados os limites fixados na tabela SINAPI, nos termos do parecer técnico CI n.º 122/13, de 15 de abril de 2013 (fls. 152/158).

Segundo o mesmo parecer, parte dos itens com valores divergentes em relação à tabela SINAPI foram excluídos da investigação, em razão de prévias reduções realizadas em aditivos contratuais (fl. 154).

É certo que os contratos administrativos estão vinculados às próprias cláusulas, aos preceitos de direito público e ao instrumento convocatório, o que inclui as especificações técnicas e planilhas quantitativas anexas ao projeto básico (artigo 40, § 2º, II, da Lei Federal n.º 8.666/1993).

De outro lado, aplicam-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (artigo 54).

É de rigor a observância dos princípios da moralidade, segurança jurídica e equilíbrio entre as partes contratantes. A lei de regência limitou as hipóteses de alteração contratual:

‘Art. 58. (...) § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: 1- unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;’

A motivação da glosa realizada no caso concreto, entretanto, foge das hipóteses legais.

O fundamento: os preços dos materiais não poderiam ser estimados em valor superior ao previsto na tabela SINAPI, cabendo à Administração Pública, em autotutela, revisar o ato.

O Parecer n.º 04512013/PF - UFGD/PGF/AGU (fls. 3.151 a 3.156, do processo administrativo apenso):

(...)

2. Ao que consta, a partir de auditoria/avaliação procedida pela COPLAN/UGFD restou constatada a existência de sobrepreços em alguns itens do referido contrato, uma vez que superiores ao parâmetro oficial de preços fixado pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei 12.017/2009 - LDO/2010), que é a tabela SINAPI, construída pela Caixa Econômica Federal - CEF a partir de dados coletados pelo IBGE. 3. Extrai-se dos autos, outrossim, que o sobrepreço verificado adveio de erros cometidos pela empresa que confeccionou o projeto básico da licitação, a qual não teria observado, no momento da orçamentação da obra, o respectivo parâmetro oficial de preços máximos das obras públicas executadas com recursos do orçamento geral da União.’

A medida não se sustenta.

Os preços estabelecidos na tabela SINAPI são parâmetros que devem, em geral, ser observados nas contratações públicas. Há, em contrapartida, a possibilidade de superação, mediante ato fundamentado.

Sobre o tema, o enunciado do acórdão 189 1/2008, do Plenário do Tribunal de Contas da União:

‘A Administração deve observar os preceitos legais das Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) de cada ano no que concerne à adoção do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) e do Sistema de Custos Rodoviários (Sicro) como referencial de preços para o orçamento das obras a serem contratadas, justificando os custos unitários que, em função de condições especiais, ultrapassem o respectivo referencial adotado, os quais deverão ser aprovados pela autoridade competente, em relatório técnico circunstanciado.’

O edital de concorrência previu tal situação e atribuiu à Comissão Permanente de Licitação a análise das propostas cujos preços unitários superassem os orçamentos, com procedimento visando eventual readequação, sob pena de desclassificação, ou, de outro lado, a aceitação, mediante justificativa embasada por relatório técnico circunstanciado (item 55).

Pressupondo-se o fiel cumprimento das regras do edital, bem como a lisura do procedimento – visto que não há indícios, sequer alegações, de irregularidades ou atos de improbidade na condução da concorrência pública –, tem-se que, mesmo com eventuais sobrepreços, a proposta foi avaliada pela comissão e aceita, porquanto considerada a mais vantajosa em termos globais. Assim, a revisão dos preços após a conclusão da obra é medida que distoa dos princípios da moralidade, transparência e segurança jurídica. C A jurisprudência desta Corte:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CONTRATOS. OBRA POR PREÇO GLOBAL. PREÇO UNITÁRIO. TABELA SINAPI. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Consta dos autos que a proposta apresentada pela autora, ora apelada, foi vencedora em licitação na modalidade de tomada de preços, do tipo "menor preço", sob regime de empreitada por preço global, para a execução de construção de prédio destinado a abrigar o Serviço Escola de Psicologia no Hospital Universitário da UFGD, pelo valor total de R\$1.218.137,14. 2. Ocorre que após a execução da obra a ora apelante efetuou a glosa do valor de R\$53.436,61 ao argumento de que certos itens constantes do projeto básico estavam cotados em valores superiores aos constantes da Tabela SINAPI, conforme se depreende dos documentos de fis. 14 1/159. 3. É certo que a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus atos quando constatada alguma ilegalidade, no entanto, também é certo que este princípio da autotutela não é absoluto ou soberano, devendo-se sopesar outros princípios que também devem direcionar os atos administrativos. 4. Com efeito, o princípio da moralidade administrativa exige que a conduta do administrador público seja pautada na transparência, na clareza, na certeza, de modo a evitar surpresas ao administrado, o que lhe garante também a observância da segurança jurídica. 5. Nesse prisma, não me parece razoável que a Administração tenha contratado com a autora, o que pressupõe a aceitação dos termos dispostos na avença, dentre eles os preços unitários ali relacionados, e, após a execução total da obra, venha constatar erro nos valores unitários de certos itens e, consequentemente, deixe de efetuar o pagamento conforme contratado. 6. E de se notar que, apesar de o valor de alguns itens estar em desacordo com o disposto na Tabela SINAPI, o valor global da empreitada foi respeitado consoante previamente acordado, como se pode verificar da proposta à fl. 80 e do contrato à fl. 132 verso. 7. Não se desconhece que a correção dos valores unitários afetaria por óbvio o valor global da empreitada, porém, tal análise deveria ter sido feita por ocasião da licitação, e não após a execução total da obra. 8. Ora, se a proposta apresentada pela empresa trouxe toda a relação dos itens com seus respectivos valores e a Administração Pública a escolheu como vencedora é porque concordou com os termos apresentados, não sendo razoável, moral ou ético que, após o fim do contrato, altere os valores a serem pagos para a contratada. 9. Quanto ao pedido de aplicação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, consigno que a TR, índice de remuneração básica da poupança, prevista no referido artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, na redação da Lei 11.960/2009, restou declarada inconstitucional, produzindo, em razão da modulação, efeitos a partir de 25/03/2015, mantidos os precatórios já expedidos ou pagos até tal data. 10. Como se observa, apenas os créditos executados e com precatórios já expedidos, ou pagos até tal data, tiveram mantida a remuneração com base na TR, não se aplicando a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade nos casos de mera condenação ou de execução sem precatório expedido. 11. No caso, não houve expedição de precatório e, muito menos, pagamento, de modo que seria impertinente a pretensão de aplicação da TR como índice de correção monetária do débito a que condenada a apelante. 12. Apelação não provida. (APELAÇÃO CIVEL 0000617-83.2014.4.03.6002, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, Terceira Turma, julgado em 19/06/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/06/2019)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TUTELA DE URGÊNCIA. ARTIGO 300, CPC/2015. AÇÃO ANULATÓRIA. RESSARCIMENTO. LICITAÇÃO. PREÇOS UNITÁRIOS. SOBREPREÇO. TABELA SINAPI. PESQUISA DE MERCADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Embora apurado sobrepreço em contrato administrativo, através de auditoria da CGU, o imediato recolhimento do valor exigido, na pendência de discussão judicial, enseja risco ao resultado útil do processo, a ser evitado ante a argumentação de que a variação, no tocante a apenas alguns dos preços unitários, que não comprometeu o limite fixado para o preço global da obra, foi justificada perante a Administração que, aceitando as ponderações do licitante, firmou a contratação, conferindo, pois, evidência de probabilidade ao direito postulado. (...) 4. Agravo de instrumento desprovido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO 0015295-96.2016.4.03.0000, Relator DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, Terceira Turma, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

É cabível o pagamento do valor glosado, portanto. Deve ser acrescida correção monetária, de acordo com os critérios estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, sendo que, a partir da vigência da Lei Federal nº. 9.065/95, incide unicamente a Taxa Selic (REsp 11 12524/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/09/2010, DJe 30/09/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

Considerado o trabalho adicional realizado pelos advogados, em decorrência da interposição de recurso, fixo os honorários advocatícios em 11% (onze por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação."

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidade jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integrando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014506-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: VIA ITALIA COMERCIO E IMPORTACAO DE VEICULOS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014506-07.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: VIA ITALIA COMERCIO E IMPORTACAO DE VEICULOS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicados os embargos de declaração.

A ementa (ID 89928853):

“PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR – LEGITIMIDADE: MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - GRUPO ECONÔMICO DE FATO – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: DESCABIMENTO – CDA – SUCESSORA TRIBUTÁRIA: DESNECESSÁRIO NOME NA CDA – PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA: INTERRUPTÃO PELA CITAÇÃO DO DEVEDOR SOLIDÁRIO.

1. *A preliminar não tem pertinência. A legitimidade é matéria de ordem pública, cognoscível de ofício. Precedentes do STJ.*
2. *Na sessão de julgamento realizada em 8 de fevereiro de 2017, o Órgão Especial desta Corte admitiu a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitiva, na hipótese de redirecionamento para os sócios.*
3. *No caso dos autos, não se trata de redirecionamento aos sócios, mas à pessoa jurídica apontada pela União como integrante de grupo econômico de fato.*
4. *Não é cabível a instauração de incidente de desconideração da personalidade jurídica.*
5. *A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).*
6. *A agravante foi incluída no polo passivo no curso da execução fiscal, na qualidade de sucessora tributária, nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional. Tratando-se de inclusão posterior, não é exigível que o nome da sucessora conste da CDA.*
7. *No caso concreto, a CDA cumpre os requisitos legais.*
8. *Tratando-se de responsabilidade solidária, não se exige novo lançamento.*
9. *A citação do devedor solidário (originário) interrompe a prescrição com relação a todos os demais, nos termos do artigo 125, inciso III, do Código Tributário Nacional. Precedentes.*
10. *Agravo de instrumento improvido. Embargos de declaração prejudicados.*”

A agravante, ora embargante (ID 12497805), aponta omissão na análise da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal.

Argumenta com a impossibilidade de alteração do sujeito passivo sem a realização de um novo lançamento tributário.

Resposta (ID 131237482).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014506-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: VIA ITALIA COMERCIO E IMPORTACAO DE VEICULOS LTDA.
Advogados do(a) AGRAVANTE: SERGIO RICARDO NUTTI MARANGONI - SP117752-A, LUIZ HENRIQUE VANO BAENA - SP206354-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“*** Nulidade da CDA ***

A certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº 6.830/80).

Trata-se de execução fiscal para a satisfação de créditos de COFINS, PIS, CSLL, IRPJ, IPI e multa.

Quando o tributo é objeto de declaração pelo contribuinte - como no caso concreto -, dispensa-se qualquer outra formalidade, para a constituição do crédito declarado, permitindo a imediata inscrição na dívida ativa.

A Súmula nº 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

De outro lado, a agravante foi incluída no polo passivo no curso da execução fiscal, na qualidade de sucessora tributária, nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Tratando-se de inclusão posterior, não é exigível que o nome da sucessora conste da CDA.

No caso concreto, a CDA cumpre os requisitos legais.

A agravante não afastou, com argumentos consistentes, a presunção de liquidez dos títulos.

*** Decadência e prescrição ***

A agravante foi incluída no polo passivo da execução fiscal na qualidade de sucessora tributária, nos termos do artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

Tratando-se de responsabilidade solidária, não se exige novo lançamento.

Ademais, a citação do devedor solidário (originário) interrompe a prescrição com relação a todos os demais, nos termos do artigo 125, inciso III, do Código Tributário Nacional.”

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016582-41.2017.4.03.6182

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO

APELANTE: FUNDICAO BALANCINS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR - SP140284-A, NATANAEL MARTINS - SP60723-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), na Execução Fiscal, por esta ajuizada em face de FUNDIÇÃO BALANCINS LTDA, objetivando o pagamento de crédito tributário decorrente de CONFINS.

Devidamente citada, a empresa apresentou petição com informação de que a CDA objeto da execução fora cancelada nos termos do despacho PGFN em razão de pendência de julgamento da Manifestação de Inconformidade, nos autos da PA nº 10882.721148/2011-18, com o cancelamento dos débitos executados, após a propositura da presente, requerendo, portanto, a extinção da execução, com a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, (ID. 127950907 – fls. 130/132).

A UNIÃO confirmou a extinção da dívida em procedimento de revisão de ofício, (ID. 1279500907 – fls. 136/137).

A r. sentença julgou extinta a execução, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 26, da Lei nº 6.830/80 e condenou a exequente ao pagamento de honorários advocatícios, com base no princípio da causalidade, tendo em vista a necessidade de contratação de advogado pela parte executada, fixados no mínimo legal sobre o valor da causa, com fundamento no artigo 85, § 3º, I a IV. Deixou consignado que o cálculo deverá realizar-se, nos termos do §5º, do mesmo artigo, conforme Manual de Cálculos da Justiça Federal, (Resolução 267/2013) e alterações posteriores. Foram reduzidos os valores pela metade, na forma do artigo 90, § 4º, do CPC, ante o cancelamento da CDA pela parte exequente, (ID.127950907 – fl. 139/140).

Em suas razões a UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), pretende a reforma da sentença no que toca aos honorários advocatícios tendo em vista não ser cabível a referida verba, nos termos do artigo 26 da LEF, isto porque quando constituído patrono pela executada, a dívida já estava extinta, sendo que instada a se manifestar a executada não opôs resistência à pretensão do contribuinte, (ID. 107950907- fls. 143/145).

Com contrarrazões, vieram os autos a este E. Tribunal.

Devidamente processado, vieram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "*Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.*" ("Curso de Processo Civil", 3ª ed., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "*a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos*" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª ed., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)."

Assim passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Dos honorários advocatícios

Nos termos do artigo 26, da Lei nº 6.830/80: "Se antes da decisão de primeira instância, a inscrição de dívida ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes"

A sentença recorrida julgou extinta a execução, com base no princípio da causalidade, tendo em vista a necessidade de contratação de advogado pela parte executada.

Consoante o princípio da causalidade aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração do incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.

Desta forma não se aplica ao caso, a parte final do artigo 26, da Lei de Execução Fiscal, isto porque a extinção não ocorreu sem ônus para a parte, visto que a extinção, requerida pela exequente, ocorreu após a citação da executada e a constituição de advogado, que inclusive, demonstrou o cancelamento da CDA, em revisão de ofício pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Com efeito, no caso dos autos é questão incontroversa que o ajuizamento da Execução Fiscal é datado de 11/04/2017. O despacho citatório foi proferido em 27/06/2017, com efetivo cumprimento em 15/12/2017. Não obstante a dita ter sido extinta em 02/10/2017, foi necessária a manifestação da executada nesse sentido, a fim de afastar a cobrança indevida, ao que se depreende da petição e documentos juntados em 07/02/2018, havendo a concordância da FAZENDA PÚBLICA somente em 27/03/2018, após a constituição e manifestação do advogado da executada, razão pela qual a remanesce a condenação da Fazenda pelas despesas que causou.

Nesse sentido, confira-se os seguintes julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA DA EXEQUENTE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. ARTIGO 26 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que a parte deve vincular a interposição do recurso especial à violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal a quo persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento, por força do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes no *decisum*. 2. Decidida a questão suscitada, qual seja, a da condenação do executado em honorários, à luz do princípio da causalidade, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito. 3. É pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, havendo extinção da execução fiscal em virtude de pedido de desistência do exequente, efetivado após a citação do executado, são devidos os honorários advocatícios. Precedentes: REsp 690.518/RS, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 15.03.2007; REsp 909.885/SP, 2ª Turma, Min. Humberto Martins, DJ de 29.03.2007 e REsp 499.898/RJ, 2ª Turma, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 02.08.2005; RESP 673.174, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 23.05.2005, AgRg no REsp 661.662/RJ, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 17.12.2004." (REsp nº 858.922/PR, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, in DJ 21/6/2007). 4. Agravo regimental improvido. ...EMEN:

(AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1148337 2009.00.10656-6, HAMILTON CARVALHIDO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:03/08/2010 ..DTPB:.)"

No mesmo sentido é o entendimento desta Egrégia Corte Regional:

"DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ART. 26 DA LEI N. 6.830/1980. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONSTITUIR ADVOGADO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ARBITRAMENTO. PATAMAR MÍNIMO. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE. ART. 85, §3º, INC. I, DO CPC/2015. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A demanda de origem refere-se a uma execução fiscal que foi instaurada pela Fazenda Pública com o fito de cobrar contribuições previdenciárias. Em determinado momento da marcha processual, a União requereu a extinção da execução fiscal, ante o cancelamento das inscrições em Dívida Ativa dos débitos que eram cobrados pela demanda executiva. Diante do requerimento em apreço, o juízo de primeira instância julgou extinta a execução fiscal, deixando de condenar a União em honorários advocatícios, com base no art. 26 da Lei n. 6.830/1980. 2. Conquanto o art. 26 da Lei n. 6.830/1980 mencione que a Fazenda Pública não deveria arcar com quaisquer ônus com a extinção da execução fiscal em virtude do cancelamento da inscrição em Dívida Ativa, a verdade é que a jurisprudência dos tribunais pátrios vem contemporizando a rigidez deste enunciado legal, sedimentando compreensão na linha de prestigiar o princípio da causalidade, que informa as condenações em honorários sucumbenciais (TRF 3ª Região, Primeira Turma, ApCiv - 0002036-20.2015.4.03.6127, Rel. Des. Fed. Valdeci dos Santos, j. 20/08/2019, e DJF3 Judicial 1 Data: 27/08/2019). 3. Assente a necessidade de se condenar a Fazenda Pública em honorários advocatícios, cumpre arbitrar o montante devido a esse título. A sentença que julgou extinta a execução fiscal foi proferida em 15.06.2018, com o que se devem aplicar as atuais disposições do CPC/2015. Com o acolhimento do pedido da Fazenda Pública pela extinção da execução fiscal em razão do cancelamento da inscrição em Dívida Ativa, a parte executada desfrutou de evidente proveito econômico, já que o valor que antes era executado deixou de sê-lo após tal requerimento. Dessa forma, impõe-se a aplicação do art. 85, §3º, do CPC/2015. 4. Considerando que o valor da execução é inferior que 200 salários mínimos, a faixa de percentuais a ser aplicada é a prevista pelo inc. I do §3º do art. 85 da lei processual civil de 2015, de 10% a 20%. Tomando em conta, ainda, que a causa não revolveu grande complexidade, posto que a execução fiscal veio a ser extinta em função de cancelamento da inscrição do débito em Dívida Ativa, tem-se por razoável a fixação da verba honorária no patamar mínimo de 10%. 5. Apelação parcialmente provida, para condenar a União ao pagamento de honorários advocatícios fixados no importe de 10% sobre o valor da cobrança na execução fiscal, devidamente atualizado (proveito econômico). (APELAÇÃO CÍVEL ...SIGLA CLASSE: ApCiv 5002864-80.2018.4.03.6108 ...PROCESSO ANTIGO: ...PROCESSO ANTIGO FORMATADO: ...RELATORC.: TRF3 - 1ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/03/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)"

(APELAÇÃO CÍVEL ...SIGLA CLASSE: ApCiv 0071169-04.2003.4.03.6182 ...PROCESSO ANTIGO: ...PROCESSO ANTIGO FORMATADO: ...RELATORC.: TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 13/01/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)"

"APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LEI Nº 6.830/80. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DEVIDA. RECURSO IMPROVIDO. I. O artigo 26 da Lei nº 6.830/80 prescreve: "Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.". II. Extrai-se do sobredito artigo que o cancelamento da execução fiscal sem ônus, decorre da ausência de "decisão" judicial de primeiro grau, antes de manifestação e provocação do executado. III. Com efeito, encontra-se consolidada a jurisprudência, firme no sentido de que o artigo 26 da Lei nº 6.830/80 somente tem aplicação quando o executivo fiscal tenha sido extinto sem acarretar despesas ao executado com o exercício do direito de defesa. IV. Presente esse contexto, é imperiosa a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios. V. Apelação a que se nega provimento.

(APELAÇÃO CÍVEL ...SIGLA CLASSE: ApCiv 0071169-04.2003.4.03.6182 ...PROCESSO ANTIGO: ...PROCESSO ANTIGO FORMATADO: ...RELATORC.: TRF3 - 1ª Turma, Intimação via sistema DATA: 13/01/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:.)"

Valor a ser arbitrado

Quanto ao valor a ser arbitrado, este deve ser fixado em observância aos critérios estabelecidos legalmente (art. 85, §§ 2º e 3º do CPC).

Desse modo, atentando-se ao grau de zelo profissional, ao lugar da prestação do serviço, à natureza e importância da causa, ao trabalho realizado pelo advogado e ao tempo exigido para o seu serviço, deve a verba honorária ser fixada em *quantum* digno com a atuação do profissional.

Na hipótese dos autos, considerando o valor vultoso da causa - R\$ 2.202.269,13 (dois milhões, duzentos e dois mil, duzentos e sessenta e nove reais e treze centavos), o tempo e duração do processo e considerando que a questão colocada em discussão é de baixa complexidade e sequer demandou a produção de qualquer meio de prova além da juntada de documentos, e essencialmente, respeitando o princípio da razoabilidade que se constitui de diretriz de bom-senso, aplicada ao Direito, a fim de que se mantenha um perfeito equilíbrio entre o encargo ostentado pelo causídico e a onerosidade excessiva ao erário, reduz o valor das verbas honorárias para R\$10.000,00 (dez mil reais), quantia que não se revela ínfima, nem tampouco excessiva.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação**, para reduzir o valor da condenação em verbas honorárias, nos termos retro mencionados. **No mais, mantida a sentença a quo.**

Publique-se. Intime-se.

Publique-se. Intime-se.

Após o trânsito em julgado e ulteriores as providências necessárias, baixemos autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002294-48.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA CONQUISTADO PONTAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: ERALDO RAMOS TAVARES JUNIOR - SP340637-A, RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A, LETICIA DOS SANTOS MARTINS - SP374980-A,

RAFAEL PLATINI NEVES DE FARIAS - BA32930-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002294-48.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: ERALDO RAMOS TAVARES JUNIOR - SP340637-A, RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A, LETICIA DOS SANTOS MARTINS - SP374980-A,

RAFAEL PLATINI NEVES DE FARIAS - BA32930-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu parcial provimento à apelação e ao reexame necessário.

A ementa (ID 90203134):

“TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – REINTEGRA – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO – ANTERIORIDADE – COMPENSAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra.

2. Os Decretos nºs. 8.415/15 e 8.543/15, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. Devem observar os regimes de anterioridade. No mais, as alterações são regulares.

3. É autorizada a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação.

4. Apelação e remessa necessária providas, em parte.”

A apelada, ora embargante (ID 123719054), aponta omissão na ementa: apesar de constar no voto que os Decretos nºs. 8.415/15 e 8.543/15 devem observar as anterioridades anual e nonagesimal, na ementa constou, apenas, “Devem observar os regimes de anterioridade.”.

Prequestiona a matéria, com finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 132238747).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002294-48.2019.4.03.6112

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA CONQUISTA DO PONTAL S.A.

Advogados do(a) APELADO: ERALDO RAMOS TAVARES JUNIOR - SP340637-A, RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A, LETICIA DOS SANTOS MARTINS - SP374980-A,

RAFAEL PLATINI NEVES DE FARIAS - BA32930-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A modificação do regime de creditamento é regular, desde que observadas os critérios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade anual e nonagesimal, no âmbito do Reintegra:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

*1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser **imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal)**, em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).*

2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).

REINTEGRA – DECRETOS Nºs 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES.

*Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, **cumprir observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal**, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.*

No caso concreto, a apelante impugna as reduções de percentual de creditamento realizadas pelos Decretos n.º 8.415/15 (publicado em 25 de fevereiro de 2015) e 8.543/15 (publicado em 21 de outubro de 2015).

Os Decretos, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. Devem observar os regimes de anterioridade.

No mais, as alterações são regulares.”

Não há, portanto, qualquer vício na decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n.ºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5004320-97.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

PARTE AUTORA: GILBERTO DA SILVA MELO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE DO INSS EM SÃO PAULO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Gilberto da Silva Melo, objetivando que seja determinado à autoridade impetrada que dê o devido processamento de seu requerimento de benefício previdenciário naquela esfera administrativa. Aduz ter requerido seu benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em 11/12/2018, mas que até a impetração da presente ação mandamental, não havia sido concluído o processamento de seu pedido.

A r. sentença concedeu a segurança, para confirmar a liminar concedida e reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante obter o devido processamento de seu requerimento administrativo.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Houve manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas." ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão **entendimento dominante** aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afóra essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido." (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, não se vislumbrando nulidade de quaisquer atos processuais, nem tampouco fundamentos de mérito para a reforma do julgado de primeiro grau - uma vez que o r. *decisum a quo* fora proferido dentro dos ditames legais atinentes à espécie, sequer tendo havido, *in casu*, recurso de qualquer das Autoridades Impetradas, demonstrado, expressamente, mediante manifestação, não haver interesse recursal de quaisquer das partes - há que, de fato, se desprover a presente remessa oficial, mantendo-se hígida a r. sentença monocrática em referência.

É o teor da sentença de origem, em resumo, *verbis*:

"(...) Conforme demonstrado pelo Impetrante, protocolizado seu requerimento de benefício previdenciário, passados quatro meses, à época da propositura da presente ação, não havia sido tomada qualquer providência no âmbito da Agência da Previdência Social para processamento de seu pedido.

Após a concessão da liminar postulada na inicial, a Autoridade Impetrada demonstrou ter realizado o processamento do pedido administrativo do Impetrante, concluindo aquele processo administrativo (Id. 19051639).

Dispositivo.

Posto isso, julgo procedente a presente ação mandamental, concedendo a segurança pleiteada, para confirmar a liminar concedida e reconhecer o direito líquido e certo da parte impetrante a obter o devido processamento de seu requerimento administrativo.

Oficie-se à Autoridade Impetrada, cientificando-a do teor da presente decisão.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei federal nº 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição, nos termos do § 1º do artigo 14 da Lei nº 12.016/2009.

P.R.I.C. (...)"

Irreprochável, portanto, o r. *decisum* de origem

Ante o exposto, **nego provimento ao reexame necessário**.

Publique-se. Intimem-se.

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003177-86.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: J. ANDRADE'S INDUSTRIA E COMERCIO GRAFICO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIS EDUARDO VEIGA - SP261973-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, objetivando a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais de saída da base de cálculo para apuração do PIS e COFINS, e a compensação do que restar recolhido indevidamente a esse título.

A r. sentença concedeu a segurança garantindo à impetrante o direito de excluir o ICMS destacado nas notas fiscais de saída da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como garantindo à Impetrante o direito de compensação das quantias indevidamente recolhidas a tais títulos nos cinco anos que precedem o ajuizamento da Impetração, segundo os critérios e procedimentos expostos no art. 74 da Lei nº 9.430/96 e art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95, mediante fiscalização da Autoridade Impetrada.

Apela a União Federal. Requer, preliminarmente, a suspensão do processo até o trânsito em julgado do RE 574.706/PR. No mérito, seja a presente ação julgada totalmente improcedente.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Houve manifestação do Ministério Público.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em resolução do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Preliminarmente, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ainda, com base no apontado julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, a não incidência do PIS e do COFINS sobre o valor destacado da nota fiscal não pode ser condicionado ao seu efetivo recolhimento, mas com base no valor destacado.

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS e a COFINS, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

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

Da compensação

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei nº 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei. (Grifei)

A Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4o Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6o A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7o Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá certificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8o Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9o.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadrar-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF,

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo,

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º. DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando inconstitucional sua parte final, no ponto em que afirma que o art. 3º da mencionada Lei Complementar tem caráter de lei interpretativa retroagindo e alcançando fatos pretéritos, a Corte entendeu, por fim, que às ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a vigência da lei, aplica-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. - Portanto, considerando que a presente demanda foi proposta em momento posterior à vigência da lei 118/05, encontram-se prescritos todos os valores que antecederam o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, de modo que somente podem ser objeto de compensação aqueles concernentes ao quinquênio que antecede a propositura da demanda. - É necessário destacar o prejuízo ao exame quanto à inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9718/98. Com efeito, esta discussão já se encontra definitivamente superada por conta do entendimento do STF na matéria, pacificada desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, dos RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultando da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder àqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulado com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nílceia Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 19/12/2012 - Página: 314.)

Outrossim, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 - A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do Sistema de Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas - e-Social. Portanto, com a edição da referida Lei 13.670, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elidindo a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, dentro dos limites da norma autorizativa.

Ressalte-se que aplicando à compensação a regra vigente ao ajuizamento da demanda, cabe a compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições previdenciárias, observados os requisitos e condições legais, para as ações ajuizadas após a edição da Lei 13.670/2018. Tratando-se de demanda proposta antes da referida Lei 13.670, não há que se cogitar da sua incidência.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexigibilidade do crédito tributário e o consequente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (EREsp 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (EREsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJ de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Da correção monetária e dos juros de mora.

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constituiu-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, verbis:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciarem-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. 1º) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação/repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos REsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que deve ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

- (1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;
- (2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;
- (3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;
- (4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
- (5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
- (6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;
- (7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);
- (8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;
- (9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;
- (10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;
- (11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDEBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º, DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulado, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp's 291257 / SC, 399497 / SC e 425709 / SC.4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 111175 / SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.

2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).

3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressaltando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)

4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.

6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Assim, fica a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Ante o exposto, dou parcial provimento à remessa oficial para explicitar o critério de compensação e juros de mora e nego provimento à apelação da União Federal, nos termos da fundamentação supra.

Publique-se e intem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017678-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: PREVODOCTOR ASSISTENCIA ODONTOLOGICA LTDA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO CHARCON DAINESI - SP204643-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PREVODOCTOR ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA LTDA contra decisão que, em execução fiscal, determinou a designação de realização de leilão dos bens penhorados.

Sustenta a parte agravante, em suma, que os bens penhorados são indispensáveis a manutenção da atividade da agravante; tratando de bem necessário e útil ao exercício da atividade empresarial, sendo, ainda impenhorável, nos termos do artigo 833, V, do Novo Código de Processo Civil.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveraram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme consulta ao PJE, a União havia interposto o AI de n. 5004808-40.2020.4.03.0000, em que se opôs a nomeação dos bens a penhora; em exame do recurso da exequente, nessa data, deferi o pedido de liminar para acolher a sua rejeição à indicação dos bens penhorados (conseqüentemente, devem ser cancelados os leilões).

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o agravo de instrumento interposto, negando-lhe seguimento.

Publique-se e intimem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012136-71.2013.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: SERGIO LOPES CAVALCANTE
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012136-71.2013.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: SERGIO LOPES CAVALCANTE

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 90501052):

“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - ANUIDADES E MULTA ELEITORAL: INEXIGIBILIDADE.

1 - O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

2 - A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal. De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "há obstáculo a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos' (STF, RE 70.563 - SP, 2 Turma, Rei. Ministro Thompson Flores).

3 - As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência de multas eleitorais.

4 - Apelação improvida”.

O embargante, Conselho Regional de Corretores de Imóveis, sustenta a existência de omissões e contradições no v. Acórdão, relativas à ADI nº 4174, do Supremo Tribunal Federal e à legalidade da multa eleitoral. Requer, também, o prequestionamento da matéria.

A parte embargada não apresentou manifestação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012136-71.2013.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: SERGIO LOPES CAVALCANTE

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente:

"O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO-OBIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão. 2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (RE 795467 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014).

A orientação é seguida nesta Corte Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO FEDERAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAR E PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. 1. A questão cinge-se em saber se os Conselhos dos Despachantes Documentalistas têm autorização legal para exercer poder de polícia, tributar e punir os profissionais despachantes. 2. Na ADI nº 1.717-6/DF, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia do caput e demais parágrafos do art. 58 da Lei nº 9.649/98, sob o argumento de que em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, não parece possível delegação, a uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais. 3. A decisão unânime de mérito do STF, em plenário (2002), julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do caput do art. 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98. 4. Da análise da Lei nº 10.602/2002 e respectivos vetos (artigo 1º, §§ 3º e 4º; artigo 3º, artigo 4º e artigo 8º), verifica-se que ficou obstada a delegação do poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício da atividade profissional de despachante documentalista, conforme decisão do STF na ADI mencionada. 5. A Lei n. 10.602/2002 conferiu aos referidos Conselhos apenas o poder de representar os profissionais junto a órgãos e entidades, sendo vedado - por ausência de previsão legal - estipular requisitos ou entraves aos pedidos de inscrição que lhes forem endereçados. Precedentes. 6. Com relação ao advento da Lei nº 12.514/2011, informado pela parte agravante como 'fato novo', há impossibilidade de análise da questão tomando-se por base o novo paradigma legal, uma vez que a novel legislação não foi objeto da decisão agravada - o que impede o conhecimento da matéria na estreita via do agravo de instrumento. 7. Agravo regimental não conhecido e agravo de instrumento não provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0006812-24.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 16/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013).

A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal.

De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos'".

O texto acima, de autoria do então desembargador Rodrigues Alckmin, do TJSP, foi citado e transcrito pelo Ministro Thompson Flores, no julgamento do RE 70.563-SP, na 2ª Turma do STF.

É oportuno dizer que, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal libertou, o exercente da atividade de corretagem de imóvel, de "uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza" (Rodrigues Alckmin, supra).

Depois, a pedido do Sindicato dos Advogados do Estado de Guanabara, o Procurador-Geral da República Moreira Alves representou pela inconstitucionalidade integral da lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, "para evitar que os advogados sejam impedidos de proceder a alienações de bens imóveis que lhes são confiados pelos seus clientes através de inventário e ações de despejo e outras, como vem ocorrendo frequentemente, prejudicando os interesses dos próprios espólios e do público em geral".

Desta feita, na RP930, o Plenário do STF declarou integralmente inconstitucional a lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis.

Nesta oportunidade, não mais como Desembargador do TJSP, mas, como Ministro do STF, lá estava Rodrigues Alckmin, cujo erudito voto condutor ainda é dotado de eficácia persuasiva naquele Colegiado, como será documentado adiante.

Alguns tópicos:

"5. Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. Observa Sampaio Dória: "A lei para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas" (Comentários à Constituição de 1946, v. IV, pág. 637). São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. Aliás, na Constituinte, sustentava Mário Masagão que somente esses requisitos de capacidade técnica poderiam ser exigidos por lei ordinária. E ponderava que, se se mantivesse a autorização ao legislador ordinário para estabelecer as condições de capacidade técnica unicamente, "já teremos assegurado o interesse público. Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções porque estaríamos mutilando o regime democrático de Constituição e o Estado Jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter" (v. José Duarte, "A Constituição Brasileira", de 1946, v. 3º p. 33/34)".

(...)

8. No Brasil, a Constituição do Império, depois de assegurar a liberdade de trabalho "que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos", declarou abolidas "as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres".

(...)

9. Postos esses princípios, examine-se a lei federal nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma profissão de "corretor de imóveis", profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não se justifica regulamentada sob o critério da exigência de capacidade técnica, por dupla razão.

Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio.

Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica, para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício desta profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum pelo interesse público, de capacidade técnica. Haverá acaso, ditado pelo mesmo interesse público, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão, para que seja de mister regulamentá-la? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Como consequência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis" como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. Nada justifica, pois, em princípio, se regulamentar essa profissão. Não há, na verdade, interesse coletivo algum que o imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e o regime democrático vigente repelem".

É certo que, após a derrubada integral da citada lei corporativa, foi editada, em 1978, a Lei Federal nº 6.530.

Salvo lapso de informação, a partir da pesquisa realizada no site do STF, esta Lei Federal nº 6.530/78 jamais foi levada ao Plenário da mais Alta Corte.

Há, tão-só, precedente da 2ª Turma do STF. Com fundamentação ligeira, sem caráter vinculante: AI 109272.

Este precedente da 2ª Turma do STF é anterior à vigência da Constituição de 1.988 - sem a autoridade do Plenário ou do caráter vinculante da decisão, repita-se.

Seja como for, os termos da Lei nº 6.530/78 são os mesmos, substancialmente, da Lei Federal nº 4.116/62, no que concerne à disciplina da atividade sem risco social relevante e à fixação de "contribuições".

Registre-se que, mesmo naquela quadra, o Supremo Tribunal Federal não aceitava a reedição, de modo aberto ou dissimulado, de normas jurídicas por ele declaradas inconstitucionais.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: AGROTÓXICOS E BIOCIDAS. - CONTRARIEDADE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE DISPOSITIVOS DA LEI N. 5032, DE 15 DE ABRIL DE 1986, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE, A TÍTULO DE ALTERA-LA, REINTRODUZEM NORMAS DA LEI N. 4002, DE 5 DE JANEIRO DE 1984, DO MESMO ESTADO, JÁ DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS, PELO STF, NA RP N. 1241-7-SP. - INCONSTITUCIONALIDADE, AINDA, DOS ARTIGOS QUE DISPÕEM SOBRE MATERIAS REGULADAS POR DIPLOMAS FEDERAIS E QUE SE COMPREENDEM NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO INCISO XVII, ALÍNEA 'C', 'IN FINE' E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º. DA CARTA POLITICA EM VIGOR. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rp 1348, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1988, DJ 29-04-1988 PP-09844 EMENT VOL-01499-01 PP-00021).

Sob qualquer perspectiva constitucional, os preceitos substanciais da lei de 1.978 não podem subsistir, pois, se é certo que, a partir de 1.988, nos termos do artigo inaugural da Constituição, "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana e IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", a norma jurídica que institui, na dicção do STF, "corporação de ofício" contra os cidadãos e as empresas não pode ser considerada recepcionada.

No Supremo Tribunal Federal, no RE 395.902-AgrR, o Ministro Celso de Mello esclareceu a questão da revogação da lei, por incompatibilidade superveniente com novo texto constitucional:

"É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional (...) traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores" (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 - RTJ 99/544 - RTJ 124/415 - RTJ 135/32 - RT 179/922 - RT 208/197 - RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 - RTJ 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legítimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 143/355 - RTJ 145/339, v.g.).

De acordo com a Constituição - a vigente ou a precedente - ninguém pode ser submetido a conselho de corretores de imóveis.

A assimetria, do mencionado sistema de intervenção e controle autárquicos, com a atual Constituição, parece mais que evidente, porque o texto de 1.988 privilegia a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional.

A regra é a liberdade profissional. Empreendedores individuais e empresas não podem ser submetidos a controles corporativos, sem justa causa, com os custos e a burocracia inerentes a tal modalidade de regulação.

Conselho caracterizado como "corporação de ofício", pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não pode ter a pretensão de ver recepcionadas, pelo Texto Constitucional vigente, as suas atividades interventivas contra cidadãos e empresas.

Uma nota incidental de atualização e esclarecimento.

O voto histórico do Ministro Rodrigues Alckmin ainda hoje é paradigma. Em caso recente, o Plenário do STF, no RE 511.961, desautorizou a exigência de diploma universitário, para o exercício da profissão de jornalista.

O Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, transcreveu - como aqui - trechos significativos do texto de Rodrigues Alckmin.

Mas o que é oportuno enfatizar, como esclarecimento, é a sentença - só aparentemente - radical de Rodrigues Alckmin, no sentido de que até analfabetos podem realizar certas atividades.

Sua Excelência não estava a pregar nenhuma espécie de supremacia social do obscurantismo cognitivo ou sensorial. É fato que incultos podem realizar, e realizam, a corretagem de imóveis - e milhares de outras atividades humanas.

Rodrigues Alckmin não disse que atividade alguma deve ser privatizada para analfabetos ou letrados. O dedutível é que, ainda quando sejam os mais cultos os seus exercentes, nenhuma atividade profissional pode ser aparelhada por regulação, se não há risco social relevante vinculado à falta de diplomação formal ou à apropriação livre de técnicas simples de prestação de serviço.

O Ministro Gilmar Mendes jogou luz sobre este ponto:

"É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/1969. Esses cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, marketing, desenho industrial, moda e costura, educação física, entre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas. Um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área. Certamente o Poder Público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores.

Os cursos de publicidade e de cinema, por exemplo, igualmente inseridos no âmbito mais amplo da comunicação social, tal como o jornalismo, são extremamente importantes para a formação do profissional que atuará nessas áreas, mas não constituem requisito básico e indispensável para o exercício regular das profissões de publicitário e cineasta.

O mesmo raciocínio deve ser válido para músicos e artistas em geral, cujo exercício profissional deve estar sob o âmbito de proteção do direito fundamental à livre expressão da atividade artística, intelectual e de comunicação, tal como expressamente previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição.

Certamente, há, nessas hipóteses, uma esfera de livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades".

O Ministro Cezar Peluso deu colaboração analítica importante:

"O que significa essa racionalidade no caso? Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão. E que isso significa concretamente neste caso? Significa a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, sobretudo - e aqui o meu ponto de vista, Senhor Presidente - de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão.

Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade? A especificidade dessa necessidade, a meu ver, está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.

Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

O curso de jornalismo não garante a eliminação das distorções e dos danos decorrentes do mau exercício da profissão. São estes atribuídos a deficiências de caráter, a deficiências de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e, até, dependendo da hipótese, a deficiências de sentidos. Ou seja, não existe, no campo do jornalismo, nenhum risco que advinha diretamente da ignorância de conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso".

Passados tantos anos do voto fulgurante de Rodrigues Akkmin e da chancela de **ampla maioria** que lhe concedeu o **Plenário do Supremo Tribunal Federal, a corretagem de imóveis não ganhou foros de verdade científica, nem sequer tem postulados elementares inacessíveis aos desprovidos de titulação formal.**

Por outro ângulo, mas ainda por uma **questão constitucional**, a cobrança da dívida também é injustificável.

A modernização do Poder Judiciário vem sendo realizada através de várias iniciativas.

A Constituição submete todos os Poderes da República ao **princípio da eficiência** - artigo 37, "caput".

É regra universal de eficiência, em todo sistema de distribuição de justiça, que a movimentação da pesada e custosa máquina judiciária não pode ser feita por bagatelas.

Em harmonia com a **norma constitucional**, a aplicação do princípio da insignificância, no **plano processual**, tem definido o destino de **ações irrelevantes**, nos mais variados ramos do direito - penal, meio ambiente, improbidade e todos os demais.

PENAL - DESCAMINHO - REJEIÇÃO DE DENÚNCIA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INÉPCIA E SINGNIFICAÇÃO DO DANO - RECURSO IMPROVIDO. 1 - No Estado Democrático de Direito, a fidelidade narrativa da denúncia ao tipo penal, expressão da vinculação estrita das autoridades executivas da repressão criminal à vontade da lei, materializa a observância ao devido processo legal, garantia do cidadão e da defesa social. 2 - Dívida tributária ínfima não autoriza o ajuizamento de execução fiscal (STF - RE n.º 235.270-8-SP - Rel. Min. Nelson Jobim). 3 - É colorário do princípio liberal da gradação das sanções que, vetado o menos - a execução fiscal - não se permite o mais - a ação penal. 4 - Recurso improvido. (TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, RSE 0060554-81.1997.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 20/02/2001, DJU DATA:17/04/2001).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA. 1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração. 2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo. 3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais. 4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência. 5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância. 6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância. 7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião. 8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPLA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos. 9. Precedentes do STF e do TSE. 10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa). 11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como rés e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0038686-27.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 02/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2010).

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DERRAMAMENTO DE 30 LITROS DE ÓLEO NO ESTUÁRIO DO PORTO DE SANTOS - INSIGNIFICÂNCIA. 1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração. 2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo. 3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais. 4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência. 5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância. 6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância. 7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública - ou a consideração direta do meio ambiente, como valor de estatura constitucional - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do higienismo populista, ingênuo ou de ocasião. 8. Precedentes do STF, do STJ e do TSE. 9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0208502-87.1993.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2011 PÁGINA: 520).

No caso da execução forçada de dívidas fiscais, o legislador resolveu preservar o Poder Judiciário da cobrança de valores insignificantes.

É oportuno registrar que a medida legislativa foi impulsionada por juízes compromissados com a racionalidade do sistema judiciário. O Supremo Tribunal Federal passou a manter as decisões judiciais vinculadas a esta hermenêutica.

RE 378035 / SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. MOREIRA ALVES DJ DATA-05/05/2003 P - 00105 Julgamento 02/04/2003

DESPACHO : 1. É este o teor da decisão proferida em embargos infringentes: "Os embargos devem ser rejeitados. O embargante nada inovou em suas razões, trazendo à baila alegações já apreciadas na sentença. No que respecta à falta de interesse processual, a orientação da extinção da ação em causas de valor infimo tem amparo na doutrina pátria. Nesse sentido: A sobrecarga decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores realmente expressivos, já que as grandes e pequenas causas fiscais seguem praticamente o mesmo rito processual (Lei nº 6.830/80). Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos e inibir a sonegação, os processos de valores irrisórios congestionam a máquina judiciária e prejudicam o andamento da execução de valores expressivos, tudo em prejuízo do interesse público (Lei de Execução Fiscal comentada e Anotada, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 307, de Manoel Álvares, Maury Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão). A jurisprudência tem acolhido esse entendimento, a saber: "Execução, valor infimo, inexistente interesse processual na execução da quantia de significância mínima, a demandar despesas consideravelmente superiores ao crédito pretendido" (TRF - 1ª região, Ap. nº 96.01.02701-7 MG, rel. Juiz Jirair Aram Menguerian, J. 25/03/96, p. 57.748). Persiste, pois, a sentença tal como lançada. Ante o exposto, rejeito os embargos, mantendo a decisão recorrida, devendo o embargante arcar com as despesas comprovadas pela parte contrária, com fundamento no disposto no art. 39 e seu parágrafo, da Lei de execução Fiscal. Ao curador nomeado, arbitro os honorários de 223,04. Com o trânsito, expeça-se a certidão." (fls. 52/53) Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho: "1. Subam os autos ao E. Tribunal Superior Federal, com as cautelas de praxe e as homenagens deste Juízo. 2. Providência a serventia e traslado necessário." (fls. 78) 2. É evidente que, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de que não é cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário (cfe. RE 240.250). 3. De outra parte, esta Primeira Turma, ao julgar os RRE 225.564 e 217.952, decidiu que a alegação de violação ao artigo 2º da Constituição pela circunstância de a decisão recorrida haver extinto a execução fiscal pela falta de interesse do autor era alegação de ofensa indireta à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. 4. Por fim, a decisão recorrida não ventilara as demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). 5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso. Brasília, 02 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.

RE 241017/SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE DJ DATA-12-02-99 P-00029 Julgamento 15/12/1998

DESPACHO: A sentença objeto do RE - começando com a invocação do douto Cândido Dinamarco, (Execução Civil, ed. RT, 2ª ed, v. 2/229) para quem há falta do interesse de agir, quando "a atividade preparatória de provimento custe mais em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem em vantagens que dele é lícito esperar" -, como em numerosos casos similares de Estância de Atibaia, extinguiu a execução fiscal movida pelo Município fundada em crédito tributário de valor insignificante. E aduziu: "A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traz de utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exaustão o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despende cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestionam a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT, 1996). Estes fatos tornam obrigatório o reconhecimento da ausência do Interesse Público de Agir da exequente no presente processo, em face do valor da dívida. O prosseguimento da ação mostra-se antieconômico, pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado. Esta conclusão não se confunde com os institutos da anistia e remissão. Não está sendo julgada a existência do crédito tributário, nem declarada a sua extinção ou exclusão. Respeitados os prazos prescricionais, a soma de créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade." Rejeitados os embargos infringentes e expresso, no julgamento de embargos de declaração, a inexistência de contrariedade do art. 30, III, da Constituição - autonomia dos municípios para "instituir e arrecadar os tributos de sua competência" - nela insiste o Município no recurso extraordinário, fundamento a que adita o do princípio da independência e harmonia dos poderes (CF, art. 2º). O RE admitido no juízo a quo, porém, é inviável, ainda quando, com alguma liberalidade, se reputem prequestionados os temas constitucionais. Com efeito. Nem a independência do Poder local, nem a autonomia do município para arrecadar os tributos de sua competência o dispensam - para valer-se a tanto da via jurisdicional - da satisfação das condições da ação, entre elas, o interesse processual de agir. A existência ou não do interesse de agir - fundamentadamente negada pela sentença recorrida - é questão de Direito Processual ordinário, cuja solução não é revisível na instância do recurso extraordinário. De resto, em casos idênticos, à mesma conclusão tem chegado diversos Ministros da Casa (v.g., RE 236.591, Moreira, DJ 23.11.98; RE 235.186, Gallotti, DJ 25.11.98; RE 236.943, Velloso, DJ 06.11.98; RE 235.242, Corrêa, DJ 20.10.98). Nego seguimento ao recurso extraordinário. Brasília, 15 de dezembro de 1998 Ministro SEPULVEDA PERTENCE - Relator RE 240250/SP - SÃO PAULO.

RE 240250/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 15/06/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-06-08-99 PP-00052 EMENT VOL-01957-20 PP-04350

EMENTA: Execução fiscal. - A única questão constitucional prequestionada, porque ventilada na decisão prolatada em embargos infringentes - as demais não o foram (súmulas 262 e 356) - é a relativa ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). É evidente, porém, que por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir não se pode pretender, por se entender que não cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 252965/SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/03/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA-29-09-00 PP-00098 EMENT VOL-02006-04 PP-00793

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.

AI 388397/RJ - AGRADO DE INSTRUMENTO Julgamento 16/05/2002 Relator(a) Min. ELLEN GRACIE DJ DATA-17/06/2002 P - 00081 AGTE.: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA - 4ª REGIÃO/RJ

AGDO: GILSON ALVES CAVALHEIRO

A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base em lei processual (artigos 267, § 3º e IV e VI e 598 do CPC), por entender que o agravante não possui interesse processual para intentar execução fiscal, de acordo com as Leis 6.830/80 e 9.649/98. Sem lugar a alegação de ofensa aos artigos 37, XIX e 149, caput, da Constituição, não dando margem, portanto, ao cabimento do recurso extraordinário interposto também com base na alínea "b" do permissivo constitucional, por não alcançar nível constitucional a controvérsia posta nos autos. Veja-se o AGRAG 153310, DJ de 21.06.96, o AGRAG 255669, DJ de 16.06.00, o RE 240941, DJ de 12.02.99 e o RE 197931, DJ de 19.10.01. Nego, portanto, seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 16 de maio de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.

Durante a evolução da questão, a Lei Federal nº 10.522/02, com a nova redação da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, deu parâmetro econômico para a racionalidade no uso da máquina judiciária e inovou com a solução do arquivamento provisório.

Confira-se o seu artigo 20: "Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); § 1º - Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados".

Salvo melhor juízo, não cabia dizer que a solução adotada para a Fazenda Nacional era inconveniente aos interesses das corporações autárquicas.

De um lado, seria interditar a cobrança relevante do crédito público nacional, porque o Poder Judiciário tem limite operacional e deve ser preservado em certas circunstâncias, e, de outro, resguardar a máquina judiciária para a cobrança de anuidades e multas corporativas irrisórias.

Menos, ainda, sustentar que a solução racional do arquivamento provisório, de interesse público, estivesse interdita à declaração de ofício, pelo Judiciário, pois o que interessava, em termos de administração de justiça e de lei processual, era a vontade caprichosa, perulária e disfuncional da parte.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu este entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.622 - SP (2009/0149754-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.176-79/01, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.522/02. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/04. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STJ. 1. A Medida Provisória nº 2.176-79/01, convertida na Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04, dispõe que os executivos fiscais pendentes, referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ter seus autos arquivados, e somente reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite estabelecido.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, sedimentou o entendimento de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) 3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro FRANCISCO DE CANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 08/05/2006; AgRg nos REsp 471.107/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 25/10/2004) 2. In casu, o art. 1º da Lei 5.194/66 não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Trata-se de recurso especial interposto pela CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA CREA - SP, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos da ementa a seguir transcrita: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INEXPRESSIONO. PARÂMETROS OBJETIVOS. LEI N. 9.469/97. EXTINÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. I - Cabe ao magistrado, ao verificar a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, obstar as ações executivas fiscais de valor inexpressivo, as quais, além de sobrecarregarem o aparelhamento estatal, acarretam prejuízos ao erário, haja vista os custos da cobrança equivalerem ou superarem o valor do crédito exequendo. II - Estabelecidos os valores considerados irrisórios (art. 1º, da Lei 9.469/97), de rigor a extinção de execução fiscal fundada em dívida ativa cujo montante seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais). III - O reconhecimento da falta de interesse de agir da Exequente é medida que, em última análise, atende ao princípio da supremacia do interesse público. IV - Apelação improvida. Nas razões do especial, aduziu a recorrente que o acórdão impugnado violou os artigos 1º, da Lei 9.469/97, e 1º da Lei 5.194/66. Sustentou que o Tribunal a quo decidiu sem qualquer respaldo legal quando extinguiu a executiva fiscal sob o fundamento de ausência de interesse processual. Isto porque o preceito indicado como malferido estabelece o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Ademais, os créditos exequendos não pertencem à União, mas a uma autarquia federal, dotada de parafiscalidade, de modo que a Lei 9.469/97 não os alcançaria, sendo certo o prosseguimento da presente execução fiscal. Sem contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem. Relatados, decididos.

Preliminarmente, não merece conhecimento o recurso pela alegação de violação ao art. 1º da Lei 5.194/66, porquanto o referido dispositivo legal não restou prequestionado. No tocante ao arquivamento do processo em razão do baixo valor exequendo, merece reparo a decisão hostilizada, porquanto diverge do entendimento pacificado desta Corte Superior; cuja Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, no sentido de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

Confira-se a ementa do referido acórdão:

TRIBUNÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEQUENO VALOR. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08. 1. As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04. 2. Precedentes: EREsp 669.561/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1º.08.05; EREsp 638.855/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 18.09.06; EREsp 670.580/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.10.05; REsp 940.882/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.08.08; RMS 15.372/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 05.05.08; REsp 1.087.842, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.04.09; REsp 1.014.996/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 12.03.09; EDcl no REsp 906.443/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.03.09; REsp 952.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.03.09. 3. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. 4. Recurso especial provido. (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) Destarte, o presente processo não comporta extinção, mas arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, devendo ser reativado se o valor do débito ultrapassar o limite legal. Ex positis, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nesta parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de março de 2010.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Com a posição do Superior Tribunal de Justiça, depois de décadas de ineficiência, desperdício de dinheiro público, preferência, no Poder Judiciário, pela cobrança executiva das anuidades dos conselhos corporativos, em detrimento do crédito público destinado à educação, à saúde e a outros valores sociais relevantes, os Poderes Constituídos chegaram a uma solução razoável.

O arquivamento provisório das execuções fiscais, de todas elas, cujos valores não alcançam o teto mínimo de R\$ 10.000,00.

Ocorreu que, logo após o Superior Tribunal de Justiça fixar a interpretação do direito federal, nos termos acima citados, os conselhos corporativos obtiveram o ressurgimento da possibilidade da cobrança executiva de créditos insignificantes, através da edição de lei inconstitucional, por todos os motivos - alguns já declarados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

A oportunidade surgiu quando o Poder Executivo editou a **Medida Provisória 536/2011**, para o **reajustamento das bolsas concedidas aos médicos sob regime de residência**.

Durante a tramitação da Medida Provisória, o Senador Valdir Raupp e o Deputado Federal Rogério Carvalho apresentaram, respectivamente, as **Emendas 11 e 12**, para a **disciplina legal do valor das anuidades de dois conselhos**: engenharia, arquitetura e agronomia e medicina.

As duas Emendas foram inadmitidas, liminarmente: "**Com fundamento no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1/2002-CN, c.c. art. 125 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indefiro liminarmente as Emendas nºs 11 e 12 apresentadas à Medida Provisória nº 536/2011, por versarem sobre matéria estranha, tudo em conformidade com a decisão desta Presidência proferida à Questão de Ordem nº 478/2009. Publique-se. Oficie-se.**"

O Deputado Rogério Carvalho apresentou recurso e, o Senador Valdir Raupp, pedido de reconsideração.

Ambos com desfecho de **insucesso**.

A Comissão Mista, prevista na Constituição Federal e na Resolução 1/01, do Congresso Nacional, nunca foi instalada.

Na Seção Plenária Deliberativa, a Relatora da Medida Provisória, a Deputada Jandira Feghali, apresentou o seu Relatório:

"As duas últimas emendas tratam de conselhos regionais de classe.

A Emenda nº 11, de autoria do Senador Valdir Raupp refere-se aos conselhos regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia; fixa o valor das anuidades; limita os valores para o registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e para as multas devidas a tais conselhos, autorizando sua correção anual; e determina que tanto o Conselho Federal e quanto os regionais apresentem a seus registrados prestação de contas anual.

Já a Emenda 12, proposta pelo Deputado Rogério Carvalho, aborda os conselhos regionais de Medicina. Autoriza-os a cobrar e executar contribuições anuais, multas e preços por serviços relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias para cada Conselho. Fixa os valores das anuidades, retirando do Conselho Federal a competência para "fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina".

Em consonância com diretriz adotada pela Presidência da Câmara dos Deputados, as Emendas de nº 11 e 12 não foram admitidas à tramitação, por tratarem matéria alheia aos temas disciplinados pela MP 521/10.

(...)

Outro ponto que me cabe aprofundar respeita às duas emendas que tratam dos conselhos de classe. Mesmo não tendo sido acolhidas pela Mesa Diretora da Câmara, não posso ignorá-las, por se ocuparem de assunto também de alta relevância.

De fato, no período de discussão da MP fui interpelada por vários desses conselhos, para que recolocasse em pauta a discussão por elas proposta.

Propõe-se seja restabelecido, para os conselhos de fiscalização do exercício de profissões referidos nas duas emendas, o procedimento de fixação e atualização das anuidades dos entes de fiscalização do exercício de profissões que vigorou com base na Lei nº 6.994 de 26 de maio de 1982, que "dispõe sobre a fixação do valor das anuidades e taxas devidas aos órgãos fiscalizadores de exercício profissional e dá outras providências". Aquela Lei, ao impor valores máximos para as anuidades, expressos em Maior Valor de Referência - MRV, deixava aos conselhos federais a incumbência de editar os atos que fixavam em moeda nacional os valores efetivos das anuidades.

Após a extinção da MRV, os valores máximos das anuidades passaram a ter como parâmetro a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, que também veio a ser extinta anos depois. Passou-se então a adotar, para atualização dos valores máximos das anuidades devidos àquelas autarquias, a variação do IPCA. Essa sistemática deixou de ter amparo legal por força da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que revogou expressamente a referida Lei nº 6.994, de 1982.

Em face da ausência de norma legal que permitisse a atualização dos valores das anuidades dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas, o Congresso Nacional optou por outorgar delegação plena àquelles conselhos para fazê-lo, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, resultante de emenda ao texto da Medida Provisória nº 203, de 2004. Tal delegação vem, contudo, sendo reiteradamente questionada em juízo, com fulcro no descumprimento do princípio da legalidade estrita a que estão sujeitas as normas que versam sobre matéria tributária. A questão deverá ser definitivamente elucidada quando o Supremo Tribunal Federal vier a deliberar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI - 3408, referente à matéria.

A perspectiva de perda de eficácia da delegação contida na referida Lei nº 11.000, de 2004, motivou a formalização de diversos projetos de lei tendo por objeto a atualização dos valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões.

Objetivando solucionar esse vácuo legal, reintroduzo a matéria no PLV por meio dos art. 3º a 11. O teor desses artigos espelha-se nos textos das referidas leis, inclusive quanto à admissão de atualização anual futura na proporção da variação do IPCA. Estabelecem limites para os valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões neles referidos, admitindo a atualização anual daqueles valores na proporção da variação futura do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Os valores ora propostos como limites para as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização são tidos como adequados para o custeio daquelas autarquias, sem onerar excessivamente os profissionais e empresas sujeitos ao pagamento daquelas anuidades.

III CONCLUSÃO

Pelos motivos acima expostos, concluo:

I - pelo atendimento da Medida Provisória nº 536, de 2011, aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência;

II - pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da Medida Provisória nº 536, de 2011, e das emendas de nº 2, 7 e 8 a ela apresentadas, e pela inconstitucionalidade das emendas de nº 1, 4, 6, 9 e 10; 13;

III - pela adequação financeira e orçamentária da Medida Provisória nº 536, de 2011; pela não implicação com aumento da despesa ou diminuição da receita pública da União das emendas de nº 1, 6 e 9; pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária das emendas nº 2, 4, 7, 8 e 10; e

IV - no mérito, pela aprovação da Medida Provisória nº 536, de 2011, na forma do Projeto de Lei de Conversão em anexo".

Em nenhuma instância do processo parlamentar foi realizada a discussão sobre a cobrança judicial dos créditos insignificantes dos conselhos corporativos.

Em meio a tantas e tão graves violações ao processo parlamentar, no Plenário do Congresso Nacional, foram feitas as seguintes ponderações:

"O DEPUTADO SILVIO COSTA (Bloco/PTB - PE. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, entre todas as matérias estranhas que eu presenciei nesta Casa, ao longo do meu primeiro mandato e nesses 8 meses, esta é a mais estarrecedora. Primeiro ponto: a Constituição da República diz que medida provisória só em assuntos extraordinários - em assuntos extraordinários! Anuidade de Conselho não é assunto extraordinário. Não é. Eu estou pedindo e preparando uma CPI para os Conselhos Federais e Regionais deste País.

Quero explicar a V.Exas. como funciona um pouco isso. Existe uma tal de anuidade nos Conselhos. Por exemplo, no meu Estado, o Conselho de Odontologia - e eu cito nomes do meu Estado - tem dez odontólogos que já estão há muito tempo à frente do Conselho. São 8 mil dentistas no meu Estado. Cada um paga 480 reais por mês. Desse dinheiro arrecadado, ele manda um terço para o Conselho Nacional e dois terços ficam no Estado. No Brasil existem 230 mil dentistas. Se colocarmos a 500 reais, como a Relatora está propondo aqui, são 115 milhões de reais por ano. Desses 115 milhões de reais, um terço fica no Conselho Nacional e dois terços vão para os Estados. Moral da história: nesta Casa, só lá na minha Comissão, a Comissão do Trabalho - o Deputado Eudes Xavier é o Relator; e o Deputado Augusto Coutinho já fez audiência pública -, existem três projetos regulamentando essa história de anuidade de Conselho. Agora, com todo o respeito à Deputada Jandira Feghali, em nome dos profissionais do Brasil, quem é dono de Conselho, quem é diretor de Conselho quer isto aqui. Mas perguntem aos profissionais se eles querem. Os profissionais querem discutir. É um absurdo colocar anuidade de Conselho em medida provisória. E eu não acredito que a Oposição, que zela tanto pelo dinheiro público, faça parte deste acordo. Eu estou criticando mesmo é o conjunto da Oposição. Fazer parte deste acordo? Este é um acordo contra os profissionais do Brasil, contra os médicos, os engenheiros, os advogados, contra todo mundo. Você está beneficiando aqui grupelhos, donos de Conselho. Do mesmo jeito que existe a indústria sindical no Brasil, existe a indústria do Conselho. É um desrespeito à democracia, é um desrespeito à Constituição colocar anuidade de Conselho em medida provisória, para beneficiar esse porão de Conselhos que existe no Brasil. Líder do Governo, vamos fazer um acordo aqui agora. Eu até retiro tudo o que disse. Vamos assinar a CPI dos Conselhos. Entra até a OAB no jogo. Vamos! Vamos assinar a CPI, que topamos discutir isso. Agora, não dá, não dá! Tudo tem limite! Tudo tem limite! Colocar anuidade de Conselho em medida provisória? É um absurdo, Sr. Presidente, um desrespeito a esta Casa".

O Deputado RUBENS BUENO, do PPS-PR (Pela ordem. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, eu tenho um destaque apresentado, mas vou pedir a sua retirada e vou explicar por quê. Primeiro, porque nós fomos convencidos pela presença da Deputada Jandira Feghali ontem, na reunião de Líderes, comandada por V.Exa. Naquela reunião eu fui convencido da importância desta proposta apresentada. É claro que aí fica sempre um pouco da incoerência nossa - eu quero confessar de público -, porque esta é uma parte de contrabando nesta medida provisória. É isso que lamento. Eu até disse para a Deputada Jandira: vamos fazer um desafio aqui, no melhor sentido do Parlamento, para evitar isso, porque sempre vem, na última hora, dentro de uma medida provisória importante, agora de médico-residente, a questão dos Conselhos Regionais. Nós temos que definir isso, para o bem do Parlamento e do País, para termos discussão para valer; até porque sempre o Parlamento teve boas e amplas discussões. Todos nós estamos imbuídos desse propósito, mas precisamos discutir mais, Sr. Presidente. Em cima da hora, o contrabando, isso não é bom para o Parlamento, não é bom para nenhum de nós."

Sem embargo destes incidentes, a Deputada Federal Jandira Feghali apresentou, em Sessão Plenária Deliberativa, o Projeto de Lei de Conversão, com as **normas jurídicas contrárias à interpretação do direito federal afirmada no Superior Tribunal de Justiça.**

A matéria foi aprovada e integra a Lei Federal nº 12.514/11:

Art. 6º. As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

(...)

Art. 7º. Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

As normas jurídicas transcritas estão viciadas por **transgressões graves** da Constituição Federal.

Nunca foi instalada a Comissão Mista prevista na Constituição Federal - artigo 62, § 9º: "**Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional**".

A Relatora deu o parecer solitário, no Plenário, sem qualquer debate sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal **procedimento parlamentar afrontoso à democracia.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...) 4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias". Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista: tornou-se praxe a manifestação singular: "No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário". Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustentam-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÉVE, Clémerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo - atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008, p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três poderes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). 7. A segurança jurídica, cláusula pétra constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc. 9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente. 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

A técnica da modulação, no caso concreto, resulta no reconhecimento do grave vício da inconstitucionalidade, sem a atribuição da consequência da nulidade do procedimento parlamentar.

Há outra inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Houve, no jargão parlamentar, "**contrabando legislativo**"; a inserção, no Projeto de Lei de Conversão, de matéria estranha ao objeto inicial da Medida Provisória.

O Supremo Tribunal Federal veta o procedimento, segundo notícia registrada em seu site:

"Legislativo não pode incluir em lei de conversão matéria estranha a MP, decide STF.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (15), que a partir de agora o Congresso Nacional não pode mais incluir, em medidas provisórias (MPs) editadas pelo Poder Executivo, emendas parlamentares que não tenham pertinência temática com a norma, o chamado "**contrabando legislativo**".

A decisão foi tomada nesta quinta-feira (15) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5127, por meio da qual a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na MP 472/2009, convertida na Lei 12.249/2010, que resultaram na extinção da profissão de técnico em contabilidade. A MP em questão tratava de temas diversos, que não guardam relação com a profissão de contador. Por maioria, o Plenário julgou improcedente a ação, mantendo a validade da norma questionada em razão do princípio da segurança jurídica. Contudo, o Tribunal decidiu cientificar o Congresso Nacional de que a prática é incompatível com a Constituição Federal".

Paradoxo do sistema constitucional, as normas jurídicas aqui analisadas padecem de outro vício de inconstitucionalidade, mas, ainda assim, não podem ser declaradas nulas, pela técnica da modulação adotada no julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Há, ainda, um **terceiro** vício grave, de inconstitucionalidade, nas normas jurídicas aqui analisadas.

A lei derivada de projeto de conversão está sujeita ao exame dos requisitos típicos exigíveis para a edição de medida provisória.

É a posição do Supremo Tribunal Federal: "**A lei de conversão não invalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória**" (ADI 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Renovada:

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI. ACÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. (...) 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. (...)

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (ADI 3330, Pleno).

No caso concreto, ainda que superados os graves vícios da afronta à democracia e à impertinência temática - não porque inexistam, mas porque a nulidade relacionada a eles não pode ter eficácia -, o fato é que, como foi bem destacado pelos Parlamentares do Congresso Nacional, a questão não tem relevância, nem urgência.

A questão da cobrança judicial das dívidas fiscais **não** foi objeto de Emendas, sequer.

As Emendas citadas tratavam da **fixação** das anuidades corporativas, **não de sua cobrança forçada**.

As duas Emendas foram inadmitidas. Uma foi objeto de pedido de reconsideração; a outra, de recurso. **Sem** sucesso.

Por mais elástica que seja hermenêutica, a respeito da violação ao processo legislativo, não se pode admitir que **Emendas inadmitidas** surjam no Relatório do projeto de substitutivo.

Mas o pior é que, no caso concreto, a respeito do tema da cobrança forçada de anuidades corporativas, **nem** Emendas parlamentares foram apresentadas.

Não houve projeto de **conversão**. Mas **versão, lei nova**, sem nenhum debate ou controle parlamentar, democrático.

Ainda que fossem superados todos estes vícios, caberia o controle aprovado na jurisprudência plenária do STF: a cobrança judicial de dívidas corporativas irrisórias, é tema com relevância e urgência?

A resposta é negativa.

Não há urgência, parece óbvio, como destacaram os próprios Parlamentares do Congresso Nacional.

Menos, ainda, relevância.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar, em sede de Medida Cautelar (ADI 2527-9), a criação do regime de transcendência, na Justiça do Trabalho.

Diz-se da inexistência de relevância, na medida provisória editada sobre o assunto.

A Relatora, a Ministra Ellen Gracie, prolatou o voto condutor. O essencial:

"3 - A alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal não se reveste, no caso, de plausibilidade jurídica. Esta Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente, como sedimentado no julgamento das medidas cautelares na ADIn nº 1.753/DF (Min. Sepúlveda Pertence) e na ADIn nº 1.397/DF (Min. Carlos Velloso), e na ADIn nº 162/DF (Min. Moreira Alves). Não vejo, no caso vertente, a evidência dessa improcedência; pelo contrário, se fosse emitir juízo de valor sobre o conteúdo desses requisitos, diria estar convencida de que, na hipótese, ambos estão presentes. A exposição de motivos da medida provisória impugnada, reproduzida nas informações do requerido, que, em parte, inseri em meu relatório, narra a situação caótica em que se encontra o Tribunal Superior do Trabalho. A Corte, pelo que se viu, encontra-se sobrecarregada de recursos repetitivos, para cujo atendimento se azafamam como Danaídes os seus integrantes, a esvaziar sempre os mesmos cântaros repletos das mesmas questões de direito, incalculadas vezes já decididas.

Ainda que tal situação não seja exclusiva do Tribunal Superior do Trabalho, entendo que a adoção de medidas visando a minorar os entraves a uma célere e qualificada prestação jurisdicional se mostra relevante e urgente, estando este último requisito intimamente ligado aos interesses de milhares de trabalhadores que litigam por verbas de caráter alimentar, muitas vezes essenciais à sua própria sobrevivência. Não vejo, por isso, plausibilidade na alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal".

A ementa:

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, 5º, CAPUT E II, 22, I, 24, XI, 37, 62, CAPUTE § 1º, I, B, 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. (...) 2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. (...) 6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido".

Aqui, há o oposto.

Se, no precedente do STF, o requisito da relevância foi reconhecido, porque a mudança prestigiava a "célere e qualificada prestação jurisdicional", no caso concreto, retomamos à distribuição de **milhares** de execuções fiscais **irrisórias**, a **inviabilizar a administração da justiça**.

O quadro é de avanço. Há juzados especiais. Amplos controles de constitucionalidade e legalidade, com eficácia contra terceiros. E, no caso destas execuções corporativas insignificantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inpediu o **congestionamento da máquina judiciária com bagatelas**.

Não há, pois, relevância.

A inconstitucionalidade é manifesta, também por estes defeitos.

Há, não obstante, mais um

O confessado "**contrabando legislativo**", antidemocrático, sem relevância ou urgência, é inconstitucional, ainda, pela sua motivação última: tratou-se de contornar a interpretação do direito federal realizada pelo Superior do Tribunal de Justiça, em prejuízo do sistema de administração de justiça.

Em caso similar - o da Lei Complementar nº 118/05 -, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma nova, por contrariar a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para a preservação da segurança jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal desautorizou o legislador complementar.

No caso concreto, ressalta, a mais não poder, a inconstitucionalidade das normas jurídicas. **Deseja-se o retorno ao "direito" à ineficiência do sistema de administração de justiça. O congestionamento da máquina judiciária com o irrisório, o marcado pelo signo da bagatela.**

De há muito, o próprio Supremo Tribunal Federal não abria a instância extraordinária, para a revisão de casos injustificáveis, como documentado acima.

Não há, apenas, a tentativa de contornar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Mas de fazê-lo em prejuízo **evidente** do próprio sistema de distribuição de justiça.

As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência de multas eleitorais".

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030014-90.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO
AGRAVANTE: HAVITA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: KELLY GERBIANY MARTARELLO - SP367108-A
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por HAVITA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA contra decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido de liminar.

Sustenta a parte agravante, em suma, a necessidade de reforma da decisão.

A parte agravada apresentou contraminuta informando que a autoridade administrativa permitiu a reetiquetagem do produto.

Instada a agravante a se manifestar se remanesce interesse processual, ela deixou correr o prazo.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, agora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReRec: 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme consulta ao Sistema de Informações processuais, a parte agravante informou ao juízo de origem não ter mais interesse no prosseguimento do feito.

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o agravo de instrumento interposto, negando-lhe seguimento.

Publique-se e intime-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002654-90.2018.4.03.6120
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECUMSEH DO BRASIL LDA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002654-90.2018.4.03.6120
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECUMSEH DO BRASIL LDA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 123742734) opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, negou provimento ao seu agravo interno (ID 122754736).

Sustenta a embargante a necessidade de prequestionamento dos dispositivos legais que aponta.

Manifestação da parte contrária (ID 129777110).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002654-90.2018.4.03.6120
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TECUMSEH DO BRASIL LDA
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Ademais, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REP DJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Enfim, diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO ADEPERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Ademais, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

4. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5018857-56.2019.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: NAG INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: THIAGO RIBEIRO DA SILVA SOVANO - TO6798-A, RONAN PINHO NUNES GARCIA - TO1956-A, ADRIANO RODRIGUES DOS REIS - DF50088-A, JORGE

MENDES FERREIRA NETO - TO4217-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança objetivando que seja declarada a inexistência de relação jurídico tributária que tenha por exigência o pagamento de PIS e COFINS que incluía em sua base de cálculo o ICMS, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

A r. sentença julgou procedente o pedido e **concedeu a segurança** para afastar a exigibilidade da inclusão do ICMS destacado da nota fiscal, na base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e à COFINS, nas operações de venda de bens e mercadorias por ela promovidas, devendo a autoridade impetrada se abster de praticar atos tendentes à sua cobrança, bem como para reconhecer o direito da impetrante à compensação dos valores recolhidos a título de contribuições devidas ao PIS e à COFINS, que incidiram sobre o ICMS, a partir da competência de outubro de 2014, em razão da extinção pela prescrição dos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, observando-se o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Os valores indevidamente recolhidos serão atualizados somente pela Taxa Selic (§ 4º do artigo 39 da Lei 9.250/95) e sendo a Taxa Selic composta de juros e correção monetária, não pode ser cumulada com juros moratórios (STJ, Segunda Turma, REsp nº 769.474/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 6.12.2005, DJ 22.3.2006, p. 161). Por conseguinte, julgou extinto o processo com resolução de mérito, com fundamento no inciso I do artigo 487 do Código de Processo Civil.

Apela a União Federal. Requer a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo prosseguimento do feito.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveraram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Preliminarmente, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ainda, com base no apontado julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS não pode ser condicionada ao seu efetivo recolhimento, mas com base no valor destacado.

Ante o exposto, **nego provimento à remessa oficial e à apelação.**

Publique-se e intem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos os autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000072-88.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARIANA DE REZENDE LOUREIRO - SP238507-A, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000072-88.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARIANA DE REZENDE LOUREIRO - SP238507-A, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com exclusão do ICMS a recolher (123952269).

Resposta (131822263).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000072-88.2017.4.03.6141
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARIANA DE REZENDE LOUREIRO - SP238507-A, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, DEGESCH DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELADO: PAULO CESAR TEIXEIRA DUARTE FILHO - SP276491-S, MARCIO CARNEIRO SPERLING - SP183715-A, CARLOS HENRIQUE MIRANDA DE CASTRO - SP315221-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001285-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: MARCOS SPLICIGO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LETICIA MEIER SOARES - SP402967
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001285-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: MARCOS SPLICIGO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LETICIA MEIER SOARES - SP402967
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 69794868):

“TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PROVA CERTA E IRREFUTÁVEL – CDA - PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

- 1. A exceção de pré-executividade demanda prova certa e irrefutável. Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".*
- 2. De outro lado, a certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza (artigo 3º, da Lei nº. 6.830/80).*
- 3. No caso concreto, a CDA faz referência à intimação postal do agravante, no curso do processo administrativo, em 7 de março de 2009. Na impugnação, a União ratifica a ocorrência da notificação postal, no processo administrativo.*
- 4. O agravante não afastou, com argumentos consistentes, a presunção de liquidez dos títulos.*
- 5. Agravo interno improvido. ”.*

O agravante, ora embargante, aponta contradição na análise da notificação.

Sustenta, ainda, omissão na análise da decadência, a qual decorreria da ausência de notificação.

Contrarrazões (ID 127529865).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001285-54.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: MARCOS SPLICIGO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LETICIA MEIER SOARES - SP402967
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

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

(...)

No caso concreto, a CDA faz referência à intimação postal do agravante, no curso do processo administrativo, em 7 de março de 2009 (fls. 5/8, ID 26357950).

Na impugnação, a União ratifica a ocorrência da notificação postal, no processo administrativo (fls. 110, ID 26357950).

(...)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo:

IMPOSTO DE RENDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. NOTIFICAÇÃO VIA POSTAL. ENDEREÇO DECLARADO PELA CONTRIBUINTE. AR ASSINADO POR TERCEIRO. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO.

I - A notificação regular do sujeito passivo, consoante o art. 23, II, do Decreto 70.235/72, pode se dar tanto pessoalmente quanto pela via postal, sendo que, para os fins de aperfeiçoamento desta última, basta a prova de que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio fiscal eleito pelo próprio contribuinte, não sendo imprescindível que o Aviso de Recebimento seja assinado por ele. Precedentes: REsp nº 923.400/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/12/2008; RHC nº 20.823/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO

TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe de 03/11/2009.

II - A comprovação do fato de que o recebedor da notificação não reside na casa da ora agravante depende de dilação probatória, sendo, portanto, incabível sua apreciação em sede de exceção de pré-executividade.

III - Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 57.707/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 07/05/2012).

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESGOTAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DEFINITIVIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INTIMAÇÃO DO DECISÃO ADMINISTRATIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme prevê o art. 23, II, do Decreto nº 70.235/72, basta apenas a prova de que a correspondência foi entregue no endereço do domicílio fiscal do contribuinte, podendo ser recebida por porteiro do prédio ou qualquer outra pessoa a quem o senso comum permita atribuir a responsabilidade por sua entrega, cabendo ao contribuinte demonstrar a ausência dessa qualidade. Precedentes do STJ.

2. Perfeita a intimação da empresa a respeito do julgamento da impugnação ao Auto de Infração e Lançamento, concluído o procedimento administrativo-fiscal. Portanto, inexistente motivo para o trancamento da ação penal.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 20.823/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 03/11/2009)".

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP - AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004365-58.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TERRAM ENGENHARIA DE INFRAESTRUTURA LTDA
Advogado do(a) APELADO: SORAYA LIA ESPERIDIAO - SP237914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004365-58.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TERRAM ENGENHARIA DE INFRAESTRUTURA LTDA
Advogado do(a) APELADO: SORAYA LIA ESPERIDIAO - SP237914-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPETIR OS INDÉBITOS. RECURSO DESPROVIDO.

A União reitera a necessidade de sobrestamento do feito, ante a pendência de julgamento do RE 592.616 e de aclaratórios no RE 574.706, e aponta omissão do julgado quanto à impossibilidade de se pleitear administrativamente a restituição dos indébitos, sob pena de vulnerar o regime de precatórios. Reitera ainda a constitucionalidade da exação e a impossibilidade de a ação mandamental assumir efeitos pretéritos, na forma das Súmulas 269 e 271 do STF (125409812).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004365-58.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TERRAM ENGENHARIA DE INFRAESTRUTURA LTDA
Advogado do(a) APELADO: SORAYA LIA ESPERIDIAO - SP237914-A

VOTO

Ficou devidamente consignado no *decisum* que:

“(É certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Melo). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: ‘O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REspS 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)...’ (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017).

À nítida de pronunciamento conclusivo do STF, há de prevalecer a jurisprudência já firmada”.

Logo, aplicável o entendimento firmado no RE 574.706, ficando reconhecido que, na qualidade de mero ingresso temporário, os valores de ISS incidentes na prestação de serviços não integra a receita empresarial e a base de cálculo do PIS/COFINS, observado o escopo constitucional de seu fato gerador. O fato de a Vice-Presidência deste Tribunal sobrestar os recursos extraordinários não obsta o julgamento do feito, ausente determinação de suspensão nacional dos processos.

No que tange às súmulas mencionadas, também se fez a ressalva de que os “verbetes se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como se faz comumente presente em causas tributárias”. Nesse sentido, tem-se a Súmula 213 do STJ.

Nada obstante, tem razão a embargante quanto à omissão referente à possibilidade de a impetrante pleitear a restituição administrativa dos indébitos. A Súmula 461 do STJ admite somente a compensação administrativa dos indébitos, ficando eventual pleito repetitório submetido ao sistema dos precatórios – identificado o cunho declaratório da decisão mandamental. Logo, retifica-se o julgado para afastar o direito líquido e certo à repetição administrativa, preservando-se os termos do art. 100 da CF.

Pelo exposto, dou parcial provimento aos embargos declaratórios para dar parcial provimento ao agravo e, por conseguinte, ao apelo e ao reexame necessário, concedendo parcialmente a segurança pleiteada.

É como voto.

O EXMO. DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZARIBEIRO:

Peço vênia ao e. Relator para divergir no sentido de reputar que a embargante não tem razão na sua alegação de que houve vício no v. acórdão no ponto relativo à possibilidade de a impetrante pleitear a restituição administrativa dos indébitos.

A propósito do tema, destaco o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a possibilidade de restituição administrativa de tributos mediante decisão judicial reconhecendo terem sido pagos a maior:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DE INDÉBITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido concedeu a segurança para reconhecer a não incidência do IRPF sobre a alienação de determinadas participações societárias, considerando que incide a isenção estabelecida pelo Decreto-lei 1.510/1976, mas indeferiu restituição do tributo pago na venda de ações realizadas em 2004, por entender inadequada a via mandamental para essa finalidade, por incidência da Súmula 269/STF (“o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”).

Deferiu, porém, o pedido subsidiário de compensação. O Recurso Especial versa apenas sobre a pretensão do contribuinte de poder formular pedido administrativo de restituição do indébito reconhecido. 2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do CPC/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

3. Se a pretensão manifestada na via mandamental fosse a condenação da Fazenda Nacional à restituição de tributo indevidamente pago no passado, viabilizando o posterior recebimento desse valor pela via do precatório, o Mandado de Segurança estaria sendo utilizado como substitutivo da Ação de Cobrança, o que não se admite, conforme entendimento cristalizado na Súmula 269/STF. Todavia, não é o caso dos autos. O contribuinte pediu apenas para que, reconhecida a incidência indevida do IRPF, ele pudesse se dirigir à autoridade da Receita Federal do Brasil e apresentar pedido administrativo de restituição. Essa pretensão encontra amparo no art. 165 do Código Tributário Nacional, art. 66 da Lei 8.383/1991 e art. 74 da Lei 9.430/1996. 4. O art. 66 da Lei 8.383/1991, que trata da compensação na hipótese de pagamento indevido ou a maior, em seu § 2º, faculta ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição, tendo o art. 74 da Lei 9.430/1996 deixado claro que o crédito pode ter origem judicial, desde que com trânsito em julgado.

5. “O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, inclusive já sumulado (Súmula nº 461 do STJ), é no sentido de que ‘o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado’. Com efeito, a legislação de regência possibilita a restituição administrativa de valores pagos a maior a título de tributos, conforme se verifica dos arts. 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996” (REsp 1.516.961/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/03/2016).

6. Recurso Especial provido para assegurar o direito de o contribuinte buscar a restituição do indébito na via administrativa, após o trânsito em julgado do processo judicial. (REsp 1642350/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/04/2017)

Ante o exposto, voto por negar provimento aos declaratórios.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. CONTRADIÇÃO IDENTIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA DOS INDÉBITOS. REGIME DE PRECATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO E AO APELO E REEXAME NECESSÁRIO, CONCEDENDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, deu parcial provimento aos embargos declaratórios para dar parcial provimento ao agravo e, por conseguinte, ao apelo e ao reexame necessário, concedendo parcialmente a segurança pleiteada, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto da Desembargadora Federal Diva Malerbi e Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencidos os Desembargadores Federais Souza Ribeiro e Fábio Prieto, que negaram provimento aos embargos de declaração. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELADO: PASTIFICIO SELMI SA

Advogados do(a) APELADO: MILTON CARMO DE ASSIS JUNIOR - SP204541-A, THAYSE CRISTINA TAVARES - SP273720-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta em face da sentença que julgou procedente o pedido, reconhecer o direito da Impetrante ao aproveitamento dos créditos decorrentes do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras – REINTEGRA em relação às vendas destinadas à Zona Franca de Manaus, bem como o direito à compensação dos valores relativos a essas vendas nos últimos cinco anos, o que se fará sob fiscalização da Receita Federal, e após o trânsito em julgado da sentença, em conformidade com o disposto no art. 170-A do CTN, conforme motivação. Ressalvo expressamente a atividade administrativa da Autoridade Impetrada para verificação do procedimento e apuração dos valores relativos à pretensão formulada. Custas ex lege. Indevidos honorários advocatícios a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nº 521/STF e 105/STJ. Sentença sujeita a reexame necessário (Id 135236282).

Alega a apelante União que os valores apurados no REINTEGRA não implicam aumento ou majoração de tributo, concessão de isenção ou desoneração em relação a nenhuma espécie tributária em particular, tampouco envolvem no seu cálculo aspectos relativos à alíquota ou à base de cálculo dos tributos envolvidos na operação. Por fim, requer que afaste a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal para produção dos efeitos em relação às alterações promovidas pelos Decretos nºs 8.415/2015 e 9.393/2018 (Id 135236288).

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os precedentes mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ª ed./2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, "Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Essa ordem de ideias abrangidas pelo princípio da segurança jurídica obsta a validade da novel previsão do Decreto 9.393/2018, que diminuiu para 0,1%, a partir de 01/06/2018, benefício que já tinha sido estabelecido em 2% para até 31/12 do mesmo ano.

Portanto, a modificação ou revogação do benefício atenta contra a segurança jurídica. E mais, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretroatividade da benesse, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

Não bastasse isso, o posicionamento da Suprema Corte hoje é, majoritariamente, no sentido de que os atos normativos que revogam benefícios fiscais devem observar o princípio da não surpresa, seja quanto à anterioridade de exercício, seja quanto à anterioridade nonagesimal. Nesse sentido, veja-se:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas “b” e “c” do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil. (RE 564225 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Ademais, especificamente quanto ao Reintegra, pronunciou-se o STF em caso análogo:

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006. (RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

Ante o exposto, nos termos do art. 932, do CPC, **nego provimento ao reexame necessário e à apelação da União.**

Publique-se. Intimem-se.

Após, ultimadas as providências necessárias, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016965-45.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT
AGRAVADO: VANDA FRANCO ALCANTARA

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, contra decisão que indeferiu o pedido de penhora on-line pelo sistema BACENJUD em desfavor do executado, em execução fiscal.

Alega que o numerário que se pretende bloquear, a despeito de ser inferior a 40 (quarenta) salários-mínimos, deve ser penhorado, nos termos da legislação em vigor, bem como da Jurisprudência pátria.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Superior Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os precedentes mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. (“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApRecNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

A respeito da questão ora controversa, primeiramente insta considerar o art. 833, X do CPC/2015, que assim dispõe:

“Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos...”

Em regra, há impenhorabilidade dos valores depositados em instituição financeira, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, seja em conta poupança, conta corrente ou em outras aplicações. **Admite-se, pois, no caso em debate, interpretação extensiva do supratranscrito dispositivo legal.**

Quanto ao tema em debate, julgados do E. Superior Tribunal de Justiça e desta E. Corte Regional:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VALORES BLOQUEADOS EM CONTA-POUPANÇA VINCULADA À CONTA CORRENTE. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, INCISO X, DO CPC. ALCANCE. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. MÁ-FÉ NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. "É possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda." (REsp 13 40 120/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 19/12/2014). 2. "Reveste-se, todavia, de impenhorabilidade a quantia de até quarenta salários mínimos poupada, seja ela mantida em papel moeda, conta-corrente ou aplicada em caderneta de poupança propriamente dita, CDB, RDB ou em fundo de investimentos, desde que a única reserva monetária em nome do recorrente, e ressalvado eventual abuso, má-fé ou fraude, a ser verificado caso a caso, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (inciso X). (STJ, REsp 1230060/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 29/08/2014).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BACENJUD. PENHORA ON LINE DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA. COMPROVAÇÃO DE RECEBIMENTO DE SALÁRIO. APLICAÇÃO INFERIOR A QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 7º, INCISO X, DA CF/88 E 833, INCISOS IV E X, DO CPC. DESBLOQUEIO. RECURSO PROVIDO. - Foram bloqueados R\$ 2.349,38 da agravante em sua conta no Banco do Brasil. Ela comprova que recebe salário na conta nº 9.195-2 da agência nº 5899-8, exatamente na que houve tal bloqueio, consoante extrato bancário que demonstra o recebimento de proventos da Fundação de Ciências Aplicações e Tecnologias Espaciais - FUNCATE, onde labora, bem como que nela não foram creditados quaisquer outros valores, o que evidencia que o montante é absolutamente impenhorável, nos moldes do dispositivo supracitado. Saliente-se que não há que se falar que no momento em que os valores são depositados na conta deixam de ser impenhoráveis por se incorporarem ao patrimônio do seu titular, como entende o juízo a quo, eis que o legislador objetiva proteger a sua natureza alimentar. - O documento bancário também comprova que foram bloqueados R\$ 1.500,00 da aplicação "BB CDB DI" e é plausível o fundamento de que o bloqueio não foi exatamente na quantia de R\$ 1.098,96, necessária para integrar o montante cobrado pela agravada de R\$ 2.349,38, considerado o bloqueio de R\$ 1.250,42 de sua conta corrente salário, porque os fundos de DI, diferentemente da poupança, somente podem ser resgatados em parcelas mínimas de R\$ 500,00. Sobre a impenhorabilidade de aplicações financeiras até o limite de 40 salários mínimos (independentemente da incidência de imposto de renda), que não a poupança. - À vista da fundamentação e dos precedentes colacionados, justifica-se a reforma da decisão agravada. - Agravo de instrumento provido, para determinar o desbloqueio dos R\$ 2.349,38 depositados no Banco do Brasil, agência nº 5899-8, conta corrente nº 9.195-2, e aplicação financeira BB CDB DI. (TRF 3ª REGIÃO, AI 0012164162016 40 30000, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/11/2016).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. SISTEMA BACENJUD. VALOR NÃO SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 649, INCISO X. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, também os mantidos em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou mesmo guardados em espécie. (TRF 3ª REGIÃO, AI 0023001042014 40 30000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/07/2015).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ART. 557, CPC. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. BACENJUD. IMPENHORABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Encontra-se pacificada a jurisprudência, firme no sentido de que, em penhora on-line de ativos financeiros, deve ser observado o disposto no inciso X, do artigo 649, do Código de Processo Civil. 2. As aplicações financeiras, em CDB ou fundos diversos de investimento sujeitam-se ao mesmo tratamento legal da caderneta de poupança, assim já tendo sido decidido esta Turma, em caso de minha relatoria. 3. Tratando-se de aplicação em fundo de investimento, não é o caso de afastar a impenhorabilidade do valor bloqueado, pois, por ser inferior a 40 salários mínimos da época, está acobertada pela proteção prevista no artigo 649, X, do Código de Processo Civil, à luz da sobredita jurisprudência. 4. A proteção legal destina-se a assegurar a subsistência do devedor, tornando impenhoráveis, pois, os valores destinados à garantia alimentar, sem a qual possa ser comprometido o sustento do indivíduo e de sua família. 5. Do valor inicialmente bloqueado de R\$ 5.390,60, foram subtraídos R\$ 2.695,30 pertencentes ao cônjuge do agravante, liberados pelo Juízo. 6. O documento constante dos autos demonstra que a quase totalidade desse valor refere-se ao fundo de investimento em renda fixa "Classic DI", e apenas R\$ 234,19 referir-se-iam a valores depositados em conta corrente. 7. Assim, manifesta a plausibilidade jurídica do pedido de reforma, para que apenas os valores vinculados a investimento em renda fixa, em conta de titularidade do agravante, sejam liberados do bloqueio, mantendo-se tão somente aqueles depositados em conta corrente. 8. Agravo inominado desprovido. (TRF 3ª REGIÃO, AI 0006 40 7752015 40 30000, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/07/2015).

Assim sendo, tratando-se, pois, de montante inferior – conforme expressamente admitido pela agravante, ressalte-se - ao limite de 40 (quarenta) salários mínimos, logo, enquadra-se na regra da impenhorabilidade prevista no art. 833, X do CPC/2015.

Nesta senda, irreprochável a r. decisão do MM. Juízo de primeiro grau, visto que, uma vez que o deferimento da penhora, no presente feito, seria totalmente inefetivo, à luz da Lei e da Jurisprudência atualmente vigente, correta a aplicação – equânime – do disposto no artigo 20, da LINDB – de modo a se evitar qualquer procrastinação desnecessária e custosa ao sistema judiciário.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015, nego provimento ao presente agravo de instrumento, mantendo-se higida a r. decisão indeferitória de antecipação de tutela.

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017913-84.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: JOSENI ROSA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: VALDECI DAVALO FERREIRA - MS13234
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSENI ROSA DOS SANTOS contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de primeiro grau, que indeferiu o pedido de restituição de veículo de sua propriedade - apreendido com fundamento no artigo 104, V, do Decreto-Lei 37/66.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que, *in casu*, haveria o *inimicus boni iuris* configurado em razão de sua falta de responsabilidade no crime de contrabando/descaminho, bem como *periculum in mora*, diante do prejuízo em se ver privado do referido bem.

É o relatório.

DECIDO.

Primeiramente, concedo, para os exclusivos fins deste recurso, os benefícios da justiça gratuita, tal como pedido pelo ora petionário, em sua inicial.

No mérito, com efeito, o recurso em tela deve ser, de plano, **desprovido**. Senão, vejamos:

A controvérsia limita-se à alegação de nulidade de ato administrativo que culminou com a apreensão de veículo de propriedade do impetrante, então utilizado no transporte de mercadorias diversas, estrangeiras, no Estado do Mato Grosso do Sul – MS - em desacordo com a legislação tributária e aduaneira.

Não assiste razão ao recorrente em apontar suposta ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo do Delegado de Polícia Federal responsável pela apreensão de seus veículos, os quais foram utilizados por terceiros, para o transporte de mercadorias, as quais foram introduzidas no território nacional, possivelmente provenientes do Paraguai, sem o recolhimento dos tributos pertinentes, e sem as notas fiscais devidamente correspondentes. Isto porque a mera conduta de dispor veículo próprio para o fim em questão já seria razão lícita para que o interessado seja responsabilizado pelo dano causado ao Erário, porquanto quem disponibiliza o veículo, seja a título gratuito ou oneroso, assume o ônus pelos danos causados pelo condutor e demais passageiros.

A responsabilidade do proprietário do veículo transportador, quando este não é o dono da mercadoria, demonstra-se através de indícios de falta de boa-fé. No caso, verifica-se que o agravante não justificou sua relação com o condutor do veículo apreendido, bem como por quais razões este estaria na posse e condução do mesmo, havendo necessidade de produção de provas neste sentido - o que não é permitido por meio de mandado de segurança.

Tampouco juntam-se elementos suficientes para tanto no curso deste agravo de instrumento.

Além disso, a legislação aduaneira, em seus artigos 94, 95 e 96, prevê que o proprietário e o consignatário do veículo respondem pela infração decorrente do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes, nos seguintes termos:

"Art. 94 - Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-lo.

§ 1º - O regulamento e demais atos administrativos não poderão estabelecer ou disciplinar obrigação, nem definir infração ou cominar penalidade que estejam autorizadas ou previstas em lei.

§ 2º - Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

“Art.95 - Responde pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes”

Igualmente é a previsão contida no artigo 688, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009:

“Art. 688. Aplica-se a pena de perdimento do veículo nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

I - quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou de carga de mercadoria nacional ou nacionalizada, fora do porto, do aeroporto ou de outro local para isso habilitado;

III - quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, um deles procedente do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou de carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV - quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita a perdimento, se pertencente ao responsável por infração punível com essa penalidade;

VI - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira for desviado de sua rota legal sem motivo justificado; e

VII - quando o veículo for considerado abandonado pelo decurso do prazo referido no art. 648.

§ 1º Aplica-se, cumulativamente ao perdimento do veículo, nos casos dos incisos II, III e VI, o perdimento da mercadoria (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 104, parágrafo único, este com a redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, art. 77, e art. 105, inciso XVII; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, inciso IV e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).

§ 2º Para efeitos de aplicação do perdimento do veículo, na hipótese do inciso V, deverá ser demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do proprietário do veículo na prática do ilícito.

§ 3º A não-chegada do veículo ao local de destino configura desvio de rota legal e extravio, para fins de aplicação das penalidades referidas no inciso VI deste artigo e no inciso XVII do art. 689.

§ 4º O titular da unidade de destino comunicará o fato referido no § 3º à autoridade policial competente, para efeito de apuração do crime de contrabando ou de descaminho. (*grifei)(...)”

Ademais há a hipótese de aplicação da pena de perdimento, prevista no artigo 104, do Decreto-Lei nº 37/66, o qual transcrevo *in verbis*:

“Art. 104. Aplica-se a pena de perda do veículo nos seguintes casos:

I - quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;

III - quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, vindo um deles do exterior ou a eles destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV - quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;

VI - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado:

Parágrafo único. Aplicam-se cumulativamente:

I - no caso do inciso II do caput, a pena de perdimento da mercadoria;

II - no caso do inciso III do caput, a multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por passageiro ou tripulante conduzido pelo veículo que efetuar a operação proibida, além do perdimento da mercadoria que transportar. (*grifei)”

A legislação aduaneira também não condiciona a aplicação da pena de perdimento a que seja comprovada a intenção ou o dolo do proprietário do veículo em lesar o Fisco, deste modo, a responsabilidade pode ser tanto por dolo ou por culpa, nos termos do disposto no Código Tributário Nacional em seu artigo 136: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infração da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”

Com relação a aplicação do princípio da proporcionalidade, em cotejo do valor das mercadorias e do veículo apreendidos, novamente sem razão a agravante, isto porque a penalidade de perdimento prevista na legislação aduaneira deve ser analisada somada a outros aspectos valorativos de cada caso, notadamente à gravidade do fato, a reiteração da conduta e a boa-fé dos envolvidos.

No entanto, no caso dos autos não restou demonstrada de pronto a prova pré-constituída da boa-fé, a qual só se faz mediante dilação probatória, conforme já mencionado alhures, sendo o mandado de segurança meio inadequado para alcançar a liberação de veículo apreendido em fiscalização aduaneira, isto porque não há como ser aferido os aspectos valorativos, sendo, portanto, afastada a aplicação do referido princípio.

Desse modo, as circunstâncias que envolvem a apreensão do veículo, minuciosamente relatadas nas informações prestadas pela autoridade impetrada, dentre outros elementos desfavoráveis no contexto fático, não comprovam de pronto a boa-fé do proprietário, justificando, eventualmente, a incidência da pena de perdimento, posto que, inegavelmente, o veículo de sua propriedade foi utilizado por seu preposto para o cometimento de infração administrativa e, possivelmente, também penal (crime de descaminho), sendo que os argumentos ora trazidos não são suficientes a afastar, ao menos provisoriamente, a legalidade da respectiva apreensão, e tampouco fazer incidir o princípio da proporcionalidade a fim de que o veículo seja liberado. Nesse sentido, seguem julgados desta E. Corte Regional:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO E ANULAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. TRANSPORTE DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA SUJEITOS A PENA DE PERDIMENTO. PARTICIPAÇÃO DO PROPRIETÁRIO NA INFRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO DE PLANO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Pretende o impetrante a restituição de veículo de sua propriedade, o qual foi apreendido no momento em que estava sendo conduzido por seu filho, flagrado por autoridade policial em contexto de envolvimento no transporte ilegal de carga proveniente do exterior. 2. A pena administrativa de perdimento vem sendo admitida pela jurisprudência, em regra, como sanção legitimamente prevista no ordenamento jurídico para as hipóteses de importação de bens proibidos ou sem o pagamento dos tributos devidos. Tais condutas configuram, ao menos em tese, os crimes de contrabando ou descaminho, sendo também sancionadas no âmbito administrativo (art. 105 do Decreto-lei nº 37/66 e art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.455/76). 3. Para o caso específico de veículos, o art. 104, V, do Decreto-Lei nº 37/66, determina sua perda "quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção" (art. 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 688, V, do Decreto nº 6.759/2009 - Regulamento Aduaneiro em vigor). 4. O C. Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento no sentido de que é legal o perdimento de veículo como penalidade, nos termos do Decreto-Lei nº 37/66, nas hipóteses de prática de contrabando ou descaminho, desde que, regra geral, haja observância à proporcionalidade e à razoabilidade, de modo que exista compatibilidade entre o valor econômico das mercadorias apreendidas e o valor do bem (AgRg no REsp 1181297/PR, Rel. Ministro NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 15/08/2016). 5. A necessidade de se observar a compatibilidade entre o valor das mercadorias e o do bem apreendido não encerra regra absoluta. Isso porque eventual disparidade nesse tocante não impede a aplicação da pena de perdimento nas hipóteses em que configurada a reincidência na prática dos ilícitos aduaneiros. 6. Há suficientes elementos colhidos pela autoridade administrativa que respaldam a conclusão pelo envolvimento do veículo do impetrante, VW-FOX/PLACA AWF-0396, no ilícito aduaneiro em questão, pois estava sendo conduzido por seu filho na condição de "batedor" de caminhão que transportava a carga ilegal. A jurisprudência do C. STJ possui jurisprudência firmada pela possibilidade da aplicação de pena de perdimento sobre veículo que tenha concorrido para a prática do ilícito, inclusive de automóvel "batedor" que escolta e confere guarda ao transporte de carga ilegal realizado por outro veículo. 7. Existindo elementos que comprovam o envolvimento do veículo objeto desta demanda no ilícito, resta a análise acerca da existência de ciência e participação de seu proprietário, ora impetrante, na infração imputada a seu filho. Isso porque a penalidade de perdimento só tem aplicação quando devidamente apurada a responsabilidade do proprietário do veículo na infração perpetrada pelo motorista. A jurisprudência tem reconhecido a invalidade da aplicação da pena de perdimento sobre o veículo apreendido nos casos em que não comprovada a responsabilidade do proprietário no ilícito. Precedentes desta Turma. 8. Encontra-se evidenciada a existência de estreita relação entre o proprietário e o condutor do veículo, ligados por laços familiares de filiação e residentes na mesma cidade de Tupassí/PR. Diante desse peculiar panorama fático, entendo que o proprietário do veículo possui o ônus de trazer provas robustas para comprovar o alegado desconhecimento acerca da infração, a fim de afastar a sanção de legalidade e legitimidade do ato administrativo que impôs a pena de perdimento. Ocorre que, dos meros documentos juntados nestes autos, não é possível obter suficiente juízo de convicção no sentido de que o impetrante, de fato, desconhecia a finalidade ilícita para a qual seu veículo serviu de instrumento. 9. Inadequada a via eleita pelo impetrante para veicular sua pretensão sob essa alegação, pois o deslinde da controvérsia necessita de dilação probatória, a qual se afigura descabida na presente via mandamental. Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo invocado pelo impetrante há que ser demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída. Desse modo, não merece reparos a sentença de primeiro grau que julgou extinto o feito sem resolução do mérito por inadequação da via eleita. 10. Apelação não provida. (ApCív 5002120-88.2018.4.03.6107, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 10/06/2019.)"

"ADMINISTRATIVO - ADUANEIRO - APREENSÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA INTERNALIZADA IRREGULARMENTE - PENA PERDIMENTO DO VEÍCULO - PROVA DE PROPRIEDADE DO BEM - INSUFICIENTE E INCERTA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - SENTENÇA MANTIDA. 1. No mandado de segurança a ilegalidade ou o abuso de poder devem restar suficientemente demonstrados, de modo a permitir ao julgador a apreciação do direito reclamado na ação independente de dilação probatória. 2. A linha defensiva adotada neste writ para fundamentar o direito líquido e certo à liberação do veículo apreendido exige a avaliação da boa-fé do proprietário do bem, pressupondo, portanto, a comprovação desta qualidade. 3. A prova da propriedade do veículo não emerge, de forma iniludível, do acervo documental acostado à inicial da impetração, existindo dúvidas relevantes a este respeito. 4. Inexistindo prova documental inequívoca sobre a propriedade do veículo, não há como avaliar a alegada boa-fé do impetrante ou confirmar seu desconhecimento a respeito do uso do veículo por terceira pessoa para a prática da conduta ilícita. 5. Considerando que a solução da controvérsia posta na presente impetração envolve matéria fática, cuja comprovação demanda dilação probatória incompatível com a sumariiedade da cognição existente nesse tipo de ação, de rigor a manutenção da sentença denegatória da segurança por ausência de direito líquido e certo. 6. Recurso de apelação improvido. (ApelRemNec 0000859-77.2007.4.03.6005, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 22/06/2018.)"

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. VEÍCULO APREENDIDO. PENA DE PERDIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RETORNO DO STJ. NOVO JULGAMENTO. ENFRENTAMENTO DO PONTO OMISSO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO INFRINGENTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PROVIDAS. - Admitido o Recurso Especial Interposto pela União, foram os mesmos julgados precedentes, para anular o v. acórdão, determinando-se um novo julgamento, enfrentando-se o ponto tido por omissivo. - O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial para proteção de direito líquido e certo, ou sua ameaça, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX, CF). - O mandado de segurança possui como pressuposto constitucional de admissibilidade a comprovação prima facie do direito líquido e certo pela parte impetrante, por prova documental pré-constituída inequívoca das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante, que deve ser juntada com a petição inicial, inexistindo espaço, nessa via processual, para a dilação probatória. - Deste modo, para a demonstração do direito líquido e certo é necessário que, no momento da sua impetração, a matéria de fato e de direito alegado, bem como da pretensa ilegalidade praticada pela autoridade apontada como coatora, seja aferível de plano mediante prova literal inequívoca, revelando-se suficiente para assentar a incontestabilidade de referidos fatos. - Ante a controvérsia acerca das mercadorias que foram levadas em conta para se apurar o valor da totalidade dos bens apreendidos, bem como o valor a elas auferido a fim de se verificar a desproporção em relação ao valor do veículo em questão e, ainda, em face da possibilidade de ser afastar o princípio da proporcionalidade para aferição da pena de perdimento, devendo ser verificada a boa-fé do agente, a reiteração de conduta ilícita e a gravidade da conduta, se faz necessária dilação probatória, pelo que incabível a via do mandado de segurança. - Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento à remessa oficial e à apelação. (ApelRemNec 0007872-31.1996.4.03.6000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/04/2018.)"

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS: INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DE VEÍCULO USADO NO TRANSPORTE IRREGULAR DE MERCADORIAS IMPORTADAS. PENA DE PERDIMENTO: LEGALIDADE. BOA-FÉ DA IMPETRANTE NÃO COMPROVADA: O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É SEDE PRÓPRIA PARA PERSCURUTAR MATÉRIA DE FATO QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. O presente mandado de segurança foi impetrado certamente antes que decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/09, ainda que se considere como marco inicial a data da própria lavratura do Auto de Infração, não tendo ocorrido, portanto, a decadência para esta impetração. 2. A impetrante, proprietária do veículo apreendido com o filho dela em manobras de descaminho, alegou não ter conhecimento do uso do automóvel para o transporte de mercadorias irregulares, sendo certo que o simples empréstimo voluntário de automóvel ao seu filho, para finalidade alegada de lazer, não seria suficiente para induzir a responsabilidade dela. 3. Todavia, não há como se acreditar na boa-fé da impetrante, pois em menos de seis meses o filho dela fez QUATRO VIAGENS ao Paraguai. Ainda, como supor, com real bom senso, que a proprietária do carro ignorasse que o veículo dela fora adaptado para a prática do descaminho? Sim, pois deu-se a localização de uma bolsa, usada como "cantil de ciclistas" em maratonas, no tanque de combustível, justo para acondicionar e esconder as mercadorias ilícitas. Não dá para acreditar que a dona do carro - que se supõe use, ela também, o veículo - pudesse ignorar que justamente o tanque de combustível do carro dela fora "preparado" para ocultar a mercadoria descaminhada e contrabandeada. 4. Ademais, está-se diante de mandado de segurança que contrasta um ato lícito do Poder Público: detenção e apresamento de veículo pego em situação de flagrância de seu condutor, de prática criminosa. Logo, quem tem que demonstrar boa-fé é a interessada, e isso obviamente não se faz em sede de mandado de segurança, onde não há como revolver situação íntima e "de fato", que é a bona fide, para afastar a objetividade da prática de um ato ilícito, que inclusive deixa profundas raízes no Direito Penal. 5. Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas. (ApelRemNec 0003428-97.2011.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/10/2016.)"

Deste modo, ausentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Ireprochável, pois, a r. decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios e escorreitos fundamentos.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012802-60.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
PARTE AUTORA: CENTRAL COMERCIO E IMPORTACAO DE ROLAMENTOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOAO LUIZ FREGONAZZI - ES25508-A, VINICIUS FREGONAZZI TAVARES - ES17790-A, CLAUDIO AMARAL COSTA - ES25557-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012802-60.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
PARTE AUTORA: CENTRAL COMERCIO E IMPORTACAO DE ROLAMENTOS LTDA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOAO LUIZ FREGONAZZI - ES25508-A, VINICIUS FREGONAZZI TAVARES - ES17790-A, CLAUDIO AMARAL COSTA - ES25557-A
PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL em face de acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A embargante sustenta que o acórdão considerou prequestionados vários dispositivos legais que ela sustentou terem sido violados, porém nas razões de decidir não houve discussão sobre a tese jurídica defendida, o que impede a análise da questão pelo STJ. Aduz que o acórdão viola o art. 93, XI, da Constituição Federal e os arts. 11 e 489, II, do CPC ao identificar o "ICMS destacado" a ser excluído porque não há qualquer fundamentação a justificar a opção por esse critério. Alega, ainda, que ao acórdão é omissa quanto aos arts. 10, 490 e 492 do CPC ao identificar o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições sem que a questão tenha sido debatida pelas partes. No ponto, defende ser necessário adotar o critério base contra base, excluindo somente o imposto a recolher, conforme Solução COSIT 13/18 (ID nº 125595051).

Houve resposta (ID nº 126371675).

É o relatório.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5012802-60.2017.4.03.6100

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

PARTE AUTORA: CENTRAL COMERCIO E IMPORTACAO DE ROLAMENTOS LTDA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOAO LUIZ FREGONAZZI - ES25508-A, VINICIUS FREGONAZZI TAVARES - ES17790-A, CLAUDIO AMARAL COSTA - ES25557-A

PARTE RE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Os embargos não merecem acolhida, pois não há nenhuma omissão.

O acórdão embargado assentou que o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa, novamente destacada:

"3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS".

Nesse ponto, evocou-se a conclusão alcançada pela *Mir*. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Registre-se que a questão **está inserida no pleito**, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício a macular a decisão vergastada, tornando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "há se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vena a utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração**.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. PLENA APLICABILIDADE DO RE 574.706. ICMS ESCRITURADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001998-02.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SAARA - ANESTESIA E ANALGESIAS/S.
Advogados do(a) APELANTE: ROBERTO IUDENIEDER DE CASTRO - SP333532-A, RENAN BORGES FERREIRA - SP330545-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta por SAARA ANESTESIA E ANALGESIA S/A contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que lhe seja reconhecido o direito de excluir o PIS/COFINS de sua própria base de cálculo, e de compensar os débitos tributários. Os aclaratórios opostos pela impetrante foram rejeitados (134892088 e 134892097).

A impetrante sustenta a aplicabilidade analógica do quanto foi decidido no RE 574.706, destinada a receita das contribuições aos cofres públicos federais, e não ao faturamento empresarial (134892102).

Contrarrazões (134892106).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo prosseguimento do feito (135655101).

É o relatório.

Decido.

A incidência do PIS/COFINS na sua própria base de cálculo foi admitida desde a instituição dos tributos pelas Leis nºs 9.718/1998, 10.637/2002 e 10.833/2003; é regra expressa no ordenamento positivo nacional por força do art. 12, § 5º, do Decreto-Lei nº 1.598/1977. A constitucionalidade do "cálculo por dentro", isto é, em que um tributo tem a si mesmo na sua base de cálculo, já foi resolvida definitivamente pela Suprema Corte, no julgamento do RE 212.209/RS (Redator para o acórdão o Ministro NELSON JOBIM, julgado 23.6.1999; DJ de 14.02.2003). Na oportunidade, o plenário do STF decidiu que não há nenhuma inconstitucionalidade na inclusão do valor do tributo na base de cálculo de tributo. Cuidava-se, na espécie, do tema da inclusão do ICMS na base de cálculo do próprio ICMS – "o ICMS por dentro".

O assunto nada tem a ver com o Tema 69 do STF, que apreciou tributação diversa; o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 582.461/SP (Tema 214), com repercussão geral reconhecida, assentou a constitucionalidade da sistemática de apuração do ICMS mediante o denominado "cálculo por dentro", ao passo que Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp nº 1.144.469/PR (Tema 313), sob o rito dos recursos repetitivos, pronunciou-se pela legitimidade da incidência de tributos sobre o valor pago a título de outros tributos ou do mesmo tributo, destacando jurisprudência que reconhecera a incidência do PIS e da COFINS sobre as próprias contribuições. Trata-se de tributação direta, em que o contribuinte não é mero depositário de valores alheios que apenas "circulam".

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte: 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5027381-76.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 13/12/2019, Intimação via sistema DATA: 02/01/2020 - 3ª Turma, ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5018353-84.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 19/12/2019, Intimação via sistema DATA: 27/12/2019 - 6ª Turma, ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5010042-07.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 13/12/2019, Intimação via sistema DATA: 19/12/2019 - 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022502-56.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, Intimação via sistema DATA: 06/12/2019 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001796-07.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal MAIRAN GONCALVES MAIA JUNIOR, julgado em 07/11/2019, Intimação via sistema DATA: 11/11/2019 - 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5014800-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 19/09/2019, Intimação via sistema DATA: 25/09/2019.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo.

Intimem-se. Publique-se.

Como trânsito, dê-se baixa.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007086-51.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORTE METAL ESTRUTURAS METALICAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: LILIAN LUCIANA APARECIDA SARTORI MALDONADO - SP228109-A, SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que concedeu a segurança pleiteada por, reconhecendo-lhe o direito de excluir o ICMS destacado da base de cálculo do PIS/COFINS, e de compensar os débitos tributários, observada a prescrição quinquenal, a Taxa SELIC e os termos do art. 26-A, § 1º, da Lei 11.457/07. O juízo sujeitou sua decisão ao reexame (134056785).

A União sustenta a necessidade de suspensão do feito, a regularidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, e, sucessivamente, que o ICMS a recolher seja excluído (134056787).

Contrarrazões (134056793).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo prosseguimento do feito (135356901).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice* esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do decísum. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECÍLIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda) por meio de compensação, que deverá ser efetuada com tributos administrados pela SRF, nos termos do disposto no artigo 74 da Lei nº 9.430/1996 (redação dada pela Lei 10.637/02), observado ainda o artigo 26-A da Lei nº 11.457/2007 como condicionante para a compensação dos débitos com débitos previdenciários.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo e ao reexame necessário.

Intím-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022814-32.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CASERTA - ADMINISTRACAO DE BENS E PARTICIPACOES LTDA, PORTOPELS/A, VETLAN LTDA - COMERCIO DE PAPEL E PAPELÃO, MERCANTIL MOR LTDA, VTN EMBALAGENS - INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, EMBALAGENS MARALTD, CONTRAL - COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL LTDA - ME, OESTE COBRANCAS E SERVICOS LTDA - EPP, COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL LARARITAGUABA LTDA, LUCK TRANS CARGAS RODOVIARIAS LTDA - EPP, ROBERTO VETRANO, LUCRECIA VETRANO, ROBERTO VETRANO JUNIOR, RAQUEL VETRANO, ROBERTA VETRANO CARNELOS, ROSELI RODRIGUES, JOAO CARLOS VETRANO, ADALZINO MODESTO DE PAULA JUNIOR, JACKSON CARNELOS, ERIKA POZO ALMEIDA, RENATO FABRICIO DA SILVA, RODRIGO GUIDETTE, DIOGO ANTONIO FLORENTINO

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO BRUGNARO VERONEZI - SP326914

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022814-32.2019.4.03.0000

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

AGRAVADO: CASERTA - ADMINISTRACAO DE BENS E PARTICIPACOES LTDA, PORTOPEL S/A, VETRAN LTDA - COMERCIO DE PAPEL E PAPELAO, MERCANTIL MOR LTDA, VTN EMBALAGENS - INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, EMBALAGENS MARA LTDA, CONTRAL - COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL LTDA - ME, OESTE COBRANCAS E SERVICOS LTDA - EPP, COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL ARARITAGUABA LTDA, LUCKTRANS CARGAS RODOVIARIAS LTDA - EPP, ROBERTO VETRANO, LUCRECIA VETRANO, ROBERTO VETRANO JUNIOR, RAQUEL VETRANO, ROBERTA VETRANO CARNELOS, ROSELI RODRIGUES, JOAO CARLOS VETRANO, ADALZINO MODESTO DE PAULA JUNIOR, JACKSON CARNELOS, ERIKA POZO ALMEIDA, RENATO FABRICIO DA SILVA, RODRIGO GUIDETTE, DIOGO ANTONIO FLORENTINO

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

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO BRUGNARO VERONEZI - SP326914

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 123618409) opostos por VTN EMBALAGENS – INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e EMBALAGENS MARA LTDA em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, deu provimento ao agravo de instrumento da União Federal (ID 122759114).

Aduz a embargante que o r. acórdão padece do vício de **omissão**, pois não teria indicado os fundamentos jurídicos de seu convencimento, tampouco teria enfrentado todos os argumentos suscitados pelos agravados. Pugna, ainda, pelo prequestionamento dos dispositivos legais que indica.

Manifestação da parte contrária (ID 129335158).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022814-32.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: CASERTA - ADMINISTRACAO DE BENS E PARTICIPACOES LTDA, PORTOPEL S/A, VETRAN LTDA - COMERCIO DE PAPEL E PAPELAO, MERCANTIL MOR LTDA, VTN EMBALAGENS - INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, EMBALAGENS MARA LTDA, CONTRAL - COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL LTDA - ME, OESTE COBRANCAS E SERVICOS LTDA - EPP, COMERCIO DE RESIDUO INDUSTRIAL ARARITAGUABA LTDA, LUCKTRANS CARGAS RODOVIARIAS LTDA - EPP, ROBERTO VETRANO, LUCRECIA VETRANO, ROBERTO VETRANO JUNIOR, RAQUEL VETRANO, ROBERTA VETRANO CARNELOS, ROSELI RODRIGUES, JOAO CARLOS VETRANO, ADALZINO MODESTO DE PAULA JUNIOR, JACKSON CARNELOS, ERIKA POZO ALMEIDA, RENATO FABRICIO DA SILVA, RODRIGO GUIDETTE, DIOGO ANTONIO FLORENTINO

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

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

Advogado do(a) AGRAVADO: MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ - PR19886-A

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS EDUARDO BRUGNARO VERONEZI - SP326914

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do CPC/15 - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

Restou expressamente consignado no acórdão que o decreto de indisponibilidade dos bens das agravadas, ora embargantes, já fora ratificado nesta Corte - ainda que de modo provisório - no bojo de múltiplos agravos de instrumento interpostos por corréus, em decisão que, até o momento, se mantém higida (v.g., nº 5019279-32.2018.4.03.0000 e 5019201-38.2018.4.03.0000). Ressaltou-se que a decisão agravada foi proferida em resposta ao requerimento das corrés VTN EMBALAGENS - INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e EMBALAGENS MARA LTDA, sendo que estas já haviam deduzido anteriormente idêntico pedido de limitação do bloqueio ao bens do ativo permanente no AI nº 5019104-38.2018.4.03.0000, no qual este foi indeferido o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela recursal. Ponderou-se, por fim, que, sem motivos "novos" e ponderáveis, capazes de afastar a preclusão *pro indicato*, não pode o Magistrado de 1ª instância inovar no processo de modo a fazer tábula rasa de decisão do Tribunal que assumiu o efeito substitutivo.

As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Da mesma forma, não se prestam os aclaratórios a compelir a Turma a se debruçar sobre a enxurrada de dispositivos legais indicados no recurso, posto que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (AgRg, nos EDcl. No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015 - EDcl no AgRg no HC 302.526/SP, Rel. Ministro JOELILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJE 01/02/2017). Em outras palavras, do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

Ademais, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Enfim, diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

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

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO REJEITADO.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre no caso.

2. As razões veiculadas nestes embargos, a pretexto de sanarem suposto vício (**inexistente**) no julgado, demonstram, na verdade, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* e a mera pretensão ao reexame da matéria, o que é impróprio na via recursal dos embargos de declaração (EDcl. No REsp. 1428903/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).

3. Do órgão julgador se exige apenas que apresente fundamentação suficiente para justificar a decisão apresentada, não estando obrigado a apreciar cada um dos múltiplos argumentos deduzidos pela parte. Decisão judicial não é resposta a "questionário" (STJ, Recurso Especial Representativo da Controvérsia, REsp 1104184/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 08/03/2012).

4. É inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

5. Diante da ausência de qualquer vício na decisão vergastada, imperioso concluir pela **manifesta improcedência** deste recurso. Sim, pois "revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

6. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000071-24.2017.4.03.6135
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ORGANIZACAO LANZONI DE SUPERMERCADOS LTDA
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO, PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO CORREA DA SILVA - SP242310-A, GILBERTO RODRIGUES PORTO - SP187543-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ordinária ajuizada por ORGANIZACAO LANZONI DE SUPERMERCADOS LTDA objetivando excluir da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS o valor do ICMS, bem como repetir eventual indébito tributário.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, julgado **parcialmente procedente** a ação. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa. Sem remessa oficial (ID 135083985).

A União Federal apelou (ID 135083988). Defende, em síntese, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706 e a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição do indébito.

Contrarrazões apresentadas (ID 135083992).

Decido.

Esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator em casos como o presente.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Miraf. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à autora o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa – seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados com os créditos que apurar – possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **dou parcial provimento à apelação da União Federal**, apenas para reconhecer o direito da autora à repetição do indébito a partir das condições aqui estabelecidas.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000861-03.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KOSTAL ELETROMECANICALTDA

Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000861-03.2019.4.03.6114

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KOSTAL ELETROMECANICALTDA

Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação e ao reexame necessário.

A ementa (ID 95284804):

“TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO - REINTEGRA – PRELIMINAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO – ANTERIORIDADE.

1. Trata-se de mandado de segurança no qual se questiona a viabilidade do creditamento tributário, considerada a superveniência de legislação federal. A análise de constitucionalidade consta, apenas, da causa de pedir processual. Não se aplica a Súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal. Precedente.

2. O Colendo Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra.

3. Os Decretos nºs. 8.415/15, 8.543/15 e 9.393/18, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. Devem observar os regimes de anterioridade.

4. *Apelação e reexame necessário improvidos.*”

A apelante, ora embargante (ID 125948287), aponta omissão na análise da anterioridade anual no âmbito do REINTEGRA.

Prequestiona a matéria como finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Resposta (ID 131482588).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000861-03.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: KOSTAL ELETROMECHANICALTA
Advogados do(a) APELADO: FABIO DE ALMEIDA GARCIA - SP237078-A, CAROLINA ROBERTA ROTA - SP198134-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“No mais, a modificação do regime de creditamento é regular, desde que observadas os critérios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade anual e nonagesimal, no âmbito do Reintegra:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).

2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018).

*Os Decretos nºs. 8.415/15, 8.543/15 e 9.393/18, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. **Devem observar os regimes de anterioridade.**”*

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

“PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).”

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

“Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).”

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002872-08.2019.4.03.6113
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INDUSTRIA DE CALCADOS CORVARI LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: JOSE ROBERIO DE PAULA - SP112832-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por INDUSTRIA DE CALCADOS CORVARI LTDA – ME objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo parcialmente** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 134538208).

A União Federal apelou (ID 134538214). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Oportunizada a apresentação de contrarrazões.

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 136129037).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedendo quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirf. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Ressalto que a r. sentença reconheceu o direito de compensação apenas dos créditos gerados a partir do ajuizamento desta ação, o que deve ser mantido diante da ausência de recurso da impetrante.

Registre-se, por fim, que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Pelo exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intimem-se.

Como o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010371-04.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: PAULO CARDOSO DE QUEIROZ
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010371-04.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: PAULO CARDOSO DE QUEIROZ
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 90290855):

“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - ANUIDADES E MULTA ELEITORAL: INEXIGIBILIDADE.

1 - O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

2 - A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal. De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "há obstáculo que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos' (STF, RE 70.563 - SP, 2 Turma, Rel. Ministro Thompson Flores).

3 - As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência de multas eleitorais.

4 - Apelação improvida”.

O embargante, Conselho Regional de Corretores de Imóveis, sustenta a existência de omissões e contradições no v. Acórdão, relativas à ADI nº 4174, do Supremo Tribunal Federal e à legalidade da multa eleitoral. Requer, também, o prequestionamento da matéria.

A parte embargada não apresentou manifestação.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0010371-04.2008.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: PAULO CARDOSO DE QUEIROZ

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente:

"O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO-OBRIATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão. 2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (RE 795467 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVACKI, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014).

A orientação é seguida nesta Corte Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO FEDERAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAR E PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA. 1. A questão cinge-se em saber se os Conselhos dos Despachantes Documentalistas têm autorização legal para exercer poder de polícia, tributar e punir os profissionais despachantes. 2. Na ADI nº 1.717-6/DF, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia do caput e demais parágrafos do art. 58 da Lei nº 9.649/98, sob o argumento de que em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, não parece possível delegação, a uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais. 3. A decisão unânime de mérito do STF, em plenário (2002), julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do caput do art. 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98. 4. Da análise da Lei nº 10.602/2002 e respectivos vetos (artigo 1º, §§ 3º e 4º; artigo 3º, artigo 4º e artigo 8º), verifica-se que ficou obstada a delegação do poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício da atividade profissional de despachante documentalista, conforme decisão do STF na ADI mencionada. 5. A Lei n. 10.602/2002 conferiu aos referidos Conselhos apenas o poder de representar os profissionais junto a órgãos e entidades, sendo vedado - por ausência de previsão legal - estipular requisitos ou entraves aos pedidos de inscrição que lhes forem endereçados. Precedentes. 6. Com relação ao advento da Lei nº 12.514/2011, informado pela parte agravante como 'fato novo', há impossibilidade de análise da questão tomando-se por base o novo paradigma legal, uma vez que a novel legislação não foi objeto da decisão agravada - o que impede o conhecimento da matéria na estreita via do agravo de instrumento. 7. Agravo regimental não conhecido e agravo de instrumento não provido. (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0006812-24.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 16/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013).

A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal.

De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos'".

O texto acima, de autoria do então desembargador Rodrigues Alckmin, do TJSP, foi citado e transcrito pelo Ministro Thompson Flores, no julgamento do RE 70.563-SP, na 2ª Turma do STF.

É oportuno dizer que, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal libertou, o exercente da atividade de corretagem de imóvel, de "uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza" (Rodrigues Alckmin, supra).

Depois, a pedido do Sindicato dos Advogados do Estado de Guanabara, o Procurador-Geral da República **Moreira Alves** representou pela inconstitucionalidade integral da lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, "para evitar que os advogados sejam impedidos de proceder a alienações de bens imóveis que lhes são confiados pelos seus clientes através de inventário e ações de despejo e outras, como vem ocorrendo frequentemente, prejudicando os interesses dos próprios espólios e do público em geral".

Desta feita, na **RP 930**, o Plenário do STF declarou integralmente inconstitucional a lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis.

Nesta oportunidade, não mais como Desembargador do TJSP, mas, como Ministro do STF, lá estava Rodrigues Alckmin, cujo erudito voto condutor ainda é dotado de eficácia persuasiva naquele Colegiado, como será documentado adiante.

Alguns tópicos:

"5. Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. Observa Sampaio Dória: "A lei para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas" (Comentários à Constituição de 1946, v. IV, pág. 637). São legítimas, conseqüentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. Aliás, na Constituinte, sustentava Mário Masagão que somente esses requisitos de capacidade técnica poderiam ser exigidos por lei ordinária. E ponderava que, se se mantivesse a autorização ao legislador ordinário para estabelecer as condições de capacidade técnica unicamente, "já teremos assegurado o interesse público. Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções porque estaríamos mutilando o regime democrático de Constituição e o Estado Jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter" (v. José Duarte, "A Constituição Brasileira", de 1946, v. 3ª p. 33/34)".

(...)

8. No Brasil, a Constituição do Império, depois de assegurar a liberdade de trabalho "que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos", declarou abolidas "as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres".

(...)

9. Postos esses princípios, examine-se a lei federal nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma profissão de "corretor de imóveis", profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não se justifica regulamentada sob o critério da exigência de capacidade técnica, por dupla razão.

Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio.

Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica, para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício desta profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum pelo interesse público, de capacidade técnica. Haverá acaso, ditado pelo mesmo interesse público, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão, para que seja de mister regulamentá-la? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Como consequência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis" como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. Nada justifica, pois, em princípio, se regularmente essa profissão. Não há, na verdade, interesse coletivo algum que o imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e o regime democrático vigente repelem".

É certo que, após a derrubada integral da citada lei corporativa, foi editada, em 1978, a Lei Federal nº 6.530.

Salvo lapso de informação, a partir da pesquisa realizada no site do STF, esta Lei Federal nº 6.530/78 jamais foi levada ao Plenário da mais Alta Corte.

Há, tão-só, precedente da 2ª Turma do STF. Com fundamentação ligeira, sem caráter vinculante: AI 109272.

Este precedente da 2ª Turma do STF é anterior à vigência da Constituição de 1.988 - sem a autoridade do Plenário ou do caráter vinculante da decisão, repita-se.

Seja como for, os termos da Lei nº 6.530/78 são os mesmos, **substancialmente**, da Lei Federal nº 4.116/62, **no que concerne à disciplina da atividade sem risco social relevante e à fixação de "contribuições"**.

Registre-se que, mesmo naquela quadra, o Supremo Tribunal Federal não aceitava a reedição, de modo aberto ou dissimulado, de normas jurídicas por ele declaradas inconstitucionais.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: AGROTÓXICOS E BIOCIDAS. - CONTRARIEDADE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE DISPOSITIVOS DA LEI N. 5032, DE 15 DE ABRIL DE 1986, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE, A TÍTULO DE ALTERAÇÃO, REINTRODUZEM NORMAS DA LEI N. 4002, DE 5 DE JANEIRO DE 1984, DO MESMO ESTADO, JA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS, PELO STF, NA RP N. 1241-7-SP. - INCONSTITUCIONALIDADE, AINDA, DOS ARTIGOS QUE DISPÕEM SOBRE MATERIAS REGULADAS POR DIPLOMAS FEDERAIS E QUE SE COMPREENDEM NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO INCISO XVII, ALÍNEA 'C', 'IN FINE' E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º. DA CARTA POLITICA EM VIGOR. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rp 1348, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1988, DJ 29-04-1988 PP-09844 EMENTVOL-01499-01 PP-00021).

Sob qualquer perspectiva constitucional, os preceitos substanciais da lei de 1.978 não podem subsistir, pois, se é certo que, a partir de 1.988, nos termos do artigo inaugural da Constituição, **"a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana e IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"**, a norma jurídica que institui, na dicção do STF, **"corporação de ofício"** contra os cidadãos e as empresas não pode ser considerada recepcionada.

No Supremo Tribunal Federal, no RE 395.902-AgrR, o Ministro Celso de Mello esclareceu a questão da revogação da lei, por incompatibilidade superveniente com novo texto constitucional:

"É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional "(...) trazte hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores" (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 - RTJ 99/544 - RTJ 124/415 - RTJ 135/32 - RT 179/922 - RT 208/197 - RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 - RTJ 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 143/355 - RTJ 145/339, v.g.)."

De acordo com a Constituição - **a vigente ou a precedente** - ninguém pode ser submetido a conselho de corretores de imóveis.

A assimetria, do mencionado sistema de intervenção e controle autárquicos, com a atual Constituição, parece mais que evidente, porque o texto de 1.988 privilegia a **livre iniciativa e o desenvolvimento nacional**.

A **regra é a liberdade profissional**. Empreendedores individuais e empresas não podem ser submetidos a controles corporativos, sem justa causa, com os custos e a burocracia inerentes a tal modalidade de regulação.

Conselho caracterizado como **"corporação de ofício"**, pelo **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, não pode ter a pretensão de ver recepcionadas, pelo Texto Constitucional vigente, as suas atividades interventivas contra cidadãos e empresas.

Uma nota incidental de atualização e esclarecimento.

O voto histórico do Ministro Rodrigues Akkmin ainda hoje é paradigma. Em caso recente, o **Plenário do STF**, no **RE 511.961**, desautorizou a exigência de diploma universitário, para o exercício da profissão de jornalista.

O Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, transcreveu - como aqui - trechos significativos do texto de Rodrigues Akkmin.

Mas o que é oportuno enfatizar, como esclarecimento, é a sentença - **só aparentemente** - radical de Rodrigues Akkmin, no sentido de que até analfabetos podem realizar certas atividades.

Sua Excelência não estava a pregar nenhuma espécie de supremacia social do obscurantismo cognitivo ou sensorial. É fato que incultos podem realizar, e realizam, a corretagem de imóveis - e **milhares** de outras atividades humanas.

Rodrigues Akkmin não disse que atividade alguma deve ser privatizada para analfabetos ou letrados. O dedutível é que, ainda quando sejam os mais cultos os seus exercentes, nenhuma atividade profissional pode ser aparelhada por regulação, se não há **risco social relevante** vinculado à falta de **diplomação formal** ou à **apropriação livre de técnicas simples** de prestação de serviço.

O Ministro Gilmar Mendes jogou luz sobre este ponto:

"É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/1969. Esses cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, marketing, desenho industrial, moda e costura, educação física, entre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas. Um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área. Certamente o Poder Público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores.

Os cursos de publicidade e de cinema, por exemplo, igualmente inseridos no âmbito mais amplo da comunicação social, tal como o jornalismo, são extremamente importantes para a formação do profissional que atuará nessas áreas, mas não constituem requisito básico e indispensável para o exercício regular das profissões de publicitário e cineasta.

O mesmo raciocínio deve ser válido para músicos e artistas em geral, cujo exercício profissional deve estar sob o âmbito de proteção do direito fundamental à livre expressão da atividade artística, intelectual e de comunicação, tal como expressamente previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição.

Certamente, há, nessas hipóteses, uma esfera de livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades".

O Ministro Cezar Peluso deu colaboração analítica importante:

"O que significa essa racionalidade no caso? Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão. E que isso significa concretamente neste caso? Significa a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, sobretudo - e aqui o meu ponto de vista, Senhor Presidente - de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão.

Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade? A especificidade dessa necessidade, a meu ver, está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.

Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

O curso de jornalismo não garante a eliminação das distorções e dos danos decorrentes do mau exercício da profissão. São estes atribuídos a deficiências de caráter, a deficiências de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e, até, dependendo da hipótese, a deficiências de sentidos. Ou seja, não existe, no campo do jornalismo, nenhum risco que advenda diretamente da ignorância de conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso".

Passados tantos anos do voto fulgurante de Rodrigues Aclkin e da chancela de ampla maioria que lhe concedeu o **Plenário do Supremo Tribunal Federal, a corretagem de imóveis não ganhou foros de verdade científica, nem sequer tem postulados elementares inacessíveis aos desprovidos de titulação formal.**

Por outro ângulo, mas ainda por uma **questão constitucional**, a cobrança da dívida também é injustificável.

A modernização do Poder Judiciário vem sendo realizada através de várias iniciativas.

A Constituição submete todos os Poderes da República ao **princípio da eficiência** - artigo 37, "caput".

É regra universal de eficiência, em todo sistema de distribuição de justiça, que a movimentação da pesada e custosa máquina judiciária não pode ser feita por bagatelas.

Em harmonia com a **norma constitucional**, a aplicação do princípio da insignificância, no **plano processual**, tem definido o destino de **ações irrelevantes**, nos mais variados ramos do direito - penal, meio ambiente, improbidade e todos os demais.

PENAL -DESCAMINHO - REJEIÇÃO DE DENÚNCIA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INÉPCIA E SINGNIFICAÇÃO DO DANO - RECURSO IMPROVIDO. 1 - No Estado Democrático de Direito, a fidelidade narrativa da denúncia ao tipo penal, expressão da vinculação estrita das autoridades executivas da repressão criminal à vontade da lei, materializa a observância ao devido processo legal, garantia do cidadão e da defesa social. 2 - Dívida tributária infima não autoriza o ajuizamento de execução fiscal (STF - RE n.º 235.270-8-SP - Rel. Min. Nelson Jobim). 3 - É colorário do princípio liberal da gradação das sanções que, vetado o menos - a execução fiscal -, não se permite o mais - a ação penal. 4 - Recurso improvido.(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, RSE 0060554-81.1997.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 20/02/2001, DJU DATA:17/04/2001).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA. 1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração. 2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo. 3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais. 4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência. 5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos do chamado princípio da insignificância. 6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância. 7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião. 8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPIA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos. 9. Precedentes do STF e do TSE. 10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa). 11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como rés e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais. (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0038686-27.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 02/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2010).

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DERRAMAMENTO DE 30 LITROS DE ÓLEO NO ESTUÁRIO DO PORTO DE SANTOS - INSIGNIFICÂNCIA. 1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração. 2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo. 3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais. 4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência. 5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos do chamado princípio da insignificância. 6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância. 7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública - ou a consideração direta do meio ambiente, como valor de estatura constitucional - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do higienismo populista, ingênuo ou de ocasião. 8. Precedentes do STF, do STJ e do TSE. 9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0208502-87.1993.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2011 PÁGINA: 520).

No caso da execução forçada de dívidas fiscais, o legislador resolveu preservar o Poder Judiciário da cobrança de valores insignificantes.

É oportuno registrar que a medida legislativa foi impulsionada por juízes compromissados com a racionalidade do sistema judiciário. O Supremo Tribunal Federal passou a manter as decisões judiciais vinculadas a esta hermenêutica.

RE 378035 /SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. MOREIRA ALVES DJ DATA-05/05/2003 P - 00105 Julgamento 02/04/2003

DESPACHO : 1. É este o teor da decisão proferida em embargos infringentes: "Os embargos devem ser rejeitados. O embargante nada inovou em suas razões, trazendo à baila alegações já apreciadas na sentença. No que respeita à falta de interesse processual, a orientação da extinção da ação em causas de valor ínfimo tem amparo na doutrina pátria. Nesse sentido: A sobrecarga decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores realmente expressivos, já que as grandes e pequenas causas fiscais seguem praticamente o mesmo rito processual (Lei n.º 6.830/80). Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos e inibir a sonegação, os processos de valores irrisórios congestionam a máquina judiciária e prejudicam o andamento da execução de valores expressivos, tudo em prejuízo do interesse público (Lei de Execução Fiscal comentada e Anotada, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 307, de Manoel Álvares, Mauro Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão). A jurisprudência tem acolhido esse entendimento, a saber: "Execução, valor ínfimo, inexistente interesse processual na execução da quantia de significância mínima, a demandar despesas consideravelmente superiores ao crédito pretendido" (TRF - 1ª região, Ap. n.º 96.01.02701-7 MG, rel. Juiz Jirair Aram Menguerian, J. 25/03/96, p. 57.748). Persiste, pois, a sentença tal como lançada. Ante o exposto, rejeito os embargos, mantendo a decisão recorrida, devendo o embargante arcar com as despesas comprovadas pela parte contrária, com fundamento no disposto no art. 39 e seu parágrafo, da Lei de execução Fiscal. Ao curador nomeado, arbitro os honorários de 223,04. Com o trânsito, expeça-se a certidão." (fls. 52/53) Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho: "1. Subam os autos ao E. Tribunal Superior Federal, com as cautelas de praxe e as homenagens deste Juízo. 2. Providencie a serventia o traslado necessário." (fls. 78) 2. É evidente que, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de que não é cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário (cfe. RE 240.250). 3. De outra parte, esta Primeira Turma, ao julgar os RRE 225.564 e 217.952, decidiu que a alegação de violação ao artigo 2º da Constituição pela circunstância de a decisão recorrida haver extinto a execução fiscal pela falta de interesse do autor era alegação de ofensa indireta à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. 4. Por fim, a decisão recorrida não ventitou as demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). 5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso. Brasília, 02 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.

RE 241017 /SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE DJ DATA-12-02-99 P-00029 Julgamento 15/12/1998

DESPACHO: A sentença objeto do RE - começando com a invocação do douto Cândido Dinamarco, (Execução Civil, ed. RT, 2ª ed, v. 2/229) para quem há falta do interesse de agir, quando "a atividade preparatória de provimento custe mais em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem em vantagens que dele é lícito esperar" -, como em numerosos casos similares de Estância de Atibaia, extinguiu a execução fiscal movida pelo Município fundada em crédito tributário de valor insignificante. E aduziu: "A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traduz a utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exequente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despende cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestiona a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT, 1996). Estes fatos tornam obrigatório o reconhecimento da ausência do Interesse Público de Agir da exequente no presente processo, em face do valor da dívida. O prosseguimento da ação mostra-se antieconômico, pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado. Esta conclusão não se confunde com os institutos da anistia e remissão. Não está sendo julgada a existência do crédito tributário, nem declarada a sua extinção ou exclusão. Respeitados os prazos prescricionais, a soma de créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade." Rejeitados os embargos infringentes e expresso, no julgamento de embargos de declaração, a inexistência de contrariedade do art. 30, III, da Constituição - autonomia dos municípios para "instituir e arrecadar os tributos de sua competência" - nela insiste o Município no recurso extraordinário, fundamento a que adita o do princípio da independência e harmonia dos poderes (CF, art. 2º). O RE admitido no juízo a quo, porém, é inviável, ainda quando, com alguma liberalidade, se reputem prequestionados os temas constitucionais. Com efeito, nem a independência do Poder local, nem a autonomia do município para arrecadar os tributos de sua competência o dispensam - para valer-se a tanto da via jurisdicional - da satisfação das condições da ação, entre elas, o interesse processual de agir. A existência ou não do interesse de agir - fundamentadamente negada pela sentença recorrida - é questão de Direito Processual ordinário, cuja solução não é revisível na instância do recurso extraordinário. De resto, em casos idênticos, à mesma conclusão tem chegado diversos Ministros da Casa (v.g., RE 236.591, Moreira, DJ 23.11.98; RE 235.186, Gallotti, DJ 25.11.98; RE 236.943, Velloso, DJ 06.11.98; RE 235.242, Corrêa, DJ 20.10.98). Nego seguimento ao recurso extraordinário. Brasília, 15 de dezembro de 1998 Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Relator RE 240250 / SP - SÃO PAULO.

RE 240250 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MOREIRA ALVES Julgamento: 15/06/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ DATA-06-08-99 PP-00052 EMENT VOL-01957-20 PP-04350

EMENTA: Execução fiscal. - A única questão constitucional prequestionada, porque ventilada na decisão prolatada em embargos infringentes - as demais não o foram (stímulos 262 e 356) - é a relativa ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). É evidente, porém, que por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir não se pode pretender, por se entender que não cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 252965 / SP - SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/03/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ DATA-29-09-00 PP-00098 EMENT VOL-02006-04 PP-00793

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.

AI 388397 / RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO Julgamento 16/05/2002 Relator(a) Min. ELLEN GRACIE DJ DATA-17/06/2002 P - 00081 AGTE.: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA - 4ª REGIÃO/RJ

AGDO: GILSON ALVES CAVALHEIRO

A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base em lei processual (artigos 267, § 3º e IV e VI e 598 do CPC), por entender que o agravante não possui interesse processual para intentar execução fiscal, de acordo com as Leis 6.830/80 e 9.649/98. Sem lugar a alegação de ofensa aos artigos 37, XIX e 149, caput, da Constituição, não dando margem, portanto, ao cabimento do recurso extraordinário interposto também com base na alínea "b" do permissivo constitucional, por não alcançar nível constitucional a controvérsia posta nos autos. Veja-se o AGRAG 153310, DJ de 21.06.96, o AGRAG 255669, DJ de 16.06.00, o RE 240941, DJ de 12.02.99 e o RE 197931, DJ de 19.10.01. Nego, portanto, seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 16 de maio de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.

Durante a evolução da questão, a Lei Federal nº 10.522/02, com a nova redação da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, deu parâmetro econômico para a racionalidade no uso da máquina judiciária e inovou com a solução do arquivamento provisório.

Confira-se o seu artigo 20: "Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); § 1º - Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem limites indicados".

Salvo melhor juízo, não cabia dizer que a solução adotada para a Fazenda Nacional era inconveniente aos interesses das corporações autárquicas.

De um lado, seria interditar a cobrança relevante do crédito público nacional, porque o Poder Judiciário tem limite operacional e deve ser preservado em certas circunstâncias, e, de outro, resguardar a máquina judiciária para a cobrança de anuidades e multas corporativas irrisórias.

Menos, ainda, sustentar que a solução racional do arquivamento provisório, de interesse público, estivesse interdita à declaração de ofício, pelo Judiciário, pois o que interessava, em termos de administração de justiça e de lei processual, era a vontade caprichosa, perturbadora e disfuncional da parte.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu este entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.622 - SP (2009/0149754-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX RECORRENTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.176-79/01, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.522/02. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/04. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF. 1. A Medida Provisória nº 2.176-79/01, convertida na Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04, dispõe que os executivos fiscais pendentes, referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ter seus autos arquivados, e somente reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite estabelecido.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, sedimentou o entendimento de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) 3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 08/05/2006; AgRg nos REsp 471.107/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 25/10/2004) 2. In casu, o art. 1º da Lei 5.194/66 não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Trata-se de recurso especial interposto pela CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA CREA - SP, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos da ementa a seguir transcrita: TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INEXCESSIVO. PARÂMETROS OBJETIVOS. LEI N. 9.469/97. EXTINÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. I - Cabe ao magistrado, ao verificar a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, obstar as ações executivas fiscais de valor inexpressivo, as quais, além de sobrecarregarem o aparelhamento estatal, acarretam prejuízos ao erário, haja vista os custos da cobrança equivalerem ou superarem o valor do crédito exequendo. II - Estabelecidos os valores considerados irrisórios (art. 1º, da Lei 9.469/97), de rigor a extinção de execução fiscal fundada em dívida ativa cujo montante seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais). III - O reconhecimento da falta de interesse de agir da Exequente é medida que, em última análise, atende ao princípio da supremacia do interesse público. IV - Apelação improvida. Nas razões do especial, aduziu a recorrente que o acórdão impugnado violou os artigos 1º, da Lei 9.469/97, e 1º da Lei 5.194/66. Sustentou que o Tribunal a quo decidiu sem qualquer respaldo legal quando extinguiu o executivo fiscal sob o fundamento de ausência de interesse processual. Isto porque o preceito indicado como malferido estabelece o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Ademais, os créditos exequendos não pertencem à União, mas a uma autarquia federal, dotada de parafiscalidade, de modo que a Lei 9.469/97 não os alcançaria, sendo certo o prosseguimento da presente execução fiscal. Sem contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem. Relatados, decididos.

Preliminarmente, não merece conhecimento o recurso pela alegação de violação ao art. 1º da Lei 5.194/66, porquanto o referido dispositivo legal não restou prequestionado. No tocante ao arquivamento do processo em razão do baixo valor exequendo, merece reparo a decisão hostilizada, porquanto diverge do entendimento pacificado desta Corte Superior, cuja Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, no sentido de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

Confira-se a ementa do referido aresto:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEQUENO VALOR. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08. 1. As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04. 2. Precedentes: EREsp 669.561/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1º.08.05; EREsp 638.855/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 18.09.06; EREsp 670.580/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.10.05; REsp 940.882/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.08.08; RMS 15.372/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 05.05.08; REsp 1.087.842 Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.04.09; REsp 1.014.996/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 12.03.09; EDcl no REsp 906.443/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.03.09; REsp 952.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.03.09. 3. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. 4. Recurso especial provido. (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009) Destarte, o presente processo não comporta extinção, mas arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, devendo ser reativado se o valor do débito ultrapassar o limite legal. Ex positis, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nesta parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de março de 2010.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Com a posição do Superior Tribunal de Justiça, depois de **décadas de ineficiência, desperdício de dinheiro público, preferência, no Poder Judiciário, pela cobrança executiva das anuidades dos conselhos corporativos, em detrimento do crédito público destinado à educação, à saúde e a outros valores sociais relevantes**, os Poderes Constituídos chegaram a uma solução **razoável**.

O arquivamento provisório das execuções fiscais, de todas elas, cujos valores não alcançam o teto mínimo de R\$ 10.000,00.

Ocorreu que, logo após o Superior Tribunal de Justiça fixar a interpretação do direito federal, nos termos acima citados, os conselhos corporativos obtiveram o ressurgimento da possibilidade da cobrança executiva de créditos insignificantes, através da edição de **lei inconstitucional**, por **todos** os motivos - **alguns já declarados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

A oportunidade surgiu quando o Poder Executivo editou a **Medida Provisória 536/2011**, para o **reajustamento das bolsas concedidas aos médicos sob regime de residência**.

Durante a tramitação da Medida Provisória, o Senador Valdir Raupp e o Deputado Federal Rogério Carvalho apresentaram, respectivamente, as **Emendas 11 e 12**, para a **disciplina legal do valor das anuidades de dois conselhos**: engenharia, arquitetura e agronomia e medicina.

As duas Emendas foram **inadmitidas, liminarmente**: "**Com fundamento no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1/2002-CN, c.c. art. 125 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indefiro liminarmente as Emendas nºs 11 e 12 apresentadas à Medida Provisória nº 536/2011, por versarem sobre matéria estranha, tudo em conformidade com a decisão desta Presidência proferida à Questão de Ordem nº 478/2009. Publique-se. Oficie-se.**"

O Deputado Rogério Carvalho apresentou recurso e, o Senador Valdir Raupp, pedido de reconsideração.

Ambs com desfecho de **insucesso**.

A Comissão Mista, prevista na Constituição Federal e na Resolução 1/01, do Congresso Nacional, **nunca** foi instalada.

Na Seção Plenária Deliberativa, a Relatora da Medida Provisória, a Deputada Jandira Feghali, apresentou o seu Relatório:

"As duas últimas emendas tratam de conselhos regionais de classe.

A Emenda nº 11, de autoria do Senador Valdir Raupp refere-se aos conselhos regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia: fixa o valor das anuidades; limita os valores para o registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e para as multas devidos a tais conselhos, autorizando sua correção anual; e determina que tanto o Conselho Federal e quanto os regionais apresentem a seus registrados prestação de contas anual.

Já a Emenda 12, proposta pelo Deputado Rogério Carvalho, aborda os conselhos regionais de Medicina. Autoriza-os a cobrar e executar contribuições anuais, multas e preços por serviços relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias para cada Conselho. Fixa os valores das anuidades, retirando do Conselho Federal a competência para "fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina".

Em consonância com diretriz adotada pela Presidência da Câmara dos Deputados, as Emendas de nº 11 e 12 não foram admitidas à tramitação, por tratarem matéria alheia aos temas disciplinados pela MP 521/10.

(...)

Outro ponto que me cabe aprofundar respeita às duas emendas que tratam dos conselhos de classe. Mesmo não tendo sido acolhidas pela Mesa Diretora da Câmara, não posso ignorá-las, por se ocuparem de assunto também de alta relevância.

De fato, no período de discussão da MP fui interpelada por vários desses conselhos, para que recolocasse em pauta a discussão por elas proposta.

Propõe-se seja restabelecido, para os conselhos de fiscalização do exercício de profissões referidos nas duas emendas, o procedimento de fixação e atualização das anuidades dos entes de fiscalização do exercício de profissões que vigorou com base na Lei nº 6.994 de 26 de maio de 1982, que "dispõe sobre a fixação do valor das anuidades e taxas devidas aos órgãos fiscalizadores de exercício profissional e dá outras providências". Aquela Lei, ao impor valores máximos para as anuidades, expressos em Maior Valor de Referência - MRV, deixava aos conselhos federais a incumbência de editar os atos que fixavam em moeda nacional os valores efetivos das anuidades.

Após a extinção da MRV, os valores máximos das anuidades passaram a ter como parâmetro a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, que também veio a ser extinta anos depois. Passou-se então a adotar, para atualização dos valores máximos das anuidades devidos àquelas autarquias, a variação do IPCA. Essa sistemática deixou de ter amparo legal por força da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que revogou expressamente a referida Lei nº 6.994, de 1982.

Em face da ausência de norma legal que permitisse a atualização dos valores das anuidades dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas, o Congresso Nacional optou por outorgar delegação plena àqueles conselhos para fazê-lo, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, resultante de emenda ao texto da Medida Provisória nº 203, de 2004. Tal delegação vem, contudo, sendo reiteradamente questionada em juízo, com fulcro no descumprimento do princípio da legalidade estrita a que estão sujeitas as normas que versam sobre matéria tributária. A questão deverá ser definitivamente elucidada quando o Supremo Tribunal Federal vier a deliberar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI - 3408, referente à matéria.

A perspectiva de perda de eficácia da delegação contida na referida Lei nº 11.000, de 2004, motivou a formalização de diversos projetos de lei tendo por objeto a atualização dos valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões.

Objetivando solucionar esse vácuo legal, reintroduzo a matéria no PLV por meio dos art. 3º a 11. O teor desses artigos espelha-se nos textos das referidas leis, inclusive quanto à admissão de atualização anual futura na proporção da variação do IPCA. Estabelecem limites para os valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões neles referidos, admitindo a atualização anual daqueles valores na proporção da variação futura do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Os valores ora propostos como limites para as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização são tidos como adequados para o custeio daquelas autarquias, sem onerar excessivamente os profissionais e empresas sujeitos ao pagamento daquelas anuidades.

III CONCLUSÃO

Pelos motivos acima expostos, concluo:

I - pelo atendimento da Medida Provisória nº 536, de 2011, aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência;

II - pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da Medida Provisória nº 536, de 2011, e das emendas de nº 2, 7 e 8 a ela apresentadas, e pela inconstitucionalidade das emendas de nº 1, 4, 6, 9 e 10; 13;

III - pela adequação financeira e orçamentária da Medida Provisória nº 536, de 2011; pela não implicação com aumento da despesa ou diminuição da receita pública da União das emendas de nº 1, 6 e 9; pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária das emendas nº 2, 4, 7, 8 e 10; e

IV - no mérito, pela aprovação da Medida Provisória nº 536, de 2011, na forma do Projeto de Lei de Conversão em anexo".

Em nenhuma instância do processo parlamentar foi realizada a discussão sobre a cobrança judicial dos créditos insignificantes dos conselhos corporativos.

Em meio a tantas e tão graves violações ao processo parlamentar, no Plenário do Congresso Nacional, foram feitas as seguintes ponderações:

"O DEPUTADO SILVIO COSTA (Bloco/PTB - PE. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, entre todas as matérias estranhas que eu presenciei nesta Casa, ao longo do meu primeiro mandato e nesses 8 meses, esta é a mais estarecedora. Primeiro ponto: a Constituição da República diz que medida provisória só em assuntos extraordinários - em assuntos extraordinários! Amudade de Conselho não é assunto extraordinário. Não é. Eu estou pedindo e preparando uma CPI para os Conselhos Federais e Regionais deste País.

Quero explicar a V.Exas. como funciona um pouco isso. Existe uma tal de amudade nos Conselhos. Por exemplo, no meu Estado, o Conselho de Odontologia - e eu cito nomes do meu Estado - tem dez odontólogos que já estão há muito tempo à frente do Conselho. São 8 mil dentistas no meu Estado. Cada um paga 480 reais por mês. Desse dinheiro arrecadado, ele manda um terço para o Conselho Nacional e dois terços ficam no Estado. No Brasil existem 230 mil dentistas. Se colocarmos a 500 reais, como a Relatora está propondo aqui, são 115 milhões de reais por ano. Desses 115 milhões de reais, um terço fica no Conselho Nacional e dois terços vão para os Estados. Moral da história: nesta Casa, só lá na minha Comissão, a Comissão do Trabalho - o Deputado Eudes Xavier é o Relator, e o Deputado Augusto Coutinho já fez audiência pública - existem três projetos regulamentando essa história de amudade de Conselho. Agora, com todo o respeito à Deputada Jandira Feghali, em nome dos profissionais do Brasil, quem é dono de Conselho, quem é diretor de Conselho quer isto aqui. Mas perguntem aos profissionais se eles querem. Os profissionais querem discutir. É um absurdo colocar amudade de Conselho em medida provisória. E eu não acredito que a Oposição, que zela tanto pelo dinheiro público, faça parte deste acordo. Eu estou criticando mesmo é o conjunto da Oposição. Fazer parte deste acordo? Este é um acordo contra os profissionais do Brasil, contra os médicos, os engenheiros, os advogados, contra todo mundo. Você está beneficiando aqui grupelhos, donos de Conselho. Do mesmo jeito que existe a indústria sindical no Brasil, existe a indústria do Conselho. É um desrespeito à democracia. É um desrespeito à Constituição colocar amudade de Conselho em medida provisória, para beneficiar esse porão de Conselhos que existe no Brasil. Líder do Governo, vamos fazer um acordo aqui agora. Eu até retiro tudo o que disse. Vamos assinar a CPI dos Conselhos. Entra até a OAB no jogo. Vamos! Vamos assinar a CPI, que topamos discutir isso. Agora, não dá, não dá! Tudo tem limite! Tudo tem limite! Colocar amudade de Conselho em medida provisória? É um absurdo, Sr. Presidente, um desrespeito a esta Casa".

O Deputado RUBENS BUENO, do PPS-PR (Pela ordem. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, eu tenho um destaque apresentado, mas vou pedir a sua retirada e vou explicar por quê. Primeiro, porque nós fomos convencidos pela presença da Deputada Jandira Feghali ontem, na reunião de Líderes, comandada por V.Exa. Naquela reunião eu fui convencido da importância desta proposta apresentada. É claro que aí fica sempre um pouco da incoerência nossa - eu quero confessar de público -, porque esta é uma parte de contrabando nesta medida provisória. É isso que lamento. Eu até disse para a Deputada Jandira: vamos fazer um desafio aqui, no melhor sentido do Parlamento, para evitar isso, porque sempre vem, na última hora, dentro de uma medida provisória importante, agora de médico-residente, a questão dos Conselhos Regionais. Nós temos que definir isso, para o bem do Parlamento e do País, para termos discussão para valer, até porque sempre o Parlamento teve boas e amplas discussões. Todos nós estamos imbuídos desse propósito, mas precisamos discutir mais, Sr. Presidente. Em cima da hora, o contrabando, isso não é bom para o Parlamento, não é bom para nenhum de nós."

Sem embargo destes incidentes, a Deputada Federal Jandira Feghali apresentou, em Sessão Plenária Deliberativa, o Projeto de Lei de Conversão, com as **normas jurídicas contrárias à interpretação do direito federal afirmada no Superior Tribunal de Justiça.**

A matéria foi aprovada e integra a Lei Federal nº 12.514/11:

Art. 6º. As amudades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

(...)

Art. 7º. Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a amudades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

As normas jurídicas transcritas estão viciadas por **transgressões graves** da Constituição Federal.

Nunca foi instalada a Comissão Mista prevista na Constituição Federal - artigo 62, § 9º: "**Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional**".

A Relatora deu o parecer solitário, no Plenário, sem qualquer debate sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal **procedimento parlamentar afrontoso à democracia.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...) 4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. 5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias". Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista: tornou-se praxe a manifestação singular: "No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário: Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustentam-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÉVE, Clémerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo - atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008, p. 285) 6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998). 7. A segurança jurídica, cláusula pétra constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional. 8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc. 9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não àquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente. 11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

A técnica da modulação, no caso concreto, resulta no reconhecimento do grave vício da inconstitucionalidade, sem atribuição da consequência da nulidade do procedimento parlamentar.

Há outra inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Houve, no jargão parlamentar, "**contrabando legislativo**"; a inserção, no Projeto de Lei de Conversão, de matéria estranha ao objeto inicial da Medida Provisória.

O Supremo Tribunal Federal veta o procedimento, segundo notícia registrada em seu site:

"Legislativo não pode incluir em lei de conversão matéria estranha a MP, decide STF.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (15), que a partir de agora o Congresso Nacional não pode mais incluir, em medidas provisórias (MPs) editadas pelo Poder Executivo, emendas parlamentares que não tenham pertinência temática com a norma, o chamado "**contrabando legislativo**".

A decisão foi tomada nesta quinta-feira (15) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5127, por meio da qual a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na MP 472/2009, convertida na Lei 12.249/2010, que resultaram na extinção da profissão de técnico em contabilidade. A MP em questão tratava de temas diversos, que não guardam relação com a profissão de contador. Por maioria, o Plenário julgou improcedente a ação, mantendo a validade da norma questionada em razão do princípio da segurança jurídica. Contudo, o Tribunal decidiu cientificar o Congresso Nacional de que a prática é incompatível com a Constituição Federal!"

Paradoxo do sistema constitucional, as normas jurídicas aqui analisadas padecem de outro vício de inconstitucionalidade, mas, ainda assim, não podem ser declaradas nulas, pela técnica da modulação adotada no julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Há, ainda, um **terceiro** vício grave, de inconstitucionalidade, nas normas jurídicas aqui analisadas.

A lei derivada de projeto de conversão está sujeita ao exame dos requisitos típicos exigíveis para a edição de medida provisória.

É a posição do Supremo Tribunal Federal: "**A lei de conversão não invalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória**" (ADI 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Renovada:

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI. ACÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. (...) 2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. (...)

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (ADI 3330, Pleno).

No caso concreto, ainda que superados os graves vícios da afronta à democracia e à impertinência temática - não porque não existam, mas porque a nulidade relacionada a eles não pode ter eficácia -, o fato é que, como foi bem destacado pelos Parlamentares do Congresso Nacional, a questão não tem relevância, nem urgência.

A questão da cobrança judicial das dívidas fiscais **não** foi objeto de Emendas, sequer.

As Emendas citadas tratavam da **fixação** das anuidades corporativas, **não de sua cobrança forçada**.

As duas Emendas foram inadmitidas. Uma foi objeto de pedido de reconsideração; a outra, de recurso. **Sem** sucesso.

Por mais elástica que seja hermenêutica, a respeito da violação ao processo legislativo, não se pode admitir que **Emendas inadmitidas** surjam no Relatório do projeto de substitutivo.

Mas o pior é que, no caso concreto, a respeito do tema da cobrança forçada de anuidades corporativas, **nem** Emendas parlamentares foram apresentadas.

Não houve projeto de **conversão**. Mas **versão, lei nova**, sem nenhum debate ou controle parlamentar, democrático.

Ainda que fossem superados todos estes vícios, caberia o controle aprovado na jurisprudência plenária do STF: a cobrança judicial de dívidas corporativas irrisórias, é tema com relevância e urgência?

A resposta é negativa.

Não há urgência, parece óbvio, como destacaram os próprios Parlamentares do Congresso Nacional.

Menos, ainda, relevância.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar, em sede de Medida Cautelar (ADI 2527-9), a criação do regime de transcendência, na Justiça do Trabalho.

Dizia-se da inexistência de relevância, na medida provisória editada sobre o assunto.

A Relatora, a Ministra Ellen Gracie, prolatou o voto condutor. O essencial:

"3 - A alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal não se reveste, no caso, de plausibilidade jurídica. Esta Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente, como sedimentado no julgamento das medidas cautelares na ADIn nº 1.753/DF (Min. Sepúlveda Pertence) e na ADIn nº 1.397/DF (Min. Carlos Velloso), e na ADIn nº 162/DF (Min. Moreira Alves). Não vejo, no caso vertente, a evidência dessa improcedência; pelo contrário, se fosse emitir juízo de valor sobre o conteúdo desses requisitos, diria estar convencida de que, na hipótese, ambos estão presentes. A exposição de motivos da medida provisória impugnada, reproduzida nas informações do requerido, que, em parte, inseri em meu relatório, narra a situação caótica em que se encontra o Tribunal Superior do Trabalho. A Corte, pelo que se viu, encontra-se sobrecarregada de recursos repetitivos, para cujo atendimento se azafamam como Danaídes os seus integrantes, a esvaziar sempre os mesmos cântaros repletos das mesmas questões de direito, incalculadas vezes já decididas.

Ainda que tal situação não seja exclusiva do Tribunal Superior do Trabalho, entendo que a adoção de medidas visando a minorar os entraves a uma célere e qualificada prestação jurisdicional se mostra relevante e urgente, estando este último requisito intimamente ligado aos interesses de milhares de trabalhadores que litigam por verbas de caráter alimentar, muitas vezes essenciais à sua própria sobrevivência. Não vejo, por isso, plausibilidade na alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal".

A ementa:

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, 5º, CAPUT E II, 22, I, 24, XI, 37, 62, CAPUTE § 1º, I, B, 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. (...) 2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. (...) 6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido".

Aqui, há o oposto.

Se, no precedente do STF, o requisito da relevância foi reconhecido, porque a mudança prestigiava a "célere e qualificada prestação jurisdicional", no caso concreto, retomamos à distribuição de **milhares** de execuções fiscais **irrisórias**, a **inviabilizar a administração da justiça**.

O quadro é de avanço. Há juzados especiais. Amplos controles de constitucionalidade e legalidade, com eficácia contra terceiros. E, no caso destas execuções corporativas insignificantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inpediu o **congestionamento da máquina judiciária com bagatelas**.

Não há, pois, relevância.

A inconstitucionalidade é manifesta, também por estes defeitos.

Há, não obstante, mais um

O confessado "**contrabando legislativo**", antidemocrático, sem relevância ou urgência, é inconstitucional, ainda, pela sua motivação última: tratou-se de contornar a interpretação do direito federal realizada pelo Superior do Tribunal de Justiça, em prejuízo do sistema de administração de justiça.

Em caso similar - o da Lei Complementar nº 118/05 -, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma nova, por contrariar a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para a preservação da segurança jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal desautorizou o legislador complementar.

No caso concreto, ressalta, a mais não poder, a inconstitucionalidade das normas jurídicas. **Deseja-se o retorno ao "direito" à ineficiência do sistema de administração de justiça. O congestionamento da máquina judiciária com o irrisório, o marcado pelo signo da bagatela.**

De há muito, o próprio Supremo Tribunal Federal não abria a instância extraordinária, para a revisão de casos injustificáveis, como documentado acima.

Não há, apenas, a tentativa de contornar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Mas de fazê-lo em prejuízo **evidente** do próprio sistema de distribuição de justiça.

As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência de multas eleitorais".

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula positiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

"Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.)."

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002384-02.2019.4.03.6130
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FA-ACO ACO PARA CONSTRUCAO CIVILEIRELI
Advogado do(a) APELADO: MARCELO TOMAZ DE AQUINO - SP264552-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por FA-ACO ACO PARA CONSTRUCAO CIVILEIRELI objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo parcialmente** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 135274794).

A União Federal apelou (ID 135274801). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte. Por fim, pugna pela limitação do direito à repetição de eventual indébito.

Contrarrrazões apresentadas (ID 135274805).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 136010821).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedee que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirª. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal – inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Pelo exposto, **dou parcial provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intímem-se.

Com o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009743-26.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: INTERVALOR COBRANCA GESTAO DE CREDITO E CALL CENTER LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: RODRIGO XAVIER DE ANDRADE - SP351311-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Agravo de instrumento da impetrante contra deferimento parcial de liminar em sede de mandado de segurança proposto para garantir à empresa o direito à prorrogação do vencimento dos tributos federais e das parcelas vincendas de parcelamentos federais nos termos da Portaria MF nº 12/2012, por conta do estado de calamidade pública decorrente da pandemia COVID-19.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 130966871).

Sucedeu que no interim foi proferida **sentença** que homologou o pedido de desistência - ID 135999210.

Diante da perda do seu objeto **julgo prejudicado** o presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015.

Comunique-se.

Intímem-se.

Com o trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004105-37.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: FREUDENBERG-NOK COMPONENTES BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: OCTAVIO TEIXEIRA BRILHANTE USTRA - SP196524-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por FREUDENBERG-NOK COMPONENTES BRASIL LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que seja afastada a incidência do IRPJ/CSSL sobre valores atinentes à Taxa SELIC sobre a restituição e a compensação administrativas, e seja reconhecido o direito de compensar/restituir os indébitos tributários recolhidos sobre aqueles valores (1348000918).

A apelante assevera que o tema encontrou repercussão geral no RE 1.063.187 – tema 962. No ponto, sustenta que a incidência da Taxa SELIC representa tão somente a recomposição patrimonial do contribuinte, assumindo caráter indenizatório (134800923).

Contrarrazões (134800929).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo prosseguimento do feito (135674378).

É o relatório.

Decido.

O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSSL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indébitos, reafirmando sua natureza de **lucros cessantes** e, consequentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação (destaque):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDEBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n. 395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1138695/SC/STJ - PRIMEIRA SEÇÃO/MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES/DJe 31/05/2013)

A decisão vem sendo replicada em julgados posteriores do Tribunal Superior, como se observa das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO RECURSO REPETITIVO. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL. PRECEDENTES.

1. Insurge-se a recorrente contra acórdão que recusou a pretensão formulada no sentido de excluir da incidência do IRPJ e da CSLL os valores contabilizados ou recebidos a título de juros moratórios e correção pela Selic dos créditos tributários objeto de restituição, ressarcimento ou compensação.

2. Susta, nas razões do Recurso Especial, violação aos arts. 458, II, e 535, do CPC/1973, além de afronta arts. 43 e 97 do CTN, art. 1º da Lei 7.689/1988, art. 57 da Lei 8.981/1995, art. 16, §1º, do Decreto-lei 1.598/1977, art. 1º da Lei 9.316/1996, e art. 404, parágrafo único, do CC. Atue, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

4. Igualmente não se vislumbra violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. O acórdão hostilizado aplicou precedente do STJ firmado em recurso repetitivo que inviabiliza a pretensão da recorrente. É o quanto basta para efeito de fundamentação do decisum, sem necessidade de apreciar todos os argumentos da parte diante da obrigatoriedade do regime do art. 543-C do CPC/1973.

5. No mérito, a pretensão deduzida esbarra no julgamento do REsp 1.138.695/SC pela Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013, que expressamente consignou que os "juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais". O referido repetitivo versou igualmente sobre a inclusão da Taxa Selic na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que açambarca a impugnação recursal por inteiro.

6. A jurisprudência mais recente do STJ não discrepa: AgRg no REsp 1.523.149/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 12/5/2016; AgRg no REsp 1.553.110/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 17/3/2016; AgRg no REsp 1.515.587/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 18/5/2015.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1675619/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDEBITO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. RESP 1.138.695-SC. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. OS JUROS MORATÓRIOS OSTENTAM A NATUREZA JURÍDICA DE LUCROS CESSANTES E, POR CONSEQUINTE, SUBMETEM-SE, EM REGRA, À TRIBUTAÇÃO PELO IRPJ E PELA CSLL.

I - Em relação à alegada violação ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. II - Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.

II - Com relação ao mérito, a Primeira Seção desta Corte Superior, ao julgar o REsp 1.138.695-SC, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que os juros moratórios ostentam a natureza jurídica de lucros cessantes e, por consequente, submetem-se, em regra, à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

III - Ressaltou-se que no "julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal)" (REsp 1.138.695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013). Nesse sentido também: AgRg no REsp 1.232.325/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013; AgRg no REsp 1.271.056/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013; AgRg no REsp 1.443.654/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1196837/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

O fato de tratarem de matéria específica em nada afeta sua aplicação no caso, já que as conclusões atingidas naqueles julgados partem de uma mesma premissa geral adotada pelo STJ: os juros moratórios configuram lucros cessantes e são passíveis de tributação, salvo se vinculados a verbas que não configurem fato gerador tributário ou sejam isentas – por força de sua acessoriedade –, ou se favorecidos eles mesmos por norma de isenção.

O mesmo se diga quanto à jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSLL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indébitos, reafirmando sua natureza de lucros cessantes e, consequentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação.

2. Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 855.091-RS. Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema - até porque antes o entendimento como infraconstitucional -, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

3. Agravo interno improvido.

(AI 5000089-15.2020.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOMDI SALVO / 06.06.2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. IRPJ, CSL, PIS E COFINS. INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora e correção monetária devem sujeição à incidência do IRPJ, CSL, PIS e COFINS.

2. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e da egrégia Turma.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019019-18.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 26/11/2019)

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 557, § 1º, DO CPC/73. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DA DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

1. Em julgamento prolatado em sede de recurso repetitivo, o STJ já assentou ser de natureza remuneratória os juros incidentes na devolução de depósitos judiciais e indébitos tributários (REsp 1138695/SC), entendimento replicado em julgados posteriores (REsp 1505719/SC e AgRg nos EREsp 1463979/SC).

2. O STJ asseverou que apesar de calculados a partir da taxa SELIC, a partir da Lei 9.703/98, há distinção entre a natureza jurídica dos juros decorrentes de depósito judicial - de caráter remuneratório -, e os juros devidos em razão da repetição de indébito - estes sim moratórios. Não obstante a diferença, ambos ensejariam a incidência do imposto de renda, pois os juros de mora configuram lucros cessantes, consubstanciando verdadeiro acréscimo patrimonial e fato gerador do IR e da CSLL.

3. Somente se a verba principal for isenta ou não representar ela mesma fato gerador do imposto, não incidirá a tributação sobre os juros de mora, obedecendo à tese de que o acessório segue seu principal. No caso, as impetrantes não demonstraram que os valores obtidos caracterizam a exceção.

4. Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 338426 - 0014699-24.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2016)

Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 1.063.187 (tema 962 - Incidência do Imposto de renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária). Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema e não havendo ordem de suspensão nacional, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

Pelo exposto, com base no art. 932, IV, 'b', do CPC/15, **NEGO PROVIMENTO** ao apebo.

Comunique-se.

Intimem-se.

Como o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007751-91.2019.4.03.6102

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

APELANTE: MINERACAO DESCALVADO LIMITADA

Advogados do(a) APELANTE: ANDREWS GRACIANA DE SOUSA - RJ143805-A, ERNESTO JOHANNES TROUW - RJ121095-A, FABIO FRAGA GONCALVES - RJ117404-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por MINERAÇÃO DESCALVADO LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que seja afastada a incidência do IRPJ/CSLL sobre valores de juros de mora e correção monetária decorrentes da aplicação da Taxa SELIC nas hipóteses de restituição e de compensação de indébitos tributários (134792955).

A apelante sustenta o caráter indenizatório dos valores, decorrentes da mora administrativa. Asseverou que o STJ analisou a questão sob a ótica infraconstitucional no RESP 1.138.695, que o TRF4 já declarou a inconstitucionalidade da incidência, e que o STF afetou o tema à repercussão geral no RE 1.063.187 (134792968).

Contrarrazões (134792971).

A Procuradoria Regional da República opinou pelo regular prosseguimento do feito (135371476).

É o relatório.

Decido

O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSLL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indébitos, reafirmando sua natureza de **lucros cessantes** e, consequentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. *placórdão* Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n. 395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. **Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.**

(REsp 1138695/SC/STJ - PRIMEIRA SEÇÃO / MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES / DJe 31/05/2013)

A decisão vem sendo replicada em julgados posteriores do Tribunal Superior, como se observa das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO RECURSO REPETITIVO. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL. PRECEDENTES.

1. Insurge-se a recorrente contra acórdão que recusou a pretensão formulada no sentido de excluir da incidência do IRPJ e da CSLL os valores contabilizados ou recebidos a título de juros moratórios e correção pela Selic dos créditos tributários objeto de restituição, ressarcimento ou compensação.

2. Sustenta, nas razões do Recurso Especial, violação aos arts. 458, II, e 535, do CPC/1973, além de afronta arts. 43 e 97 do CTN, art. 1º da Lei 7.689/1988, art. 57 da Lei 8.981/1995, art. 16, §1º, do Decreto-lei 1.598/1977, art. 1º da Lei 9.316/1996, e art. 404, parágrafo único, do CC. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a reabater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

4. Igualmente não se vislumbra violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. O acórdão hostilizado aplicou precedente do STJ firmado em recurso repetitivo que inviabiliza a pretensão da recorrente. É o quanto basta para efeito de fundamentação do decisum, sem necessidade de apreciar todos os argumentos da parte diante da obrigatoriedade do regime do art. 543-C do CPC/1973.

5. No mérito, a pretensão deduzida esbarra no julgamento do REsp 1.138.695/SC pela Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013, que expressamente consignou que os "juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais". O referido repetitivo versou igualmente sobre a inclusão da Taxa Selic na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que açambarca a impugnação recursal por inteiro.

6. A jurisprudência mais recente do STJ não discrepa: AgRg no REsp 1.523.149/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 12/5/2016; AgRg no REsp 1.553.110/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 17/3/2016; AgRg no REsp 1.515.587/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 18/5/2015.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1675619/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. RESP 1.138.695-SC. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. OS JUROS MORATÓRIOS OSTENTAM A NATUREZA JURÍDICA DE LUCROS CESSANTES E, POR CONSEQUINTE, SUBMETEM-SE, EM REGRA, À TRIBUTAÇÃO PELO IRPJ E PELA CSLL.

I - Em relação à alegada violação ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. II - Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.

II - Com relação ao mérito, a Primeira Seção desta Corte Superior, ao julgar o REsp 1.138.695-SC, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que os juros moratórios ostentam a natureza jurídica de lucros cessantes e, por consequinente, submetem-se, em regra, à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

III - Ressaltou-se que no "julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal)" (REsp 1.138.695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013). Nesse sentido também: AgRg no REsp 1.232.325/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013; AgRg no REsp 1.271.056/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013; AgRg no REsp 1.443.654/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1196837/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

O fato de tratarem de matéria específica em nada afeta sua aplicação no caso, já que as conclusões atingidas naqueles julgados partem de uma mesma premissa geral adotada pelo STJ: **os juros moratórios configuram lucros cessantes e são passíveis de tributação**, salvo se vinculados a verbas que não configurem fato gerador tributário ou sejam isentas – por força de sua acessoriedade –, ou se favorecidos eles mesmos por norma de isenção.

O mesmo se diga quanto à jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSLL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indébitos, reafirmando sua natureza de lucros cessantes e, conseqüentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação.

2. Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 855.091-RS. Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema - até porque antes o entendia como infraconstitucional -, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

3. Agravo interno improvido.

(AT 5000089-15.2020.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOMDI SALVO / 06.06.2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. IRPJ, CSL, PIS E COFINS. INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora e correção monetária devem sujeição à incidência do IRPJ, CSL, PIS e COFINS.

2. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e da egrégia Turma.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5019019-18.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 26/11/2019)

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 557, § 1º, DO CPC/73. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DA DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRADO LEGAL DESPROVIDO.

1. Em julgamento prolatado em sede de recurso repetitivo, o STJ já assentou ser de natureza remuneratória os juros incidentes na devolução de depósitos judiciais e indêbitos tributários (REsp 1138695/SC), entendimento replicado em julgados posteriores (REsp 1505719/SC e AgRg nos EREsp 1463979/SC).

2. O STJ asseverou que apesar de calculados a partir da taxa SELIC, a partir da Lei 9.703/98, há distinção entre a natureza jurídica dos juros decorrentes de depósito judicial - de caráter remuneratório -, e os juros devidos em razão da repetição de indébito - estes sim moratórios. Não obstante a diferença, ambos ensejariam a incidência do imposto de renda, pois os juros de mora configuram lucros cessantes, consubstanciando verdadeiro acréscimo patrimonial e fato gerador do IR e da CSLL.

3. Somente se a verba principal for isenta ou não representar ela mesma fato gerador do imposto, não incidirá a tributação sobre os juros de mora, obedecendo à tese de que o acessório segue seu principal. No caso, as impetrantes não demonstraram que os valores obtidos caracterizam a exceção.

4. Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 338426 - 0014699-24.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 19/04/2016)

Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 1.063.187 (tema 962 - Incidência do Imposto de renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária). Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema e não havendo ordem de suspensão nacional, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

Pelo exposto, com base no art. 932, IV, 'b', do CPC/15, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002987-68.2019.4.03.6100

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

APELANTE: VIA VENETO ROUPAS LTDA, BROOKSDONNA COMERCIO DE ROUPAS LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: ISABELA CRISTINA BERGER - PR89389-A, GELSON JAIR SEVERO FILHO - PR65412-A, FABIO ANDRE MASCHIO - PR37532-A, NELSON WILIANS

FRATONI RODRIGUES - SP128341-A

Advogados do(a) APELANTE: NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES - SP128341-A, ISABELA CRISTINA BERGER - PR89389-A, GELSON JAIR SEVERO FILHO - PR65412-A, FABIO

ANDRE MASCHIO - PR37532-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta por VIA VENETO ROUPAS LTDA e BROOKSDONNA COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA contra sentença denegatória de seu pedido de segurança, feito para que seja afastada a exigibilidade do IRPJ/CSLL sobre valores de Taxa SELIC incidentes sobre indêbitos tributários, e de compensar os tributos indevidamente recolhidos (134709897).

A parte apelante sustenta que os valores não configuram acréscimo patrimonial, mas assumem caráter indenizatório (134709904).

Contrarrazões (134709907).

A Procuradoria Regional da República negou sua intervenção no feito (135769319).

É o relatório.

Decido.

O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSLL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indêbitos, reafirmando sua natureza de **lucros cessantes** e, conseqüentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação (destaquei):

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ E DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. DISCUSSÃO SOBRE A EXCLUSÃO DOS JUROS SELIC INCIDENTES QUANDO DA DEVOLUÇÃO DE VALORES EM DEPÓSITO JUDICIAL FEITO NA FORMA DA LEI N. 9.703/98 E QUANDO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 167, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.

2. Os juros incidentes na devolução dos depósitos judiciais possuem natureza remuneratória e não escapam à tributação pelo IRPJ e pela CSLL, na forma prevista no art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, e na forma do art. 8º, da Lei n. 8.541/92, como receitas financeiras por excelência. Precedentes da Primeira Turma: AgRg no Ag 1359761/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 6/9/2011; AgRg no REsp 346.703/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 02.12.02; REsp 194.989/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 29.11.99. Precedentes da Segunda Turma: REsp. n. 1.086.875 - PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. plácido Min. Castro Meira, julgado em 18.05.2012; REsp 464.570/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 29.06.2006; AgRg no REsp 769.483/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 02.06.2008; REsp 514.341/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 31.05.2007; REsp 142.031/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 12.11.01; REsp. n. 395.569/RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 29.03.06.

3. Quanto aos juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais.

4. Por ocasião do julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal). Precedente: EDcl no REsp. nº 1.089.720 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.02.2013.

5. Conhecida a lição doutrinária de que juros de mora são lucros cessantes: "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da inexecução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os lucros cessantes. O código os determina pelos juros de mora e pelas custas" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, V. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 221).

6. Recurso especial parcialmente provido. **Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.**

(REsp 1138695/SC/STJ - PRIMEIRA SEÇÃO/MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES/DJe 31/05/2013)

A decisão vem sendo replicada em julgados posteriores do Tribunal Superior, como se observa das seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO RECURSO REPETITIVO. NATUREZA DE RENDIMENTO TRIBUTÁVEL. PRECEDENTES.

1. Insurge-se a recorrente contra acórdão que recusou a pretensão formulada no sentido de excluir da incidência do IRPJ e da CSLL os valores contabilizados ou recebidos a título de juros moratórios e correção pela Selic dos créditos tributários objeto de restituição, ressarcimento ou compensação.

2. Sustenta, nas razões do Recurso Especial, violação aos arts. 458, II, e 535, do CPC/1973, além de afronta arts. 43 e 97 do CTN, art. 1º da Lei 7.689/1988, art. 57 da Lei 8.981/1995, art. 16, §1º, do Decreto-lei 1.598/1977, art. 1º da Lei 9.316/1996, e art. 404, parágrafo único, do CC. Aduz, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial.

3. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

4. Igualmente não se vislumbra violação ao art. 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o aresto impugnado se encontra devidamente fundamentado, tratando todos os pontos necessários à resolução do feito. O acórdão hostilizado aplicou precedente do STJ firmado em recurso repetitivo que inviabiliza a pretensão da recorrente. É o quanto basta para efeito de fundamentação do decisum, sem necessidade de apreciar todos os argumentos da parte diante da obrigatoriedade do regime do art. 543-C do CPC/1973.

5. No mérito, a pretensão deduzida esbarra no julgamento do REsp 1.138.695/SC pela Primeira Seção, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31/5/2013, que expressamente consignou que os "juros incidentes na repetição do indébito tributário, inobstante a constatação de se tratarem de juros moratórios, se encontram dentro da base de cálculo do IRPJ e da CSLL, dada a sua natureza de lucros cessantes, compondo o lucro operacional da empresa a teor art. 17, do Decreto-lei n. 1.598/77, em cuja redação se espelhou o art. 373, do Decreto n. 3.000/99 - RIR/99, assim como o art. 9º, §2º, do Decreto-Lei nº 1.381/74 e art. 161, IV do RIR/99, estes últimos explícitos quanto à tributação dos juros de mora em relação às empresas individuais". O referido repetitivo versou igualmente sobre a inclusão da Taxa Selic na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, o que açambarca a impugnação recursal por inteiro.

6. A jurisprudência mais recente do STJ não discrepa: AgRg no REsp 1.523.149/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/5/2016, DJe 12/5/2016; AgRg no REsp 1.553.110/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 17/3/2016; AgRg no REsp 1.515.587/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 18/5/2015.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 1675619/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, I E II DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF. RESP 1.138.695-SC. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. OS JUROS MORATÓRIOS OSTENTAM A NATUREZA JURÍDICA DE LUCROS CESSANTES E, POR CONSEQUINTE, SUBMETEM-SE, EM REGRA, À TRIBUTAÇÃO PELO IRPJ E PELA CSLL.

I - Em relação à alegada violação ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015, verifica-se que o recorrente limitou-se a afirmar, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca das questões apresentadas nos embargos de declaração, o fazendo de forma genérica, sem desenvolver argumentos para demonstrar especificamente a suposta mácula. II - Nesse panorama, a apresentação genérica de ofensa ao art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil de 2015 atrai o comando do enunciado sumular n. 284/STF, inviabilizando o conhecimento dessa parcela recursal.

II - Com relação ao mérito, a Primeira Seção desta Corte Superior, ao julgar o REsp 1.138.695-SC, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que os juros moratórios ostentam a natureza jurídica de lucros cessantes e, por conseguinte, submetem-se, em regra, à tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

III - Ressaltou-se que no "julgamento do REsp. n. 1.089.720 - RS (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10.10.2012) este Superior Tribunal de Justiça definiu, especificamente quanto aos juros de mora pagos em decorrência de sentenças judiciais, que, muito embora se tratem de verbas indenizatórias, possuem a natureza jurídica de lucros cessantes, consubstanciando-se em evidente acréscimo patrimonial previsto no art. 43, II, do CTN (acréscimo patrimonial a título de proventos de qualquer natureza), razão pela qual é legítima sua tributação pelo Imposto de Renda, salvo a existência de norma isentiva específica ou a constatação de que a verba principal a que se referem os juros é verba isenta ou fora do campo de incidência do IR (tese em que o acessório segue o principal)" (REsp 1.138.695/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013). Nesse sentido também: AgRg no REsp 1.232.325/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 03/12/2013; AgRg no REsp 1.271.056/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013; AgRg no REsp 1.443.654/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 20/06/2014.

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1196837/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

O fato de tratarem de matéria específica em nada afeta sua aplicação ao caso, já que as conclusões atingidas naqueles julgados partem de uma mesma premissa geral adotada pelo STJ: **os juros moratórios configuram lucros cessantes e são passíveis de tributação**, salvo se vinculados a verbas que não configurem fato gerador tributário ou sejam isentas – por força de sua acessoriedade –, ou se favorecidos eles mesmos por norma de isenção.

O mesmo se diga quanto à jurisprudência deste Tribunal:

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O STJ decidiu pela incidência do IRPJ/CSLL sobre os juros moratórios devidos em sede de repetição de indébitos, reafirmando sua natureza de lucros cessantes e, consequentemente, a configuração de acréscimo patrimonial a ser oferecido à tributação.

2. Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 855.091-RS. Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema - até porque antes o entendia como infraconstitucional -, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

3. Agravo interno improvido.

(AI 5000089-15.2020.4.03.0000/TRF3 – SEXTA TURMA/DES. FED. JOHNSOMDI SALVO/06.06.2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. IRPJ, CSL, PIS E COFINS. INCIDÊNCIA.

1. Os valores recebidos pelo contribuinte a título de juros de mora e correção monetária devem sujeição à incidência do IRPJ, CSL, PIS e COFINS.

2. Precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça e da egrégia Turma.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019019-18.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 22/11/2019, Intimação via sistema DATA: 26/11/2019)

AGRAVO LEGAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 557, § 1º, DO CPC/73. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IRPJ E CSLL SOBRE JUROS DE MORA DECORRENTES DA DEVOLUÇÃO DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E DE INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. NATUREZA REMUNERATÓRIA. POSIÇÃO DO STJ EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO.

1. Em julgamento prolatado em sede de recurso repetitivo, o STJ já assentou ser de natureza remuneratória os juros incidentes na devolução de depósitos judiciais e indébitos tributários (REsp 1138695/SC), entendimento replicado em julgados posteriores (REsp 1505719/SC e AgRg nos EREsp 1463979/SC).

2. O STJ asseverou que apesar de calculados a partir da taxa SELIC, a partir da Lei 9.703/98, há distinção entre a natureza jurídica dos juros decorrentes de depósito judicial - de caráter remuneratório -, e os juros devidos em razão da repetição de indébito - estes sim moratórios. Não obstante a diferença, ambos ensejariam a incidência do imposto de renda, pois os juros de mora configuram lucros cessantes, consubstanciando verdadeiro acréscimo patrimonial e fato gerador do IR e da CSLL.

3. Somente se a verba principal for isenta ou não representar ela mesma fato gerador do imposto, não incidirá a tributação sobre os juros de mora, obedecendo à tese de que o acessório segue seu principal. No caso, as impetrantes não demonstraram que os valores obtidos caracterizam a exceção.

4. Agravo legal desprovido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 338426 - 0014699-24.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 07/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2016)

Não se descarta do fato de a controvérsia estar pendente de julgamento agora no STF, reconhecida a repercussão geral no RE 1.063.187 (tema 962 - Incidência do Imposto de renda - Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) sobre a taxa Selic (juros de mora e correção monetária). Porém, ainda estando ausente manifestação da Corte sobre o tema e não havendo ordem de suspensão nacional, é mister acompanhar a jurisprudência do STJ e deste Tribunal.

Pelo exposto, com base no art. 932, IV, 'b', do CPC/15, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

Comunique-se.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0021440-12.2013.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS
Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS VAN CLEEF DE ALMEIDA SANTOS - SP273843-A
APELADO: DNIT-DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de APELAÇÃO interposta pela empresa PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS contra a **sentença que julgou improcedente o pedido de danos materiais** formulado em face do DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT), em sede de ação regressiva.

A empresa PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, nas razões de apelação, reitera que a responsabilidade objetiva do DNIT, na qualidade de pessoa jurídica de direito público da Administração indireta, se pauta no risco administrativo, que independe do elemento subjetivo na conduta do agente, bastando a caracterização do dano e do nexo causal; a presença de animais na rodovia, sem cerca e/ou sinalização denota a desídia do DNIT, que falhou no seu dever de zelar pela segurança de seus usuários; aplica-se ao caso a responsabilidade civil objetiva tipificada no Código de Defesa do Consumidor. Subsidiariamente, requer a redução da condenação em honorários sucumbências fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado, devendo ser aplicado o artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

O DNIT, nas contrarrazões, sinteticamente pugna pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

DECIDO:

A reiteração de decisões num mesmo sentido, proferidas pelas Cortes Superiores, pode ensejar o julgamento monocrático do recurso, já que – a nosso sentir – no novo Código de Processo Civil o legislador disse menos do que desejava, porquanto, o cenário apregoador de criação de meios de agilizar a jurisdição, não tinha sentido reduzir a capacidade dos Tribunais de resolver as demandas de conteúdo repetitivo e os recursos claramente improcedentes ou não, por meio de decisões unipessoais; ainda mais que, tanto agora como antes, essa decisão sujeita-se a recurso que deve necessariamente ser levado perante o órgão fracionário.

No âmbito do STJ rejeita-se a tese acerca da impossibilidade de julgamento monocrático do relator fundado em hipótese jurídica não amparada em súmula, recurso repetitivo, incidente de resolução de demanda repetitiva ou assunção de competência, louvando-se na existência de entendimento dominante sobre o tema. Até hoje, aplica-se lá a Súmula 568 de sua Corte Especial (DJe 17/03/2016). A saber: *AgInt no AgRg no AREsp 607.489/BA, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 - AgInt nos EDcl no AREsp 876.175/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018 - AgInt no AgInt no REsp 1420787/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUILMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018 - AgRg no AREsp 451.815/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018.*

Ademais, cumpre lembrar o pleno cabimento de agravo interno contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, já que a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais (*AgRg no AREsp 381.524/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018 - AgInt no AREsp 936.062/SP, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018 - AgRg no AREsp 109.790/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016*). Deveras, ...eventual mácula na deliberação unipessoal fica superada, em razão da apreciação da matéria pelo órgão colegiado na seara do agravo interno... (*AgInt no AREsp 999.384/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 30/08/2017 - REsp 1677737/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018*).

No âmbito do STF tem-se que ...a atuação monocrática, com observância das balizas estabelecidas nos arts. 21, § 1º, e 192, caput, do RISTF, não traduz violação ao Princípio da Colegialidade, especialmente na hipótese em que a decisão reproduz compreensão consolidada da Corte... (*HC 144187 AgR, Relator: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 04/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018*). Nesse mesmo sentido: *ARE 1089444 AgR, Relator: Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-111 DIVULG 05-06-2018 PUBLIC 06-06-2018*.

Na verdade, o ponto crucial da questão é sempre o de assegurar à parte acesso ao colegiado. Por essa razão o STF já validou decisão unipessoal do CNJ, desde que aberta a via recursal administrativa. Verbis: ...ainda que se aceite como legítima a decisão monocrática do relator que indefere recurso manifestamente incabível, não se pode aceitar que haja uma perpetuidade de decisões monocráticas que impeça o acesso ao órgão colegiado... (*MS 30113 AgR-segundo, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 25/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 18-06-2018 PUBLIC 19-06-2018*).

A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático – o que pode ser controlado por meio do agravo – está consoante os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (artigo 37, da CF; artigo 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF; artigo 4º do NCPC).

Além disso, é o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 que aumenta consideravelmente o espaço hermenêutico do magistrado no novo cenário processual.

Essa exegese não é absurda, na medida em que a imperfeição natural e esperável de toda a ordem jurídico-positiva pode ser superada pela ...atuação inteligente e ativa do juiz..., a quem é lícito ...ousar sem o açodamento de quem quer afrontar; inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema... (*DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29-31*).

Destarte, o caso presente permite solução monocrática.

A ocorrência do sinistro é incontroversa.

Tais fatos são comprovados pela apólice de seguro (ID 134376206 - fls. 53/56); pelo boletim de ocorrência lavrado pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal (ID 134376206 - fls. 58/62); pelo comprovante de pagamento efetuado pela empresa PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS, no valor de **RS 6.662,35**, em 24/11/2009 (ID 134376206 - fls. 78/82).

Não há indício de que o veículo estivesse em mal estado de conservação. Também não houve qualquer referência quanto à eventual inabilidade física ou mental do condutor ou que dirigia em alta velocidade. As boas condições da pista eram irrelevantes, pois ninguém reclama de defeitos na faixa de rolamento. Foi constatado pela autoridade policial que a causa do evento danoso foi a presença de animal bovino que transitava na pista Rodovia BR 174, altura do km565.

Se cabe à autarquia federal, por força de lei (Lei nº 10.233/2001), a conservação das rodovias federais, deve responder pelas consequências de colisão derivada da presença de animal solto na estrada, à vista da evidente **negligência** (omissão) do ente público no desempenho de sua tarefa. A responsabilidade objetiva do dono do animal (artigo 936 do Código Civil) não afasta a **concorrência** da responsabilidade do Poder Público na medida em que a ele cabe zelar pelas boas condições da rodovia; assim, se a rodovia destina-se ao tráfego veloz de veículos automotores, é função da Administração Pública incumbida de zelar pela estrada, adotar todas as medidas destinadas a segurança de quem trafega pela via. O Código Brasileiro de Trânsito não infirma essa conclusão.

A propósito, ao tempo em que as tarefas do atual DNIT eram atribuídas ao DNER, a responsabilidade desse órgão era afirmada no âmbito do STJ: REsp 1198534/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 20/08/2010. Aliás, se na compreensão do STJ "*cabe às concessionárias de rodovia zelar pela segurança das pistas, respondendo civilmente, de consequência, por acidentes causados aos usuários em razão da presença de animais na pista (REsp 573.260/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 09/11/2009)*" - conforme foi reafirmado no AgRg no Ag 1359459/RS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 24/02/2011 - comunito mais dose de razão não se pode afastar a responsabilidade se a rodovia encontra-se sob a administração direta do órgão rodoviário federal (DNIT).

Deveras, a presença de animais na pista de rolamento coloca em evidente risco a segurança dos usuários da rodovia, de modo que a entidade - pública (autarquia) ou privada (concessionário) - que administra a estrada deve responder à vista da evidente insuficiência no desempenho da tarefa que é própria do Poder Público concedente.

A propósito, destaco decisão do STJ que vai além da *faute du service*, afirmando que "*na hipótese de acidente de trânsito entre veículo automotor e equino que adentrou na pista, há responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, tendo em vista sua negligência em fiscalizar e sinalizar parte de rodovia federal em que, de acordo com o acórdão recorrido, há tráfego intenso de animais*" (REsp 438.831/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 237).

Esse entendimento é consentâneo com a jurisprudência atual de ambas as Turmas do STF, no sentido de que a **responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos** do poder público (ARE 842088 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015 - ARE 956285 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Ou seja: "*Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que '...somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder; objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns'. Precedentes: RE 228.977, Rel. Min. Neri da Silveira, 2ª Turma; 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma; RE 470.996-AGR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma; RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma; RE 593.525-AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma; ARE 939.966-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma" (ARE 991086 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 20-03-2018 PUBLIC 21-03-2018).*

Fica, pois, afastada qualquer tentativa do DNIT de atribuir responsabilidade pela negligência à Polícia Rodovia Federal, órgão do Ministério da Justiça, já que a esse órgão não incumbe manter a rodovia em boas condições de tráfego (o que envolve a retirada de animais, objetos e obstáculos que se antepõem aos motoristas) e sim patrulhá-la para evitar e reprimir a prática de infrações de trânsito perpetradas por humanos, além de combater a criminalidade (Decreto nº 1.655/95).

Da mesma forma, não há o menor cabimento em atribuir responsabilidade ao dono do animal, sendo ininocável o art. 936 do CC. Um animal bovino adentrou a pista de rolamento, que não possuía qualquer contenção para evitar o evento invasão de animais. Nesse contexto, o Memorando do DNIT nº 015/2014 afirma expressamente a ausência de placas de advertência sobre animais na pista de rolamento, sob o frágil argumento de que a frequência de acidentes dessa natureza no referido local é pequena (ID 134376206, fls. 175).

Portanto, a responsabilidade da autarquia é patente, porque seja lá qual for o critério de verificação que se utilize, há efetivo nexo causal entre a omissão do DNIT e a ocorrência de acidente de trânsito derivado de invasão, por animal, da pista de rolamento de rodovia federal. Cabe ao órgão - ou suas concessionárias - assegurar aos motoristas uma viagem sem perigos, e sem a presença de semovente na pista.

Assim, a autarquia deve ser condenada a ressarcir a autora do valor de R\$ 6.662,35, que não foi objetivamente contrariado pelo DNIT, devendo incidir juros de mora a partir da citação e correção monetária a partir do ajuizamento, que serão calculados conforme a Resolução 267/CJF e obedecido, no que couber, o artigo 1º-F da Lei 9.494/99.

Inverso, em desfavor do DNIT, os ônus da sucumbência.

Pelo exposto, **dou provimento à apelação.**

Havendo trânsito, à baixa.

Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009064-93.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AUTO POSTO PHOENIX LTDA - ME
Advogado do(a) APELANTE: GERALDO SOARES DE OLIVEIRA JUNIOR - SP197086-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ordinária ajuizada por AUTO POSTO PHOENIX LTDA objetivando excluir o ICMS-ST da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como repetir eventual indébito tributário.

Após regular processamento, a ação foi extinta sem análise do mérito, nos termos do art. 485, VI, do NCPC, diante da **ilegitimidade** da autora. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa (ID 135178170).

A autora apelou (ID 135178172). Defende, em síntese, sua legitimidade para compor o polo ativo desta ação e a inconstitucionalidade da incidência do ICMS-ST na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, na esteira do que decidido pelo STF no RE nº 574.706/PR.

Contrarrrazões apresentadas (ID 135178174).

Decido.

Esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator em casos como o presente.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 9.990/00, a atividade de produção e comercialização de combustíveis derivados do petróleo passou a se sujeitar ao regime monofásico de incidência do PIS/COFINS, concentrando-se a tributação na receita empresarial auferida pelas refinarias de petróleo. Os distribuidores e comerciantes varejistas de gasolina e suas correntes, óleo diesel e suas correntes, gás liquefeito de petróleo - GLP e gás natural ficaram sujeitos à **aliquota zero**, por força do disposto no art. 42 da MP nº 2.158-35/2001.

Ou seja, dada a política adotada, preferiu-se focar a incidência tributária no início da cadeia produtiva, desonerando as demais operações e seus agentes. Somente as refinarias de petróleo **passaram a titularizar a relação tributária**, desonerando-se a tributação então ocorrida nas demais operações para facilitar a fiscalização e a celeridade da arrecadação.

Apesar da proximidade da justificativa para sua adoção, o regime monofásico não se confunde com o instituto da substituição tributária. Não há antecipação ou postergação do fato gerador consequente ou precedente, mas efetiva desoneração, seja por meio de isenção ou pelo fenômeno da alíquota zero. Registre-se que, na qualidade de tributos diretos, dada a característica de seu fato gerador, o PIS/COFINS não admitiriam substituição tributária, diferentemente do que ocorre com o ICMS e o IPI, por exemplo.

Logo, tem-se que os demais agentes da cadeia produtiva não participam da relação tributária imposta no regime monofásico do PIS/COFINS, motivo pelo qual **não podem titularizar** pretensão dela derivada. O repasse do PIS/COFINS suportado pelas refinarias no preço dos combustíveis não serve para justificar a titularidade, vez que a repercussão econômica da carga de determinado tributo não basta para que determinada pessoa seja considerada sujeito passivo daquele tributo. É preciso que tenha **relação direta com o fato gerador** (assumindo a condição de contribuinte) ou que a obrigação do pagamento derive da lei (em sendo responsável), como exposto pelo art. 121 do CTN.

Inexistindo tal relação ou imposição legal, **carece a autora/apelante, na qualidade de varejista de combustíveis, de legitimidade** para discutir a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS incidente sobre a venda de combustíveis pelas refinarias, seja para discutir a inexistência, seja para fins de crédito, tomando inócua a menção ao art. 17 da Lei 11.033/04.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta E. Corte:

TRIBUNÁRIO. APELAÇÃO. PIS E COFINS. LEI Nº 9.990/2000 E 10.336/2001. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEIS. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. REGIME MONOFÁSICO. - A partir da Lei nº 9.990/2000 a sistemática de recolhimento do PIS e da COFINS instituída pela Lei nº 9.718/98 foi alterada, à vista da extinção do regime de substituição tributária 'para frente'. - De acordo com o artigo 3º da Lei nº 9.990/2000, apenas as refinarias de petróleo continuaram a ser contribuintes do PIS e da COFINS, as quais passaram a incidir à alíquota zero para as outras empresas participantes da cadeia produtiva do combustível que, embora sofram com a carga econômica em razão do seu repasse no preço do produto, não são mais sujeitos passivos nessa relação tributária. Dessa forma, o regime de recolhimento de tais exações incidentes sobre combustíveis que até então era de substituição tributária 'para frente' passou a ser, por opção do legislador, monofásico, cobrado no início da cadeia produtiva. - A Lei nº 10.336/01, que criou a contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível, define, em seu artigo 2º, o produtor, o formulador e o importador como seus contribuintes, de modo que o comerciante varejista a eles não se equipara. Ainda que assim não fosse, a legislação não prevê, como regra, o repasse do ônus tributário ao adquirente do produto, diversamente do que ocorre com o ICMS e com o IPI. Assim, do ponto de vista estritamente jurídico, é discutível sua classificação como tributo indireto, o que inviabiliza o pedido de dedução formulado nos termos do artigo 8º da referida norma. - Apelo desprovido. (Ap 0005266-51.2002.4.03.6119 / TRF3 – QUARTA TURMA / JUIZ FED. CONV. SIDMAR MARTINS / e-DJF3 Judicial 10.03.2017)

TRIBUNÁRIO. CREDITAMENTO. COFINS. LEI 9.718/98. COMERCIANTE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS E DE CARGAS. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A COMPENSAÇÃO DA COFINS INCIDENTE SOBRE AS RECEITAS PROVENIENTES DA VENDA DE COMBUSTÍVEIS, A PARTIR DA LEI 9.990/00. REGIME MONOFÁSICO. - Trata-se de discussão a respeito da possibilidade de crédito, pela impetrante, do PIS e da COFINS, na forma prevista no artigo 4º da Lei nº 9.718, de 1998, em sua redação original. - O artigo 4º da Lei nº 9.718, de 1998, instituiu o regime de substituição tributária para frente nas operações com combustíveis e derivados de petróleo, atribuindo às refinarias a obrigação de cobrar e recolher o PIS e a COFINS devidas pelos distribuidores e comerciantes varejistas de combustíveis. - A Medida Provisória nº 1.991-15, de 2000, alterou a redação do referido dispositivo, atribuindo somente às refinarias de petróleo a responsabilidade pelo recolhimento das referidas contribuições. Seguiram-se, ainda, as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 1.991-18, de 2000, Lei nº 9.990, 2000 e, finalmente, Lei nº 10.865, de 2004. - A Medida Provisória nº 1.991-15, de 2000, caracterizou-se a extinção do regime de substituição tributária, anteriormente previsto, pois que instituiu o regime de tributação monofásica do PIS e da COFINS, atribuindo-se unicamente aos produtores e importadores de petróleo e seus derivados a obrigação pelo recolhimento do tributo. - A impetrante está constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto o transporte rodoviário de passageiros e de cargas, mostra-se de rigor o reconhecimento da sua ilegitimidade ativa. Precedente do E. STJ e desta C. Corte. - Apelação improvida. (Ap 0001155-29.2004.4.03.6127 / TRF3 – SEXTA TURMA / JUIZA FED. CONV. LEILA PAIVA / e-DJF3 Judicial 10.03.2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUNÁRIO. AGRAVO DO ART. 557, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO. REGIME MONOFÁSICO. LEI Nº 9.990/00. RECOLHIMENTO SOMENTE PELAS REFINARIAS. CONSUMIDOR FINAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. COMPATIBILIDADE DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. I. A teor do artigo 557, caput, do CPC, o relator, procedendo ao cotejo da decisão recorrida com Súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal respectivo ou de Tribunal Superior, negará seguimento ao recurso manifestamente improcedente, inadmissível ou prejudicado. II. O agravo do art. 557, §1º, do CPC deve se ater à incompatibilidade da jurisprudência dominante para a hipótese e não a discussão do mérito. Precedentes do C. STJ e da Quarta Turma desta Eg. Corte. III. Agravo desprovido. (Ap 0011185-58.2005.4.03.6105 / TRF3 – QUARTA TURMA / DES. FED. ALDA BASTO / e-DJF3 Judicial 12.02.2015)

Destarte, a r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, por suas próprias razões e fundamentos, porquanto em consonância com jurisprudência dominante.

Cumpra-se, por fim, que no regime do CPC/15 há incidência de condenação em verba honorária na fase recursal, de ofício ou a requerimento do adverso (art. 85, § 1º, *fine*, combinado com o § 11), o que pode se dar cumulativamente com o que ocorreu na fase de cognição (cf. Nelson Nery e Rosa Nery, Comentários ao CPC/15, ed. RT, 2ª tiragem, pág. 433). No sentido da aplicabilidade de honorária em sede recursal já decidiu o Plenário do STF no RE 559782 AgR-EDv-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017. Isso já vinha ocorrendo no âmbito das Turmas, como se vê de RE 955845 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016) e ARE 963464 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 18-04-2017 PUBLIC 19-04-2017.

Bem por isso, na espécie, condeno a apelante ao pagamento de honorários recursais em favor da parte adversa, acrescendo-se **dois pontos percentuais** à verba fixada em primeiro grau, valor que se mostra adequado e suficiente para remunerar de forma digna o trabalho despendido pelos patronos da parte adversa em sede recursal.

Ante o exposto, com fulcro no que dispõe o art. 932 do CPC/15, **nego provimento ao apelo**, com condenação da apelante em honorários recursais.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002738-54.2014.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: P. S. C.

Advogado do(a) APELANTE: PAULO CESAR TAVELLANA VEGA - SP259251-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

ATO ORDINATÓRIO

Ficam intimadas as partes acerca do despacho/decisão (ID 136331843), como seguinte dispositivo:

"Pelo exposto, dou **parcial provimento** à apelação, apenas para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Havendo trânsito, à baixa.

Intimem-se."

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018109-54.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: PLASCAR INDUSTRIA DE COMPONENTES PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOAO CARLOS DE LIMA JUNIOR - SP142452-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Agravo de instrumento interposto por PLASCAR INDUSTRIA DE COMPONENTES PLASTICOS LTDA contra decisão que **indeferiu a medida liminar** requerida em mandado de segurança para autorizar a impetrante "a compensação de créditos tributários, reconhecidos no processo judicial 0007900-81.2010.403.6105 e habilitados administrativamente, com débitos consolidados em parcelamentos fiscais perante a RFB e PGFN, já formalizados ou que venham a ser celebrados, afastando vedações do art. 74, § 3º, inc. III e IV e §§ 12 e 13 da lei 9.430/96".

Em sua minuta a empresa tece considerações fáticas e jurídicas e, buscando reverter o indeferimento, pede antecipação de tutela para obter a medida liminar pleiteada no *mandamus*.

DECIDO.

O pedido da impetrante – pronta decisão, em liminar de mandado de segurança – que autorize a “compensação do crédito sem as vedações impostas pelos § 3º, III e IV e §§ 12 e 13 da Lei 9.430/96”, esbarra na jurisprudência e na legislação vigentes.

De imediato recorde que “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.” (STJ, **Súmula 212**, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 23/05/2005, p. 371, DJ 02/10/1998, p. 250), diante do notório caráter satisfativo da pretensão. Nesse sentido: AgRg no REsp 1478591/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015 - AgRg no REsp 1276592/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 17/10/2011.

Aliás, tem-se que “A concessão de medida liminar em mandado de segurança pressupõe a ineficácia da medida, caso seja deferida ao final. Além disso, a impetrante não demonstrou urgência na publicação das informações buscadas. (...) A medida liminar, ademais, se mostra satisfativa, isto é, esvazia o próprio objeto do *mandamus*. (...) Agravo regimental provido, para indeferir a liminar” (MS 28.177 MC-AgR, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-03 PP-00429).

Tradicionalmente a jurisprudência entende que quando o pleito do impetrante confunde-se com o próprio mérito do *mandamus*, assumindo natureza satisfativa, é inviável o acolhimento do pedido (AgRg no MS 16.075/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 04/05/2011 - AgRg no MS 14.058/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 02/03/2011).

Deveras, esse entendimento jurisprudencial acha-se conforme o próprio texto da lei, já que o § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 diz que “*não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação*”.

Ainda, na especialidade deste caso, há norma impeditiva de ordem judicial que compila a autoridade fazendária a realizar pronto pagamento ou afastar limitações à compensação; trata-se do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009 que veda liminar que determine a compensação tributária ou pagamento de qualquer natureza.

Destarte, é a lei que toma **impossível** a concessão da liminar rogada em 1ª instância.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019). Aliás, “No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339), o Supremo Tribunal Federal assentou que o inciso IX do art. 93 da CF/1988 exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas” (RE 883.399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018). Achando-se a decisão em desconformidade com a lei vigente e com a jurisprudência consolidada, esta Turma entende possível a decisão monocrática.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Comunique-se.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024346-04.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: OXITENO S A INDUSTRIA E COMERCIO
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024346-04.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: OXITENO S A INDUSTRIA E COMERCIO
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu provimento à apelação, em parte.

A ementa (fl. 91, ID 108051992):

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - REINTEGRA - REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO - ANTERIORIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra.
2. Os Decretos nº. 8.415/15 e 8.543/15, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. Devem observar os regimes de anterioridade.
3. Apelação provida em parte.”

A embargante OXITENO (fls. 94/101, ID 108051992) aponta omissão na ementa.

Aduz que, apesar de constar no voto que os Decretos nº. 8.415/15 e 8.543/15 devem observar a anterioridade anual e nonagesimal, na ementa constou “Devem observar as anterioridades”.

Prequestiona a matéria, com finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Nos embargos de declaração (fls. 106/117, ID 108051992), a UNIÃO aponta omissão na análise dos artigos 97, 103-A e 195, §6º da Constituição Federal, e 21 e 22, da Lei Federal nº 13.043/2014.

Argumenta com a inaplicabilidade do princípio da anterioridade anual e nonagesimal no âmbito do REINTEGRA. Aponta, ainda, violação à cláusula de reserva de plenário.

Respostas (fls. 104/105 e 119/135, ID 108051992).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0024346-04.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: OXITENO S A INDUSTRIA E COMERCIO
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO VEIGA FREIRE E FREIRE - SP340646-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“Trata-se de mandado de segurança em que se objetiva afastar as reduções de creditamento, no âmbito do REINTEGRA, estabelecidas pelos Decretos nº. 8.415/15 e 8.543/15.

A r. sentença julgou o pedido inicial improcedente.

O senhor Relator negou provimento à apelação da impetrante.

Pedi vista dos autos para melhor analisar o tema.

A modificação do regime de creditamento é regular, desde que observadas os critérios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade anual e nonagesimal, no âmbito do Reintegra:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).

2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).

REINTEGRA - DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 - BENEFÍCIO - REDUÇÃO DO PERCENTUAL - ANTERIORIDADE - PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018).

No caso concreto, a impetrante impugna as reduções de percentual de creditamento realizadas pelos Decretos nº. 8.415/15 (publicado em 25 de fevereiro de 2015) e 8.543/15 (publicado em 21 de outubro de 2015).

Os Decretos, ao reduzirem o percentual de creditamento, promoveram aumento tributário indireto. Devem observar a anterioridade.

Não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/2009).

Por tais fundamentos, divirjo do Relator e dou parcial provimento à apelação, para determinar a observância da anterioridade.

É o voto.”

Não há, portanto, qualquer vício na decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007111-82.2019.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
PARTE AUTORA: COMERCIAL NACIONAL DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MARCOS VINICIUS FERREIRA - SP302663-A
PARTE RE: AGENCIA NACIONAL DE VIGILANCIA SANITARIA - ANVISA

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Remessa oficial determinada pelo Juízo a quo em razão da sentença que **concedeu parcialmente a segurança** para “reconhecer o direito da impetrante à análise conclusiva do pedido de reconsideração apresentado pela impetrante em relação à Licença de Importação nº 19/2373362-6”.

DECIDO:

Sentença correta porque considerou a incongruência entre o prazo de 90 dias dado pela ANVISA para análise do pedido de reconsideração apresentado pela impetrante (COMERCIAL NACIONAL DE PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.) em relação à retenção de produtos hospitalares importados; e o prazo de 30 dias estabelecido pela própria agência reguladora para as providências por parte do importador para o rechaço das mercadorias retidas, o que, sem sombra de dúvidas, inviabiliza o direito da impetrante à ampla defesa e contraditório.

Nego provimento ao reexame necessário.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002644-88.2018.4.03.6106

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

APELANTE: HEANLU INDUSTRIA DE CONFECÇÕES LIMITADA

Advogados do(a) APELANTE: CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A, BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A

APELADO: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, DIRETOR DO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA, SERVIÇO DE APOIO AS MICRO E PEQ EMPRESAS DE SÃO PAULO

Advogado do(a) APELADO: CRISTIANO VALENTE FERNANDES BUSTO - SP211043-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação interposta de sentença denegatória em mandado de segurança, impetrada para afastar a exigibilidade das contribuições ao SEBRAE, INCRA e salário-educação, incidentes sobre a folha de salários (base de cálculo). Preliminarmente, a teor do disposto no artigo 1.009, §1º, e c/c artigo 1.013, §1º, ambos do Código de Processo Civil, alega a nulidade da r. sentença para determinar a inclusão das entidades terceiras do INCRA, FNDE e SEBRAE no pólo passivo da demanda, determinando-se, por conseguinte, o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de privilegiar a contraditório e a ampla defesa das entidades. Recurso respondido. O MPF opinou pelo prosseguimento.

DECIDO.

Em sede preliminar, vinha decidindo pela legitimidade passiva das entidades receptoras dos recursos provenientes das contribuições em tela, tomando por base jurisprudência do STJ no mesmo sentido (AgInt no REsp 1619954/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 04/05/2017).

Nada obstante, em recente julgamento, a Primeira Seção do STJ resolveu divergência tomando por tese posição oposta, reconhecendo que o interesse das altudias entidades é meramente econômico, cumprindo privativamente à União Federal, por meio de sua Secretaria da Receita Federal, fiscalizar e apurar o recolhimento tributário (art. 149 da CF e Lei 11.457/07). Segue o julgado:

PROCESSUAL CIVIL, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. DESTINAÇÃO DO PRODUTO. SUBVENÇÃO ECONÔMICA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. LITISCONSÓRCIO. INEXISTÊNCIA. 1. O ente federado detentor da competência tributária e aquele a quem é atribuído o produto da arrecadação de tributo, bem como as autarquias e entidades às quais foram delegadas a capacidade tributária ativa, têm, em princípio, legitimidade passiva ad causam para as ações declaratórias e/ou condenatórias referentes à relação jurídico-tributária. 2. Na capacidade tributária ativa, há arrecadação do próprio tributo, o qual ingressa, nessa qualidade, no caixa da pessoa jurídica. 3. Arrecadado o tributo e, posteriormente, destinado seu produto a um terceiro, há espécie de subvenção. 4. A constatação efetiva da legitimidade passiva deve ser aferida caso a caso, conforme a causa de pedir e o contexto normativo em que se apoia a relação de direito material invocada na ação pela parte autora. 5. Hipótese em que não se verifica a legitimidade dos serviços sociais autônomos para constarem no pólo passivo de ações judiciais em que são partes o contribuinte e o/a INSS/União Federal e nas quais se discutem a relação jurídico-tributária e a repetição de indébito, porquanto aqueles (os serviços sociais) são meros destinatários de subvenção econômica. 6. Embargos de divergência providos para declarar a ilegitimidade passiva ad causam do SEBRAE e da APEX e, por decorrência do efeito expansivo, da ABDI.

(STJ, embargos de divergência em REsp n. 1.619.954/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Gurgel de Faria, vu, j. 10/4/2019)

A decisão ressoou nas Turmas julgadoras do STJ:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O SALÁRIO-EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE DO FNDE. PRODUTOR RURAL. PESSOA FÍSICA COM REGISTRO NO CNPJ. EQUIPARAÇÃO À EMPRESA.

*I - O feito decorre de ação ajuizada para obter a restituição da contribuição do salário-educação cobrado de produtor rural, pessoa física, com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, como contribuinte individual. II - A contribuição do salário-educação é devida pelo produtor rural, pessoa física, que possui registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ, ainda que contribuinte individual, pois somente o produtor rural que não está cadastrado no CNPJ está desobrigado da incidência da referida exação. Precedentes: AgInt no AREsp n. 821.906/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 4/2/2019; AgInt no REsp n. 1.719.395/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27/11/2018. III - O Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que o Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação (FNDE) deve integrar a lide que tem como objeto a contribuição ao salário-educação, conforme decidido nos REsp n. 1.658.038/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 30/6/2017 e AgInt no REsp n. 1.629.301/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13/3/2017. Entretanto, em recente julgamento, no EREsp n. 1.619.954/SC, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça declarou a **ilegitimidade passiva do SEBRAE**, da APEX e da ABDI, nas ações nas quais se questionam as contribuições sociais a eles destinadas. Tal entendimento foi fundamentado na constatação de que a legitimidade passiva em tais demandas está vinculada à capacidade tributária ativa. Assim, sendo as entidades referidas meras destinatárias da referida contribuição, são ilegítimas para figurar no pólo passivo ao lado da União. O mesmo raciocínio se aplica na hipótese dos autos, apontando a **ilegitimidade passiva** do FNDE, porquanto a arrecadação da denominada contribuição salário-educação tem sua destinação para a autarquia, com os valores, entretanto, sendo recolhidos pela União, por meio da Secretaria da Receita Federal. IV - Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Recurso Especial do FNDE provido para declarar sua **ilegitimidade passiva**.*

(REsp 1743901 / SP / STJ – SEGUNDA TURMA / MIN. FRANCISCO FALCÃO / DJe 03/06/2019)

Por conseguinte, reconhece-se, a ilegitimidade passiva das entidades FNDE, INCRA e SEBRAE.

No mérito:

1 – INTRODUÇÃO:

As contribuições ora questionadas encontram fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal. A EC nº 33/2001 não alterou o caput do art. 149, apenas incluiu regras adicionais, entre as quais a possibilidade de estabelecer alíquotas ad valorem ou específicas sobre as bases alieneadas de forma não taxativa. O uso do vocábulo “poderão” no inciso III, faculta ao legislador a utilização da alíquota ad valorem, com base no faturamento, na receita bruta, no valor da operação, ou no valor aduaneiro em caso de importação. No entanto, trata-se de uma faculdade, o rol é apenas *exemplificativo*, não existe o sentido restritivo alegado pela impetrante.

Quanto a esse entendimento, confira-se: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5005812-53.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 09/03/2020, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020). Nesse mesmo sentido: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5008840-29.2017.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 09/03/2020, Intimação via sistema DATA: 17/03/2020 - 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5001320-31.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 21/02/2020, Intimação via sistema DATA: 02/03/2020 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000866-78.2017.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/05/2019 - 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000171-90.2018.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 25/10/2018, Intimação via sistema DATA: 12/12/2018

2 – SEBRAE:

É certo que o **Tema 325** (*subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001*) aguarda julgamento no STF, mas deve-se convir que esta contribuição já foi declarada constitucional - várias vezes - pelo Supremo Tribunal Federal quando já estava em vigor referida Emenda (por exemplo, no RE 396.266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004; ainda, no recente RE 886.789/ED, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 18-09-2018 PUBLIC 19-09-2018 -) A propósito, a contribuição ao SEBRAE foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando já estava em vigor referida Emenda (STF, RE 396266, Relator Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2003, DJ 27-02-2004).

Importa sempre considerar que o STF proclamou a constitucionalidade das contribuições ao sistema “S” como um todo, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 33 (AI 610247 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013 -- RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-098 DIVULG 23-05-2013 PUBLIC 24-05-2013).

3 – SALÁRIO-EDUCAÇÃO:

Quanto ao chamado salário-educação recolhido em favor do FNDE, essa contribuição tem matriz constitucional própria (art. 212, § 5º, CF), de forma que a superveniência da Emenda Constitucional nº 33/01 em nada alterou sua exigibilidade, já amplamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula 732: “É constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/96”.

Nesse sentido: “O plenário do Supremo Tribunal Federal em sessão de 17/10/2001, por maioria de votos - vencido apenas o Min. Marco Aurélio - concluiu o julgamento do RE nº 290.079/SC onde reconheceu a inexistência de incompatibilidade do salário - educação tanto com a EC nº 1/69, quanto com a atual Magna Carta; considerou ainda válida a alíquota prevista no DL 1.422/75, e ainda que a circunstância de a Carta atual fazer remissão no § 5º do art. 212 ao instituto jurídico do salário - educação já existente na ordem jurídica anterior, deve ser compreendida no sentido da recepção da contribuição na forma em que se encontrava, aproveitando-se tudo aquilo que fosse compatível com sua nova natureza tributária” (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS - APELAÇÃO CÍVEL - 368298 - 0001990- 46.2016.4.03.6143, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 20/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/07/2017)

4 – INCRA:

A **Tese 495** (repercussão geral: *referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001*) aguarda julgamento sem que haja ordem de suspensão dos processos, razão pela qual descabe ordenar a suspensão deste feito.

De início impende destacar que a contribuição INCRA enquadra-se na espécie ‘contribuição de intervenção no domínio econômico’ prevista no art. 149 da Constituição Federal; tem suporte na defesa dos princípios que regulam a ordem econômica (art. 170 da CF) - como a função social da propriedade - de sorte que o INCRA, exercendo função ligada à reforma agrária, busca promover justiça social, progresso e bem-estar do trabalhador rural, atuando no campo da intervenção no domínio econômico.

No STJ acha-se pacificado que a contribuição INCRA permanece hígida, não foi extinta pela Lei 7.787/89 e tampouco pela Lei 8.213/91 (REsp nº 977.058/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22/10/2008, em processo representativo da controvérsia). A propósito, é nesse sentido a edição da Súmula nº 516 do C. STJ, aprovada em 25.02.2015.

Com relação a **referibilidade**, tem-se que o pretenso requisito não é exigido nas contribuições de intervenção no domínio econômico, que têm como fundamento finalístico e não arrecadatório, o qual se consubstancia na promoção do equilíbrio econômico, reduzindo as desigualdades sociais. Por isso que não é possível que a contribuição de intervenção seja cobrada apenas do setor envolvido, mas sim de toda a sociedade que é beneficiada pela construção de uma sociedade mais igualitária. Nesse sentido: RE 635682, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-ogS DIVULG 23 05-2013 PUBLIC 24-05-2013.

Em razão disso **não é exigida uma relação direta** entre o segmento econômico tributado e o beneficiado.

Recentemente a constitucionalidade dessa contribuição foi destacada no **RE 886.789/ED**, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 18-09-2018 PUBLIC 19-09-2018.

5 – GENERALIDADE:

Ainda de acordo com o artigo 149 da Constituição já multicitado, as contribuições que integram o denominado Sistema S (SENAI e SESI), bem como aquela destinada ao INCRA, são de interesse das categorias profissionais ou econômicas e utilizadas como instrumento de atuação em suas respectivas áreas, para o desenvolvimento de atividades de amparo aos trabalhadores, com natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico. Relativamente à Emenda Constitucional n.º 33/01, cumpre esclarecer que a alteração promovida no artigo 149, §2º, inciso III, alínea a, da CF, ao dispor sobre a alíquota ad valorem com base no faturamento, receita bruta ou valor da operação não restringiu as bases econômicas sobre as quais pode incidir; razão pela qual não há proibição de que a lei adote outras (TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000035-53.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal ANDRE NABARRETE NETO, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 02/12/2019).

6 – CONCLUSÃO:

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, **NEGO PROVIMENTO** à apelação.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016862-42.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DENNIS DRIEL COACHING E SERVICOS DE MARKETING EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUCIANO DE OLIVEIRA E SILVA - SP238676-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DENNIS DRIEL COACHING E SERVICOS DE MARKETING EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUCIANO DE OLIVEIRA E SILVA - SP238676-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123756274).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5016862-42.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DENNIS DRIEL COACHING E SERVICOS DE MARKETING EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUCIANO DE OLIVEIRA E SILVA - SP238676-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018054-06.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: M D I CONFECCOES LTDA - EIRELI - ME, MARIA ELVIRA DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Determino a intimação da agravada, para o eventual oferecimento de resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004323-80.2019.4.03.6109

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MANUTROL INDUSTRIA E COMERCIO DE ARTEFATOS DE BORRACHA EIRELI - ME

Advogados do(a) APELADO: JUSCELINO VIEIRA DA SILVA - SP252323-A, DANILO RAFAEL PEREIRA DA SILVA - SP283162-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MANUTROL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ARTEFATOS DE BORRACHA EIRELI-ME LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 134801032).

A União Federal apelou (ID 134801039). Defende, em síntese, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706 e a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS.

Contrarrazões apresentadas (ID 134801047).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 135462578).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedee que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirí. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surdiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram a base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinquenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016).

Registre-se que a compensação dos créditos tributários administrados pela antiga Secretaria da Receita Federal - hoje RFB - com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/91) deverá observar o quanto estabelecido pelo **art. 26-A da Lei nº 11.457/07** (norma vigente nesta data e que deve ser levada em conta por se tratar de direito superveniente).

Ressalto, por fim, que a repetição direta a ser feita pela RFB contraria o sistema de precatórios. Não há óbice, todavia, a que a empresa - seja por opção, seja porque poderá não haver débitos próprios a serem compensados como créditos que apurar - possa se valer da regra do art. 100 da CF, desde que seja observada a via ordinária e o art. 165 do CTN.

Pelo exposto, **nego provimento** à apelação da União Federal e **dou parcial provimento** à remessa necessária, apenas para conformar o direito de repetição de eventual indébito à legislação de regência.

Intimem-se.

Como o trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005464-83.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KRISOLL RESINAS PLASTICAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por KRISOLL RESINAS PLASTICAS LTDA objetivando a exclusão do ICMS das bases de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, bem como o reconhecimento do seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a este título.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do NCPC, **concedendo** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem condenação em honorários advocatícios. Decisão sujeita à remessa necessária (ID 133120468 e 133120488).

A União Federal apelou (ID 133120478 e 133120493). Defende, preliminarmente, a necessidade de suspensão do feito até o julgamento dos aclaratórios opostos nos autos do RE nº 574.706. No mérito, sustenta a constitucionalidade da inclusão do imposto estadual na base de cálculo do PIS/COFINS ou a exclusão apenas do valor efetivamente recolhido pelo contribuinte.

Contrarrazões apresentadas (ID 133120499).

Parecer ministerial prosseguimento do feito (ID 135753538).

É o relatório.

Decido.

Quanto ao assunto *sub judice*, esta Sexta Turma vem admitindo decisão unipessoal do relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou **inconstitucional** a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Carmen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é **aplicável de pronto**, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

A partir de uma interpretação do referido julgamento paradigmático foi que a COSIT, órgão da Secretaria da Receita Federal do Brasil, decidiu publicar a Solução de Consulta Interna nº 13, de 18/10/2018, em que se definiu, em síntese, que o ICMS a ser excluído é o chamado "ICMS a recolher", também chamado "ICMS escritural", e não o ICMS destacado nas notas fiscais.

Sucedee que quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita**, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. É o que se depreende da seguinte passagem da ementa:

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Mirf. Relatora Carmen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

Ressalva a Relatora, com fulcro na digressão de Roque Antônio Carraza, que a técnica de apuração do ICMS não se compara com os impostos incidentes sobre o valor agregado, pois incidente sobre o valor total da operação e não apenas sobre a mais valia da operação seguinte, razão pela qual a ordem dos fatores de incidência não altera o montante final da exação tributária.

Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIZ ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Assentado o ponto, é mister reconhecer à impetrante o direito à repetição dos indébitos de PIS/COFINS na parte em que as contribuições tiveram base de cálculo composta de valores de ICMS.

A correção do indébito deverá ser feita na forma fixada em sentença, tal como ocorre nos débitos tributários, pela **Taxa SELIC e com a incidência de 1% no mês da compensação ou da restituição** (STF: RE 582.461-RG, rel. Min. GILMAR MENDES - tema 214 da sistemática da repercussão geral - RE 870.947, rel. Min. LUIZ FUX, j. 20/09/2017), bem como deverá ser observado o **prazo prescricional quinzenal - inexistente qualquer limitação temporal no RE nº 574.706** (STF: RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540; STJ: REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012); e a **incidência do art. 170-A do CTN** (REsp 1167039/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010, recurso repetitivo - REsp 1649768/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 20/04/2017 - AgInt no REsp 1586372/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 19/12/2016) e o **art. 26-A da Lei nº 11.457/07**.

Pelo exposto, **nego provimento** à apelação da União Federal e à remessa necessária.

Intimem-se.

Como trânsito dê-se baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014936-22.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: BIJOUTERIAS MABEL COMERCIO IMPORTACAO LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: NYLSON PRONESTINO RAMOS - SP189146
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a r. decisão que deferiu liminar em mandado de segurança.

A r. sentença - cuja prolação está documentada, conforme cópia anexada (ID 136104199) - substitui a decisão liminar.

Julgo prejudicado o agravo de instrumento.

Intimem-se.

Após, arquivem-se.

PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO (12357) Nº 5017927-68.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
REQUERENTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) REQUERENTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
REQUERIDO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação, nos termos do artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil.

Na origem, a requerente interpôs embargos à execução fiscal de multas aplicadas pelo INMETRO.

A r. sentença julgou os embargos improcedentes (ID 136010112).

A apelação está em processamento (ID 136010117).

A requerente afirma a probabilidade de provimento do recurso, em decorrência da relevância das razões recursais (ID 135734111): os atos praticados pelos órgãos delegados do INMETRO seriam nulos; os regulamentos não teriam sido violados; o valor da multa seria arbitrário e excessivo.

Argumenta com o risco de dano iminente: sem o efeito suspensivo, seria possível a imediata liquidação da garantia.

É uma síntese do necessário.

Hipótese de cabimento: artigo 1.012, § 4º, do Código de Processo Civil.

Trata-se, na origem, de embargos à execução de multas impostas pelo INMETRO.

A r. sentença julgou os embargos improcedentes.

As razões recursais não justificam a atribuição do excepcional efeito suspensivo.

“As circunstâncias oriundas da exigibilidade e da inadimplência do crédito tributário são previsíveis e ordinárias no curso da expectativa do cotidiano empresarial e, portanto, não firmam, tão-somente por si, o necessário periculum in mora” (STF, AC 2277 MC-AgrR, Segunda Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-01 PP-001110 LEXSTF v. 31, n. 367, 2009, p. 40-49).

No atual momento processual, não existe ato judicial de liquidação da garantia.

A questão inexistente não pode ser objeto de exame.

A apelação deverá ser recebida no efeito devolutivo, nos termos do 1.012, § 1º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Por tais fundamentos, **indefiro** o efeito suspensivo.

Publique-se. Intime-se.

Após, apensem-se aos embargos à execução fiscal.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005989-12.2020.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BLUE ANGELS SEGURANÇA PRIVADA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA
Advogados do(a) APELANTE: RODRIGO HAMAMURA BIDURIN - SP198301-A, ALEXANDRE REGO - SP165345-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação interposta por BLUE ANGELS SEGURANÇA PRIVADA E TRANSPORTE DE VALORES LTDA em face da r. sentença de ID 135352985 que, nos autos do mandado de segurança nº 5005989-12.2020.4.03.6100, movido em face de DELEGADO ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, denegou a segurança para postergar o vencimento dos tributos federais, desejado pelo contribuinte em função de supostas agruras financeiras derivadas da pandemia de Covid-19. Recurso respondido. O MPF opinou pelo desprovimento.

DECIDO.

O caso comporta decisão monocrática, em homenagem ao princípio da eficiência, como entende esta Sexta Turma.

O pedido da contribuinte envolve, efetivamente, uma moratória.

A moratória depende de lei (art. 97, c.c. o art. 151, I, ambos do CTN) e não é tarefa do Poder Judiciário imiscuir-se nas funções constitucionais do Legislador para concedê-la, antecipando ou ultrapassando a competência estrita do Poder Legislativo.

A moratória individual – já devidamente autorizada pela lei – também depende de ato do poder público; assim, também não cabe ao Judiciário tomar o lugar do Executivo e dispensar temporariamente o pagamento de tributos. Essa continência do Judiciário se justifica de fato e de direito, pois além de infiltrar-se em assunto que legal e constitucionalmente não lhe diz respeito, o Judiciário *impertinente* acabaria por desequilibrar as finanças públicas e o custo das incumbências estatais.

A capacidade (ou competência, como dizem alguns) para a concessão de moratória é tratada em *numerus clausus* no CTN, como segue:

Art. 152. A moratória somente pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira;

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos.

O Juiz não é eleito. Não é representante popular e por isso não pode *atravessar* as políticas públicas, a não ser em situações que envolvam direitos da pessoa humana. O magistrado que concede a moratória individual rompe a regra de capacidade acima indicada, ofendendo o art. 2º da CF, e culmina por quebrar a isonomia entre os contribuintes, insultando mais uma vez a Constituição Federal.

É jurisprudência assentada no STF que concessão ou extensão de benefício fiscal não é da alçada do Judiciário: ARE 1181341 AgR-terceiro, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-053 DIVULG 11-03-2020 PUBLIC 12-03-2020 - ARE 928139 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018 - RE 1052420 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-279 DIVULG 04-12-2017 PUBLIC 05-12-2017.

Ou seja, “na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei” (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 08-03-2019 PUBLIC 11-03-2019). Ainda: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos” (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2018 PUBLIC 08-11-2018).

Trata-se principalmente de obediência ao art. 150, § 6º da Magna Carta.

O Juiz deve ter em mente o art. 20 da LINDB (“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”) – que parece estar sendo lido por *poucos* – de modo que conceder moratória individual, até sem maior atenção ao caso específico de empresas que continuam sendo muito bem sucedidas em tempos de crise, pode ter consequências trágicas para a execução dos infinitos serviços que a lei comete ao Poder Executivo, dentre eles o próprio combate contra a pandemia do modo como a doença exija seja feito, o que caracterizaria um efeito perverso e um círculo viciado: por conta da pandemia não se recolhem tributos e não sendo pagos os tributos não há recursos adequados para se lutar contra a pandemia.

O plenário do STF, em substancial julgamento, destacou que “A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Laws Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016. p. 130, 134-135).” (ADC 42, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019).

Há que se considerar outro fator nesta questão. Existem mecânicas de tributação federais que envolvem o recolhimento de impostos devidos aos Estados (v.g. o ICMS) e municípios (ISS-QN); se o Judiciário federal conceder a desejada moratória, estará interferindo em cenário onde não tem competência constitucional, gerando prejuízos para pessoas jurídicas de direito público que sequer foram chamadas ao processo.

São perfeitamente possíveis moratórias, remissões e anistias, nesta hora que talvez seja a mais difícil por que passa o país nos últimos tempos. Mas essas medidas não dependem – e não podem depender – do Poder Judiciário, que está longe de ser onipotente.

No ponto, não se deve deslenhar que conforme o art. 154 do CTN, de regra a moratória só se refere aos créditos fiscais já constituídos, já que se ainda não houve o lançamento do débito não há como tratar de prazo de pagamento.

Até por causa disso, é de todo conveniente que o Judiciário mantenha seus braços longe da competência legislativa, visando não contribuir com mais balbúrdia em tema delicado.

Ajudar financeiramente as empresas e até os cidadãos desfavorecidos não é condenável, muito pelo contrário. Mas isso deve ser feito – e já está sendo feito pelo Executivo e pelo Congresso Nacional, os únicos atores constitucionalmente possíveis nesse cenário - com a adoção de medidas cabíveis para o enfrentamento econômico das agruras que essa peste - tardiamente declarada como pandemia pela própria OMS, que até o início de março e quando 37 países já se achavam em contaminação (inclusive a Itália), recusava-se a proceder dessa forma - trará para os empresários e os trabalhadores.

Notoriamente, vivemos uma época – e não apenas um período – de exceção; isso implicará no surgimento de peculiaridades nas relações entre o Poder Público e os jurisdicionados, como, por exemplo, os contribuintes e os contratados em licitação pública. Alguns paradigmas clássicos do Direito Administrativo (tais como a “teoria da imprevisão”, o “fato do príncipe”, o “pacta sunt servanda”, a supremacia do interesse público, etc.) talvez tenham que ser revisitados para que não sobrevenha a ruína do administrado e tampouco o desbaratamento da Administração.

Mas o regulamento que possa surgir dessa necessidade NÃO deverá ser objeto de ativismo judicial – muitas vezes, senão todas, desconhecedor das especialidades de cada caso – que ultrapassa, e muito, as capacidades constitucionais do Poder Judiciário.

Não é dado ao Judiciário (que não é um poder *eleito* e por isso não representa a vontade popular) atropelar, com arrogante ativismo, o comportamento que o Poder Público poderá tomar em relação aos administrados (e que já tem nuances na Lei nº 13.979/2020), para ditar soluções ao seu alvedrio, inclusive sob a égide da adoção de procedimentos mediativos, já existentes ou que possam ser legislativamente criados, como, por exemplo, a MP nº 961 de 6/5/2020.

Por fim, impende recordar que é no mesmo sentido do que expus o entendimento que se formou no STJ, conforme se vê da decisão unipessoal proferida no **MS 26010/DF 2020/0082857-6**, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 23/04/2020.

Assim fica mantida a sentença também por seus próprios fundamentos segundo a técnica *per relationem* (STF: Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016 - AgInt nos EDcl no AREsp 595.004/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018), com os acréscimos acima referidos.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO à apelação.**

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000553-39.2020.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO

APELANTE: CEREALISTANARDO LTDA

Advogados do(a) APELANTE: PRISCILA DALCOMUNI - SC16054-A, JOAO JOAQUIM MARTINELLI - SP175215-S

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por CEREALISTA NARDO LTDA e apontando como autoridade coatora o DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM MARÍLIA, objetivando a concessão da segurança para obter que a base de cálculo para fins de apuração de contribuições devidas a terceiros/outras entidades (Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE) ultrapasse o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos vigentes no país, bem como seja reconhecido o seu direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a esse título. Sentença denegatória, contrastada por apelação em que a parte insiste nos argumentos já expendidos. Resposta da União. O MPF não viu interesse em intervir.

DECIDO.

A matéria é daquelas que, no entender desta Sexta Turma, permite decisão unipessoal.

A discussão versa sobre o suposto direito da impetrante em recolher as Contribuições ao FNDE (Salário-Educação), INCRA, SEBRAE, SESI e SENAI, observado o valor-limite de 20 (vinte) salários mínimos para a base de cálculo total de cada uma das referidas Contribuições, argumentando que, em síntese, que a redação do artigo 4º da Lei nº 6.950/81 que limita a base de cálculo das contribuições devidas a terceiros ao valor limite de 20 salários mínimos *encontra-se em vigência*.

Pretende a contribuinte a aplicação da limitação prevista no artigo 4º, § único, da Lei nº 6.950/81, para fins de cálculo das contribuições sociais destinadas a terceiros, *in verbis*: “Art 4º - O limite máximo do salário-de-contribuição, previsto no art. 5º da Lei nº 6.332, de 18 de maio de 1976, é fixado em valor correspondente a 20 (vinte) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Parágrafo único - O limite a que se refere o presente artigo aplica-se às contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros.”

Posteriormente, foi editado o Decreto-lei nº 2.318/86, que dispôs: “Art 3º Para efeito do cálculo da contribuição da empresa para a previdência social, o salário de contribuição não está sujeito ao limite de vinte vezes o salário mínimo, imposto pelo art. 4º da Lei nº 6.950, de 4 de novembro de 1981.”

Nesse cenário legislativo, considerando que o artigo 3º do Decreto-lei nº 2.318/86 afastou o limite de 20 (vinte) salários mínimos apenas para efeito de cálculos *da contribuição da empresa* (artigo 69, V, da Lei nº 3.807/60), não há de se falar em revogação do artigo 4º e § único da Lei nº 6.950/81, já que permaneceu inócua em relação as demais contribuições ao INPS previstas na então Lei Orgânica da Previdência Social (as contribuições dos segurados empregados, avulsos, temporários, domésticos e autônomos).

Contudo, a edição da Lei nº 8.212/91 (PCPS), que trouxe nova normatização sobre a Seguridade Social e seu Plano de Custeio, inclusive em relação ao salário-de-contribuição e seus limites mínimo e máximo, restaram **revogadas** todas as disposições em contrário (artigo 105 deste diploma legal), dentre as quais, obviamente, o artigo 4º, caput e § único, da Lei nº 6.950/81, que fundamenta o pleito da parte agravante.

Sendo assim, conclui-se que a sujeição do salário-de-contribuição ao limite de 20 (vinte) salários mínimos para o cálculo das contribuições destinadas a terceiros teve vigência somente até 25/10/1991, noventa dias após a edição da Lei nº 8.212/91, considerada a anterioridade nonagesimal.

Nesse sentido é consolidada a jurisprudência desta Corte Regional: TRF 3ª Região, 1ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5029819-08.2019.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado DENISE APARECIDA AVELAR, julgado em 03/04/2020, Intimação via sistema DATA: 09/04/2020 - 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002018-37.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 24/06/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/06/2019 - TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2159394 - 0012994-76.2011.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 07/07/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/07/2016.

De nossa lavra, destaco o seguinte aresto:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO. ARTIGO 557, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DE TERCEIROS. TETO LIMITE DE 20 (VINTE) SALÁRIOS MÍNIMOS PARA O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO (DECRETO LEI Nº 2.318/86). AGRAVO LEGAL IMPROVIDO, MANTENDO-SE A DECISÃO UNIPESSOAL DO RELATOR QUE ADOTOU A TÉCNICA PER RELATIONEM. 1. É válida a decisão unipessoal de relator, tomada com base no art. 557 do CPC, que adotou a técnica per relationem amplamente utilizada nas Cortes Superiores. 2. A Lei 6.950/81 estabeleceu que as contribuições parafiscais arrecadadas por conta de terceiros teriam como limite o mesmo patamar estabelecido para as contribuições destinadas ao INPS. 3. A disposição do Decreto-Lei nº 2.318/86 removeu o limite somente para o cálculo da contribuição da empresa. Isto foi necessário, pois a contribuição da empresa era equivalente à do trabalhador, em conformidade com a disposição contida no inc. V do art. 69 da Lei nº 3.807/60, com redação dada pela Lei nº 6.886/80. Note-se que o teto de salário-de-contribuição para a contribuição do trabalhador continuou em vigor mesmo após a edição do mencionado dispositivo. 4. Houve remoção do limite apenas para as contribuições previdenciárias devidas pelas empresas, como consequência lógica o limite para as contribuições a terceiros permaneceu, visto que nem o caput do artigo, nem o parágrafo único foram revogados. 5. Em síntese, a eficácia do parágrafo único do art. 4º da Lei nº 6.950/81 foi preservada, tendo em vista que o caput do dispositivo permaneceu produzindo efeitos jurídicos; apenas deixou de ser aplicado para o cálculo do montante devido pelas empresas. 6. Dessa forma, conclui-se que a disposição contida no Decreto-Lei nº 2.318/86 não alcançou as contribuições relativas a terceiros, do que decorre que o limite de 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País permaneceu até 25/10/1991, noventa dias após a edição da Lei nº 8.212/91, que no § 5º de seu art. 28 passou a disciplinar integralmente a limitação do salário-de-contribuição, revogando por completo o art. 4º da Lei nº 6.950/81.”

(TRF3, ApelRemNec 0019143-96.1994.4.03.6100, Sexta Turma, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, DJe 17/12/2015)

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso da autora.

INT.

À baixa no tempo oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000811-49.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: ERICA LEITE DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO GUSTAVO VIEIRA - SC16046
AGRAVADO: AUGUSTO CEZAR DE OLIVEIRA FIDALGO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) AGRAVADO: HENRIQUE SHIRASSU BARBIERI - SP345003-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ERICA LEITE DE OLIVEIRA em face de decisão que **indeferiu o pedido de desistência da arrematação** formulado nos autos da Carta Precatória Cível nº 0008238-37.2014.8.26.0642 junto ao Serviço Anexo das Fazendas - Foro de Ubatuba.

Anoto que a decisão agravada foi proferida nos autos de carta precatória extraída da execução fiscal nº 0004348-69.2009.8.26.0156 que tramita na Justiça Estadual por competência federal delegada (dívida ativa federal).

Narra a agravante que em 28.11.2017 arrematou em leilão o bem imóvel objeto de penhora nos autos de execução fiscal. Todavia, tendo em vista a arguição de nulidades naqueles autos por parte do proprietário, o juízo deprecado suspendeu os efeitos da arrematação. Daí o pedido de desistência formulado pela arrematante, o qual foi indeferido sob a seguinte fundamentação: "a mera alegação de nulidade não configura gravame ou ônus apto a justificar o presente pedido da arrematação, devendo-se aguardar decisão a ser proferida nos autos da execução, junto ao Juízo deprecado".

Sustenta a agravante que o pedido de desistência tem amparo no § 5º do artigo 903 do Código de Processo Civil.

Pede a reforma da decisão, acolhendo-se o pedido de desistência da arrematação, coma devolução do valor depositado e também da comissão do leiloeiro.

Não havendo risco de perecimento de direito, foi ordenada apresentação de contraminuta (ID 123363061).

Em sua resposta, o executado não se opõe ao pedido de desistência (ID 126078174). Já a União Federal defende a manutenção da decisão agravada (ID 13281665).

Informações, prestadas pelo MM. Juízo "a quo" (ID 135741805).

É o relatório.

Decido.

Na singularidade, a agravante formulou pedido de desistência da arrematação após a suspensão dos seus efeitos pelo Juízo deprecado em decorrência da notícia da posterior insurgência do devedor/proprietário nos autos da execução fiscal acerca de suposta nulidade por ausência de nomeação de curador especial.

Anoto que na descrição do bem no auto de arrematação havia a seguinte observação: "não constam nos autos recurso ou causa pendente de julgamento sobre o bem imóvel penhorado até esta data".

Ocorreu que o devedor abriu discussão nos autos da execução fiscal sobre nulidade da citação e dos atos subsequentes; em 25/07/2019 foi proferida **decisão** nos autos da execução fiscal pela qual foi o d. Juiz de Direito **acolheu em parte o pedido do executado para suspender os atos de alienação do imóvel penhorado**, reabrindo prazo para eventual apresentação de embargos à execução (ID 135741805).

Diante deste quadro não faz o menor sentido manter suspensos os efeitos da alienação havida ante a expressa desistência da arrematante.

Destaco que não há notícia de que o ato foi aperfeiçoado (não consta que houve expedição de carta de arrematação nem tampouco ordem de entrega ou mandado de inibição na posse).

Assim, por analogia, o pedido da agravante encontra fundamento no artigo 903 da lei processual:

§ 5º O arrematante poderá desistir da arrematação, sendo-lhe imediatamente devolvido o depósito que tiver feito:

...

II - se, antes de expedida a carta de arrematação ou a ordem de entrega, o executado alegar alguma das situações previstas no § 1º;

Também a jurisprudência corrobora a pretensão recursal.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA DA ARREMATACÃO EM VIRTUDE DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS. DEVOLUÇÃO DA COMISSÃO DO LEILOEIRO. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Desfeita a arrematação, a requerimento do arrematante, por força da oposição de embargos, nos termos do art. 694, § 1º, IV, do CPC, é devida a devolução da comissão do leiloeiro, corrigida monetariamente.

2. Nos termos do que decidiu a Corte regional, o desfazimento da alienação, sem culpa do arrematante, não gera para o leiloeiro direito à comissão. Precedentes.

3. Recurso ordinário não provido.

(RMS 33.004/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 06/12/2012)

PROCESSUAL CIVIL. ARREMATACÃO DESFEITA. EMBARGOS À ARREMATACÃO. COMISSÃO DO LEILOEIRO. DEVOLUÇÃO.

1. "Desfeita a arrematação, a requerimento do arrematante, por força da oposição de embargos, nos termos do art. 694, § 1º, IV, do CPC, é devida a devolução da comissão do leiloeiro, corrigida monetariamente" (RMS 33.004/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 6/12/2012).

2. Nos termos do art. 694, § 1º, IV, do CPC, a arrematação poderá ser tomada sem efeito por requerimento do arrematante, na hipótese de Embargos à Arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º). Se o arrematante exerce essa faculdade, não há como reconhecer a existência de arrematação perfeita, acabada e irretirável.

3. Uma vez frustrada a arrematação, a jurisprudência do STJ entende que o leiloeiro não faz jus à comissão.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no RMS 47.869/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 03/02/2016)

Pelo exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

Comunique-se.

Intimem-se.

Com o trânsito, dê-se a baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018084-41.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALE R BI

AGRAVANTE: COMERCIAL HAIANA LTDA - ME

Advogados do(a) AGRAVANTE: ELISA FRIGATO - SP333933-A, CASSIO FERNANDO RICCI - SP168898

AGRAVADO: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - DIRETORIA REGIONAL SÃO PAULO INTERIOR

Advogado do(a) AGRAVADO: MÁRCIO SALGADO DE LIMA - SP215467-A

ATO ORDINATÓRIO

Ficam intimadas as partes acerca do despacho/decisão (ID [136334064](#)), como seguinte dispositivo:

"Ante o exposto, **indefiro** o pedido de efeito suspensivo.

Intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, no prazo legal.

Comunique-se e intime-se."

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018054-06.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

AGRAVANTE: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL

AGRAVADO: M D I CONFECOES LTDA - EIRELI - ME, MARIA ELVIRA DE OLIVEIRA

Advogado do(a) AGRAVADO: ALEXANDRE DANTAS FRONZAGLIA - SP101471-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Determino a intimação da agravada, para o eventual oferecimento de resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014242-87.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: GELCO GELATINAS DO BRASIL LTDA

Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela União Federal em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno (mantendo decisão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela impetrante).

Sustenta a parte embargante, em suma, a necessidade de reforma da decisão.

A parte embargada informou da prolação da sentença no mandado de segurança.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme documento juntado aos autos, o juízo de origem proferiu decisão, a qual julgou a ação subjacente.

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

A sentença proferida, em cognição exauriente, esvazia o conteúdo do agravo. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ORIGEM CONTRA O DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Fica prejudicado, ante a perda de objeto, o Recurso Especial interposto contra acórdão que examinou Agravo de Instrumento contra decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito nos casos em que o objeto do apelo extremo limita-se à discussão acerca do preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AGARESP 201201443942, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE de 07/03/2013)."

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado. "

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511).

Por isso, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

Ante o exposto, JULGO PREJUDICADO o agravo de instrumento interposto, negando-lhe seguimento. Prejudicados, por conseguinte, os embargos de declaração interpostos.

Publique-se e intimem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos os autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5026781-85.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: BANCO MERCANTIL DO BRASIL SA, MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA SA CREDITO FIN E INVEST, MERCANTIL DO BRASIL DIST S/A TITE VALORES MOBILIARIOS, MERCANTIL DO BRASIL CORRETORA SA CAMB TS E VS MOBILIS, BANCO MERCANTIL DE INVESTIMENTOS SA
Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM - SP76921-A, ALESSANDRO MENDES CARDOSO - MG76714-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM - SP76921-A, ALESSANDRO MENDES CARDOSO - MG76714-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM - SP76921-A, ALESSANDRO MENDES CARDOSO - MG76714-A
Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO DACIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM - SP76921-A, ALESSANDRO MENDES CARDOSO - MG76714-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por BANCO MERCANTIL DO BRASIL S/A em face de decisão que negou provimento ao agravo de instrumento, nos autos da ação mandamental, que visava ao reconhecimento do seu direito líquido e certo de não incluir, na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS, estas próprias contribuições, considerando o conceito constitucional de faturamento/receita, bem como o decorrente direito à restituição/compensação de valores indevidamente recolhidos a este título.

Sustenta a parte embargante, em síntese, a ocorrência de vícios a serem sanados na decisão.

A parte embargada apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Decido.

Conforme consulta ao Sistema de Informações processuais, o juízo de origem proferiu decisão, a qual julgou a ação subjacente.

Destarte, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

A sentença proferida, em cognição exauriente, esvazia o conteúdo do agravo. Neste sentido, confirmam-se os seguintes precedentes jurisprudenciais:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ORIGEM CONTRA O DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. Fica prejudicado, ante a perda de objeto, o Recurso Especial interposto contra acórdão que examinou Agravo de Instrumento contra decisão que deferiu ou indefere liminar ou antecipação de tutela, quando se verifica a prolação de sentença de mérito nos casos em que o objeto do apelo extremo limita-se à discussão acerca do preenchimento dos requisitos previstos no art. 273 do CPC. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

(STJ, AGARESP 201201443942, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª Turma, DJE de 07/03/2013)."

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PERDA DE OBJETO. AGRAVO PREJUDICADO.

I - A prolação de sentença nos autos da ação de onde se originou o agravo de instrumento acarreta a perda de objeto deste recurso.

II - Agravo de instrumento prejudicado."

(TRF - 3ª Região, 2ª Turma, AG 2000.03.00.049815-2, Rel. Juíza Fed. Conv. Raquel Perrini, j. 16/09/2002, DJU 06/12/2002, p. 511).

Por isso, o presente recurso está prejudicado, em razão da perda do seu objeto.

Ante o exposto, **JULGO PREJUDICADO o agravo de instrumento interposto, negando-lhe seguimento. Prejudicado, por conseguinte, os embargos de declaração.**

Publique-se e intimem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004586-83.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VALCOFLEX COMERCIAL HIDRAULICA E ELETRICA LTDA

Advogados do(a) APELADO: RODRIGO BUCCINI RAMOS - SP236480-A, JOAO CLAUDIO GIL - SP104324-A

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte contrária para manifestação acerca dos Embargos de Declaração opostos, nos termos do artigo 1.023, § 2º do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010224-27.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RGB RESTAURANTES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: FERNANDO APARECIDO DE DEUS RODRIGUES - SP216180-A

ATO ORDINATÓRIO

Vista à parte contrária para manifestação acerca dos Embargos de Declaração opostos, nos termos do artigo 1.023, § 2º do Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008293-71.2008.4.03.6106
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS ORIGAJUNIOR - SP109735-A
APELADO: ROBERTO GOMES CAMACHO
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO - SP214130
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação da parte autora, ROBERTO GOMES CAMACHO, para que se manifeste sobre os comprovantes de pagamento de ACORDO trazidos aos autos pela Caixa Econômica Federal - CEF, nos valores de: R\$ 3.649,59 (principal - ID 132548781) e R\$ 364,96 (sucumbência - ID 132548933), bem como informe se referido acordo contemplou a totalidade do pedido destes autos.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso *in albis* do prazo assinalado como concordância total ao quanto informado pela CEF.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008581-19.2008.4.03.6106
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO CARLOS ORIGAJUNIOR - SP109735-A
APELADO: SIRLEY MARQUES
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TRAVAIN PAGOTTO - SP214130
OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

De ordem do Exmo. Des. Fed. Coordenador do Gabinete da Conciliação, com fundamento no art. 203, § 4º, do Código de Processo Civil, promovo a intimação da parte autora, SIRLEY MARQUES, para que se manifeste sobre os comprovantes de pagamento de ACORDO trazidos aos autos pela Caixa Econômica Federal - CEF, nos valores de: R\$ 1.726,07 (principal) e R\$ 172,61 (sucumbência) - ID 133538278, bem como informe se referido acordo contemplou a totalidade do pedido destes autos.

Prazo: 10 (dez) dias, interpretando-se o transcurso *in albis* do prazo assinalado como concordância total ao quanto informado pela CEF.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007233-80.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LETICIA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JISELY PORTO NOGUEIRA BRAGA - MS8601-A
APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007233-80.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LETICIA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JISELY PORTO NOGUEIRA BRAGA - MS8601-A
APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela autora, em face da r. sentença de improcedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos morais, promovida por LETÍCIA DA SILVA, contra os réus, pessoas jurídicas, FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL – FUFMS e HOSPITAL UNIVERSITÁRIO MARIA APARECIDA PEDROSSIAN - HUMAP.

A petição inicial (ID 78513814), distribuída à 1ª Vara Cível Federal de Campo Grande/MS, veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 78513824):

[...]

Trata-se de ação ordinária por meio da qual a autora pleiteia a condenação das rés em indenização por danos morais no importe de R\$50.000,00 (...). Pleiteia, ainda, os benefícios da Justiça gratuita e a inversão do ônus da prova, com incidência do Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Alega que foi internada no HUMAP em 18/05/2014, em razão de problemas no coração e pulmão, com previsão de alta para 23/05/2014, sendo que, na noite anterior à alta, quando conversava com outra paciente, também ali internada, foi ameaçada pelo acompanhante de uma terceira paciente (Sra. Rosalva ou Rosália), no sentido de que “se não calasse a boca, ele iria tampar a sua boca e lhe matar”, e, em seguida, “chutou a cadeira, tirou a jaqueta que estava vestindo, fez tipo um ‘rolô’ com a jaqueta e tentou sufocar a autora”, sendo que não havia nenhuma segurança no local para conter a situação, estando o agressor alcoolizado, segundo informações da enfermeira e de outros pacientes.

Afirma que, em razão do ocorrido, ficou tremendo e passou mal, vindo a ter que fazer cateterismo e, em consequência, prorrogar sua internação até o dia 26/05/2014, sendo que “por vários meses, ficou sonhando com a ‘cena’ que viveu, o que lhe causou e até hoje lhe causa grande angústia”.

[...]

Contestação da FUFMS e do HUMAP (ID 78513817). Réplica (ID 78513818).

Alegações finais da FUFMS (ID 78513824). A autora não se manifestou (Certidão ID 78513824)

Sobreveio a r. sentença (ID 78513824) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Quanto ao pedido de inversão do ônus da prova, observo que, ainda que se reconheça a aplicação da legislação consumerista no caso em apreço, não restou demonstrada a hipossuficiência da parte autora. Aliás, a hipossuficiência que justifica a aplicação do instituto que ora se trata é aquela que impede o requerente, do ponto de vista técnico, de produzir prova indispensável ao deslinde da questão, o que não se verifica no presente caso.

[...]

Assim, indefiro o pedido de inversão do ônus da prova.

[...]

Ressalto que a agressão sofrida pela autora é fato incontroverso nos presentes autos, uma vez que em suas defesas as rés aduzem apenas a inexistência de culpabilidade por parte de seus agentes e que existia, sim, segurança no Hospital, bem como que o evento não gerou nenhum trauma psíquico a autora.

Conforme salientado na decisão saneadora, o ponto controvertido da lide é “definir se houve negligência dos agentes da parte ré, bem como se o evento narrado pela autora (agressão) atingiu sua integridade moral”.

[...]

Pois bem. No presente caso, embora a autora afirme, em sua inicial, que “não havia nenhuma segurança no local para conter a situação”, e que, desesperada, “pulou da cama e foi para o corredor procurar socorro, sendo socorrida pela enfermeira Andréia (...)” (...), pela análise das provas trazidas aos autos, constata-se que, no dia do ocorrido (22/05/2014), quem se encontrava de plantão, e atendeu a autora, foi a enfermeira Éliada Aparecida Galdargi Gonçalves (...), e esta relatou que “chamou, via telefone, o segurança do hospital, que veio até o setor e retirou o acompanhante” (...).

As folhas de frequência dos vigilantes, juntada às fls. 102, 104-126, comprovam, por sua vez, a existência de segurança noturna no HUMAP, prestada pela empresa contratada Rondai Segurança Ltda.

No mais, ainda que não tenha sido comprovado, pelas rés, o nome e o endereço do segurança responsável pela retirada do suposto agressor, uma vez que a autora desistiu da oitiva das testemunhas e requereu o encerramento da instrução probatória antes mesmo da reiteração dos ofícios a estas, conforme determinação do juízo (fl. 240), certo se torna que a autora não comprovou, nos autos, a ausência de segurança no local, no dia em questão – não comprovou a omissão/negligência dos agentes da parte ré, nem mesmo o estado de embriaguez do suposto agressor. Ao contrário disso, conforme dito acima, a autora desistiu da oitiva das testemunhas e requereu o encerramento da instrução probatória (fls. 242-245).

Os documentos juntados pela autora não são suficientes para infirmar os documentos de fls. 104-126, no sentido de que não houve omissão do Estado em relação à prestação da segurança aos pacientes em hospitais públicos, ainda mais quando a própria autora afirma, à fl. 244, que após a agressão “o agressor foi retirado do local”.

Ora, não há como exigir da Administração Pública, como quer fazer crer a autora, a presença de um segurança/vigilante em cada um dos quartos/enfermaria do hospital, a fim de garantir a integridade física dos seus pacientes. A presença de dois vigilantes noturnos (como afirmado pela ré), cumpre o dever de vigilância do nosocômio, uma vez eu a essência da prestação do serviço público ali desenvolvido é a saúde.

Assim, tenho que a autora não se desincumbiu do ônus que lhe cabia, nos termos do art. 373, I, do CPC, qual seja, o de provar a omissão por falta de serviço -faute du service- de parte da ré.

Nesse contexto, tenho como indevida a reparação reclamada, eis que não estão presentes os pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil subjetiva. Os elementos carreados aos autos não indicam falha na prestação do serviço hospitalar prestado à autora, já que a ré não deixou de tomar as precauções que lhe competiam quanto ao dever de vigilância.

Por fim, diante do reconhecimento da ausência de negligência dos agentes da parte ré, torna-se prejudicada a análise de eventual lesão à integridade moral da autora – para efeito de condenação por dano moral.

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido material da presente ação e dou por resolvido o mérito da lide, nos termos do que dispõe o art. 487, inciso I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 10% (...) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC, repartidos em partes iguais entre os réus (“pro rata”). Todavia, dada a concessão da Justiça gratuita, resta suspensa a exigibilidade desses créditos, nos termos do artigo 98, §3º, do CPC.

[...]

Interposta apelação pela autora que, em suas razões recursais sustentam (ID 78513824), em síntese, o seguinte: que deve ser invertido o ônus da prova, por se tratar de relação consumerista e de hipossuficiência da parte autora; aduz que a reconhecida agressão ocorreu porque não tinha nenhuma segurança no local; afirma que caberia às apeladas, independente, da inversão do ônus da prova, a demonstração de que havia segurança no local; defende a hipótese de negligência das rés, sob o argumento de que agiu, mas tardiamente; aduz que o fato das rés não terem atendido a requisição judicial de juntada da escala de segurança e do registro de acompanhantes e visitas dos pacientes, deve ser considerado como comprovação do alegado na inicial; e afirma que o nexo causal e o dano decorrem da agressão sofrida.

Contrarrazões da FUFMS (ID 78513829).

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007233-80.2014.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LETICIA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JISELY PORTO NOGUEIRA BRAGA - MS8601-A
APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E A CONDUTA DO AGENTE. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo forte abalo alegado pela autora, quando de sua internação no HUMAP, administrado pela FUFMS, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos.
2. A hipossuficiência está diretamente ligada à verossimilhança das alegações da parte, da análise feita pelo juiz a respeito da capacidade e efetiva possibilidade da produção da prova. No entanto, essa avaliação deve ser feita pelo juiz em face da verossimilhança das alegações do consumidor e no caso dos autos, considerando o conjunto probatório, verifica-se que, mesmo sem a decretação da inversão do ônus da prova, a parte ré juntou as folhas de frequência dos vigilantes que comprovam a existência de segurança, na medida do razoável para um hospital, serviço esse contratado e prestado pela empresa Rondai Segurança Ltda.
3. Além disso, como bem destacou a r. sentença, a prova oral deixa evidente que, efetivamente, houve a atuação do serviço de segurança do hospital para a solução do problema e retirada do agressor do local.
4. Portanto, mesmo considerando o fato de que me filio à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública, ainda nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, o que se dispensa, nesse caso, é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para justificar a condenação no dever de indenizar por dano. Porém, como demonstrado, no presente caso não restou comprovado esse elemento essencial, o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, ainda que omissiva, não se justificando, portanto, a condenação no dever de indenizar, por danos morais.
5. Nega-se provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo forte abalo alegado pela autora, quando de sua internação no HUMAP, administrado pela FUFMS, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos.

Inicialmente é importante ressaltar que a agressão narrada na inicial é incontroversa, uma vez que não foi contestada pela parte ré que, inclusive, afirma que ao saber do ocorrido adotou as providências necessárias.

Destaco, também, que a relação entre as partes, na espécie, é de consumo, haja vista que o serviço prestado e contratado é o de saúde.

A decretação da inversão do ônus da prova não se dá pelo simples reconhecimento da relação consumerista, é indispensável que a parte comprove a sua hipossuficiência, seja do ponto de vista técnico, jurídico ou econômico, para a produção da prova.

Diante disso, é de se analisar a possibilidade de inversão do ônus da prova, em face da alegada hipossuficiência da autora.

A hipossuficiência está diretamente ligada à verossimilhança das alegações da parte, da análise feita pelo juiz a respeito da capacidade e efetiva possibilidade da produção da prova.

O Juízo a quo assim analisou e decidiu a respeito desse requerimento da parte:

[...]

Quanto ao pedido de inversão do ônus da prova, observo que, ainda que se reconheça a aplicação da legislação consumerista no caso em apreço, não restou demonstrada a hipossuficiência da parte autora. Aliás, a hipossuficiência que justifica a aplicação do instituto que ora se trata é aquela que impede o requerente, do ponto de vista técnico, de produzir prova indispensável ao deslinde da questão, o que não se verifica no presente caso.

[...]

Assim, indefiro o pedido de inversão do ônus da prova.

[...]

Na hipótese dos autos, o que deve ficar comprovado é a omissão da parte ré em cumprir com a sua obrigação de garantir a segurança das pessoas que circulam em suas dependências e nesse ponto, em princípio, verifica-se a incapacidade técnica da autora, pois somente a parte ré dispõe dos documentos capazes de comprovar a sua atuação como o objetivo de atender essa exigência.

No entanto, como dito, essa avaliação deve ser feita pelo juiz em face da verossimilhança das alegações do consumidor e no caso dos autos, considerando o conjunto probatório, verifica-se que, mesmo sem a decretação da inversão do ônus da prova, a parte ré juntou as folhas de frequência dos vigilantes que comprovam a existência de segurança, na medida do razoável para um hospital, serviço esse contratado e prestado pela empresa Rondai Segurança Ltda.

Além disso, como bem destacou a r. sentença, a prova oral deixa evidente que, efetivamente, houve a atuação do serviço de segurança do hospital para a solução do problema e retirada do agressor do local, como se vê:

[...]

Pois bem. No presente caso, embora a autora afirme, em sua inicial, que “não havia nenhuma segurança no local para conter a situação”, e que, desesperada, “pulou da cama e foi para o corredor procurar socorro, sendo socorrida pela enfermeira Andréia (...)” (...), pela análise das provas trazidas aos autos, constata-se que, no dia do ocorrido (22/05/2014), quem se encontrava de plantão, e atendeu a autora, foi a enfermeira Éliada Aparecida Galdargi Gonçalves (...), e esta relatou que “chamou, via telefone, o segurança do hospital, que veio até o setor e retirou o acompanhante” (...).

As folhas de frequência dos vigilantes, juntada às fls.102, 104-126, comprovam, por sua vez, a existência de segurança noturna no HUMAP, prestada pela empresa contratada Rondai Segurança Ltda.

No mais, ainda que não tenha sido comprovado, pelas réis, o nome e o endereço do segurança responsável pela retirada do suposto agressor, uma vez que a autora desistiu da oitiva das testemunhas e requereu o encerramento da instrução probatória antes mesmo da reiteração dos ofícios a estas, conforme determinação do juízo (fl. 240), certo se torna que a autora não comprovou, nos autos, a ausência de segurança no local, no dia em questão – não comprovou a omissão/negligência dos agentes da parte ré, nem mesmo o estado de embriaguez do suposto agressor. Ao contrário disso, conforme dito acima, a autora desistiu da oitiva das testemunhas e requereu o encerramento da instrução probatória (fls. 242-245).

Os documentos juntados pela autora não são suficientes para infirmar os documentos de fls. 104-126, no sentido de que não houve omissão do Estado em relação à prestação da segurança aos pacientes em hospitais públicos, ainda mais quando a própria autora afirma, à fl. 244, que após a agressão “o agressor foi retirado do local”.

[...]

Assim, restou comprovado que havia segurança, repito, no limite do razoável para um hospital, não ficando configurada, portanto, a omissão das réis, nesse particular. E nesse particular vale transcrever parte da fundamentação posta na r. sentença, a respeito do que é considerado razoável em relação ao serviço de segurança para um estabelecimento cujo serviço a ser contratado e prestado é o de saúde:

[...]

Ora, não há como exigir da Administração Pública, como quer fazer crer a autora, a presença de um segurança/vigilante em cada um dos quartos/enfermaria do hospital, a fim de garantir a integridade física dos seus pacientes. A presença de dois vigilantes noturnos (como afirmado pela ré), cumpre o dever de vigilância do nosocômio, uma vez eu a essência da prestação do serviço público ali desenvolvido é a saúde.

[...]

Quanto à necessidade de registro dos visitantes e acompanhantes dos pacientes, ainda que deva ser considerada uma providência cautelosa e de boas práticas, na hipótese dos autos, a ausência desse tipo de registro, não se mostra como um elemento que justifique a responsabilização dos réus.

Portanto, mesmo considerando o fato de que me filio à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública, ainda nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, o que se dispensa, nesse caso, é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para justificar a condenação no dever de indenizar por dano.

Porém, como demonstrado, no presente caso não restou comprovado esse elemento essencial, o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, ainda que omissiva, não se justificando, portanto, a condenação no dever de indenizar, por danos morais.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O EVENTO DANOSO E A CONDUTA DO AGENTE. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo forte abalo alegado pela autora, quando de sua internação no HUMAP, administrado pela FUFMS, deve ser atribuída aos réus, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos.

2. A hipossuficiência está diretamente ligada à verossimilhança das alegações da parte, da análise feita pelo juiz a respeito da capacidade e efetiva possibilidade da produção da prova. No entanto, essa avaliação deve ser feita pelo juiz em face da verossimilhança das alegações do consumidor e no caso dos autos, considerando o conjunto probatório, verifica-se que, mesmo sem a decretação da inversão do ônus da prova, a parte ré juntou as folhas de frequência dos vigilantes que comprovam a existência de segurança, na medida do razoável para um hospital, serviço esse contratado e prestado pela empresa Rondai Segurança Ltda.

3. Além disso, como bem destacou a r. sentença, a prova oral deixa evidente que, efetivamente, houve a atuação do serviço de segurança do hospital para a solução do problema e retirada do agressor do local.

4. Portanto, mesmo considerando o fato de que me filio à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública, ainda nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, o que se dispensa, nesse caso, é a demonstração da culpa, mas, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o evento danoso, é indispensável para justificar a condenação no dever de indenizar por dano. Porém, como demonstrado, no presente caso não restou comprovado esse elemento essencial, o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta do agente, ainda que omissiva, não se justificando, portanto, a condenação no dever de indenizar, por danos morais.

5. Nega-se provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001776-24.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA APARECIDA CARREIRA VILHENA, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELANTE: DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A, CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA], GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA APARECIDA CARREIRA VILHENA

Advogados do(a) APELADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001776-24.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA APARECIDA CARREIRA VILHENA, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELANTE: DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A, CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA], GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA

APARECIDA CARREIRA VILHENA

Advogados do(a) APELADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelos autores, pela CEF e pela ECT, em face da r. sentença de procedência proferida nestes autos de ação de indenização por danos, promovida por GABRIEL CARREIRA VILHENA E OUTRA, contra as rés, pessoas jurídicas, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF e EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS - ECT.

A petição inicial, distribuída à 2ª Vara Federal Cível de São Paulo/SP (ID 73264845) veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 73264846):

[...]

Trata-se de ação sob o rito ordinário, com pedido de concessão de tutela de urgência, através da qual os Autores pleiteiam a reparação de danos morais pela Caixa Econômica Federal e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, devido ao envio indevido de seu nome para cadastros de proteção ao crédito, em decorrência do não pagamento de gastos efetuados fraudulentamente com seu cartão de crédito.

A antecipação dos efeitos da tutela foi indeferida à fls. 55/56.

[...]

Contestação da CEF e da ECT (ID 73264845). Replica (ID 73264845).

Requerida e deferida a prova grafotécnica. Quesitos da CEF, da ECT e dos autores (ID 73264845). Juntado Laudo Pericial (ID 73264845). Manifestação da CEF, da ECT e dos autores. Esclarecimentos da Perita. Manifestação das partes (ID 73264845).

Sobreveio a r. sentença (ID 73264846) que julgou procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Inicialmente, cumpre analisar a preliminar aventada pela Ré ECT.

Ao contrário do que alega a Ré em sua contestação, houve falha no serviço ao entregar mercadoria para pessoa diferente do destinatário, conforme ficou comprovado através da perícia.

Assim, deve ser mantida no polo passivo, a fim de ser analisada a procedência do pedido do Autor.

[...]

Realizada perícia grafotécnica, a expert concluiu (fls. 238) que: são FALSAS as assinaturas lançadas nos documentos questionados e atribuídas ao Sr. GABRIEL CARREIRA VILHENA, constantes de: a) Cópia do "AR" datado de 22/09/14, às fls. 123 dos autos; b) Formulário da ECCT "Lista de Distribuição Interna", sem data, às fls. 180 dos autos; Comparadas aos padrões de confronto disponibilizados e relatados neste Laudo, ou seja, referidas assinaturas não foram emanadas pelo punho escritos do Sr. GABRIEL CARREIRA VILHENA, o Autor.

[...]

Percebe-se, desta forma, que sendo a instituição financeira um prestador de serviços bancários e, sendo os prestadores de serviços responsáveis objetivamente pelos danos causados a seus consumidores, o fato subsume-se à hipótese do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, gerando a obrigação de reparar o dano sofrido pelo Autor.

Tal se dá pela falta de capacitação da instituição financeira em fornecer cartões que impossibilitem ou tenham o risco de clonagem diminuído. A ocorrência de transferências, saques ou compras efetuadas com cartões clonados é freqüente, não demonstrando a Ré que tenha tomado precauções eficientes no sentido de dificultar tal procedimento.

[...]

Assim, evidente a existência de nexos causal da atitude das Rés com o fato danoso, bem como não restou comprovada culpa dos Autores que excluiu a responsabilidade das Rés.

[...]

(...) No presente caso, causou aos autores a negativação de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito, o que causou abalo em seu nome, apesar das tentativas de sanar a questão.

É notório o dissabor que causa o fato de ter que buscar a reparação de fato a que não se deu causa, ainda mais se tratando de ter de provar que não deu causa ao prejuízo e o medo de não conseguir tanto estabelecer a situação originária como a lisura de seu nome.

Assim, entendo que, não tendo havido a solução da questão, com o bloqueio do cartão de crédito e a exclusão da dívida em nome dos autores, causando inclusive a negativação de seus nomes, encontra-se configurado o dano moral, resultante da angústia e do abalo psicológico.

Desta forma, julgo procedente o pedido e condeno as Rés Caixa Econômica Federal e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a pagar, a título de indenização pelos danos morais causados aos Autores, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte e cinco mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora, a partir do trânsito em julgado da sentença.

Custas na forma da lei.

Fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, a ser pago aos advogados dos autores, na proporção de 50% cada Réu.

[...]

Interposta apelação pelos autores que, em suas razões recursais sustentam (ID 73264846), em síntese, o seguinte: que deve ser majorado o valor da indenização; e insurge-se contra a sistemática adotada pela r. sentença, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária.

Contrarrazões da CEF e da ECT (ID 73264846).

Interposta apelação pela ECT que, em suas razões recursais sustenta (ID 73264846), em síntese, o seguinte: que a perícia grafotécnica não deve ser considerada, por apresentar vício; defende a sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que a responsabilidade pela inscrição do nome dos autores no cadastro de inadimplentes é exclusivamente da CEF; alega que não restou comprovado o dano sofrido, sob o argumento de que, em relação à ECT, o que pode ter havido é descumprimento de contrato, o que não acarretaria, por si só, indenização por dano; e requer a minoração do valor da indenização.

Contrarrazões dos autores (ID 73264846), que requerem condenação das rés, por litigância de má-fé e a majoração da verba honorária, com fundamento no §11 do art. 85 do CPC.

Vieramos autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001776-24.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA APARECIDA CARREIRA VILHENA, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA]

Advogados do(a) APELANTE: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELANTE: DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A, CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A

Advogados do(a) APELANTE: JORGE ALVES DIAS - SP127814-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A

APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS [AC CENTRAL DE BRASILIA], GABRIEL CARREIRA VILHENA, SUSANA APARECIDA CARREIRA VILHENA

Advogados do(a) APELADO: GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP78566-A, MAURY IZIDORO - SP135372-A, JORGE ALVES DIAS - SP127814-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

Advogados do(a) APELADO: CLOVIS LIBERO DAS CHAGAS - SP254874-A, DANILO TEIXEIRA DE AQUINO - SP262976-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ECT. CONFIGURADA E RECONHECIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DOS AUTORES EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR, POR DANOS MORAIS. CARACTERIZADO. APELAÇÃO DOS AUTORES E DA CEF, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato dos autores terem seus nomes inscritos, indevidamente, no cadastro de inadimplentes, deve ser atribuída às rés, gerando o dever de indenizar por danos morais.
2. A correspondência foi postada pela CEF na agência da ECT e esta a entregou para pessoa diversa daquela que era a verdadeira destinatária. Portanto, a relação contratual de serviço mal prestado é entre a CEF e a ECT, não havendo qualquer relação com o que ocorreu entre os autores e a Caixa, haja vista que a relação consumerista entre estes é outra. Diante disso, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, o que não prejudica o exercício do direito de regresso, por parte da CEF.
3. Como visto no relato dos autores, a correspondência foi postada pela CEF na agência da ECT e esta a entregou a pessoa diversa daquela que era o verdadeiro destinatário. Portanto, a relação contratual de serviço mal prestado é entre a CEF e a ECT, não havendo qualquer relação com o que ocorreu entre os autores e a Caixa, haja vista que a relação consumerista entre estes é outra. Diante disso, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, o que não prejudica o exercício do direito de regresso por parte da CEF.
4. De plano há que se reconhecer que o fato danoso (inscrição indevida do nome dos autores em cadastro de inadimplentes) efetivamente ocorreu. Portanto, incontroverso o evento danoso. Outro fato inconteste é que a inscrição indevida foi ato da Caixa Econômica Federal - CEF. Portanto, o ato danoso está diretamente relacionado (nexo causal) com a conduta do agente.
5. Na espécie, inscrição indevida do nome do cidadão, em cadastro de restrição ao crédito, é a típica hipótese de dano a ser considerado in re ipsa, sendo presumida a sua ocorrência. Portanto, devidamente comprovado o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, ensejando o dever de indenizar, por danos morais.
6. O valor de R\$ 20.000,00, fixado na r. sentença, a título de indenização, deve ser minorado para R\$10.000,00, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter educativo de sua imposição, sem contudo configurar a hipótese de enriquecimento ilícito da parte.
7. A parte tem o direito de discutir a sua tese em juízo e aguardar a determinação judicial para cumprimento daquilo que for julgado como dever de fazer. Assim, não há que se falar em condenação por litigância de má-fé, por absoluta ausência de prova de sua ocorrência.
8. Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ. Deste modo, majoro os honorários devidos pelo apelante para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação.
9. Acolhida a preliminar de ilegitimidade da ECT e dá-se parcial provimento à apelação dos autores e da CEF, apenas e tão somente para fixar o valor da indenização em R\$10.000,00, e determinar a aplicação do disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato dos autores terem seus nomes inscritos, indevidamente, no cadastro de inadimplentes, deve ser atribuída às rés, gerando o dever de indenizar por danos morais.

Da preliminar de ilegitimidade passiva da ECT

Assim está relatada a participação da ECT na inicial:

[...]

6 - Ato contínuo, o Autor imediatamente se dirigiu a agência dos Correios situada na Vila Alpina, unidade 03210-971 - CDD Vila Alpina, e lá chegando recebeu um documento denominado Lista de Distribuição Interna (Doc. 08), no qual consta que de fato alguém, se passando pelo Autor, havia retirado o citado cartão.

7 - Diante de tal fato, é possível concluir que após a emissão do cartão e antes que o mesmo fosse remetido para a residência dos Autores, alguém se passando pelo Sr. Gabriel, compareceu a uma das agências dos correios e fraudando sua assinatura de modo grotesco, diga-se de passagem, retirou o cartão, efetuou o desbloqueio junto à 1ª RE e, ressaltado-se no mesmo dia, realizou as compras que totalizaram o valor absurdo de R\$ 10.537,57.

[...]

Vale ressaltar que o contrato de remessa de correspondência, na espécie, é entre a CEF e a ECT, que foi contratada para enviar o cartão dos autores.

Outro fato a ser salientado, é que a correspondência, uma vez postada nos correios, pertence ao remetente até que seja entregue ao verdadeiro destinatário, como bem preceitua o art. 11 da Lei nº 6.538, de

1978:

[...]

Art. 11 - Os objetos postais pertencem ao remetente até a sua entrega a quem de direito.

[...]

Como visto no relato dos autores, a correspondência foi postada pela CEF na agência da ECT e esta a entregou para pessoa diversa daquela que era a verdadeira destinatária. Portanto, a relação contratual de serviço mal prestado é entre a CEF e a ECT, não havendo qualquer relação como o que ocorreu entre os autores e a Caixa, haja vista que a relação consumerista entre estes é outra.

Diante disso, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, o que não prejudica o exercício do direito de regresso, por parte da CEF.

Do mérito

De plano há que se reconhecer que o fato danoso (inscrição indevida do nome dos autores em cadastro de inadimplentes) efetivamente ocorreu. Portanto, incontroverso o evento danoso.

Outro fato inconteste é que a inscrição indevida foi ato da Caixa Econômica Federal - CEF. Portanto, o ato danoso está diretamente relacionado (nexo causal) com a conduta do agente.

Resta, por oportuno, analisar se houve o dano alegado pelos autores.

Na espécie, inscrição indevida do nome do cidadão, em cadastro de restrição ao crédito, é a típica hipótese de dano a ser considerado *in re ipsa*, sendo presumida a sua ocorrência.

Nesse sentido os julgados:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.548.124 - SC (2015/0193195-3)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO : IZABEL FELLER

ADVOGADO : JAIR PEREIRA E OUTRO(S)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART.

535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. AÇÃO EXECUTIVA

FISCAL INDEVIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE

ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL QUE SE NEGA SEGUIMENTO

(ART. 557, CAPUT, DO CPC).

DECISÃO

[...]

Em relação ao mérito, melhor sorte não assiste à recorrente.

É que o acórdão recorrido se manifestou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte, a qual entende que ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de valor já quitado ou débito cuja inexistência deveria ser de conhecimento da Fazenda Pública por si só faz presumir a ocorrência de dano moral (dano moral in re ipsa).

A caracterização do dano moral em casos que tais prescinde da prova da ocorrência de abalo psicológico relevante.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL INDEVIDA. PRESUNÇÃO DE DANO MORAL (DANO MORAL IN RE IPSA). POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABALO PSICOLÓGICO RELEVANTE.

1. Ausente a violação ao artigo 535, inciso II, do CPC, quando a Corte de origem aprecia a demanda com fundamentação suficiente.

2. O ajuizamento de execução fiscal para a cobrança de valor já quitado ou débito cuja inexistência deveria ser de conhecimento da Fazenda Pública por si só faz presumir a ocorrência de dano moral (dano moral in re ipsa). A caracterização do dano moral em casos que tais prescinde da prova da ocorrência de abalo psicológico relevante. Precedentes: AgRg no Ag 1.163.571/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 3.5.2010; REsp 773.470/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 2.3.2007.

3. No caso dos autos, a Corte de origem expressamente se manifestou no sentido de reconhecer o dano moral independentemente da comprovação do abalo psicológico sofrido, o que acompanha a jurisprudência deste STJ.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.139.492/PB, Segunda Turma, de Minha Relatoria, DJe 16/2/2011)

Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo concluiu que houve negligência por parte da Fazenda Nacional em proceder erroneamente à inscrição da parte autora em dívida ativa e ao ajuizamento de execução fiscal, e que tal fato ocasionou transtornos e prejuízos ao autor. Confirmam-se os fundamentos do acórdão recorrido, in verbis (e-STJ fls. 155/156):

Assim, a prova do dano moral decorre diretamente da inscrição indevida do nome do autor nesse cadastro de inadimplentes, configurando-se o direito ao recebimento da indenização pelo abalo moral sofrido, porquanto presentes todos os requisitos ensejadores da responsabilidade da União, cujos atos ocasionaram a manutenção do nome da parte autora no CADIN por conta do débito inscrito em dívida ativa sob o n. 91112004604-30, pelo período de aproximadamente um ano e meio (Data da Inscrição: 21/12/2012; Data do cancelamento da CDA: 07/03/2014), causando-lhe dano moral indenizável, conforme regramento e precedentes vistos acima.

É de se destacar que as atitudes negligentes da União também prescindiram na inscrição em dívida ativa e no ajuizamento da ação sem que fosse feita a devida conferência acerca da existência ou não da dívida que motivou a expedição de CDA e o ajuizamento da ação de Execução Fiscal.

Com efeito, o ajuizamento da ação fiscal ocasionou transtornos claros ao autor, vislumbrados na surpresa e espanto por ter sido citado em uma execução fiscal, bem como ter sua aposentadoria bloqueada, pelo sistema BACENJUD, e ter sido mal orientado a efetuar parcelamento administrativo, fatores estes agravados em razão da ter

um filho doente (com traumatismo craneioencefálico grave, com lesão axonal difusa grave), e na necessidade de contratar advogado para defendê-lo em juízo na execução fiscal.

Logo, ficou comprovada a negligência da União - Fazenda Nacional em proceder erroneamente à inscrição da parte autora em dívida ativa e ao ajuizamento da ação de execução fiscal. Ressalto que os fatos não foram questionados pela União - Fazenda Nacional, a qual apenas destacou 'que não possui oportunidade para análise investigativa e cautelosa de todos os processos e todos os interessados'.

Evidentemente, conforme já exposto, tal argumento não afasta a sua responsabilidade.

Ora, à luz dessas circunstâncias, há de se concluir que os fatos narrados na presente ação dão azo à indenização, diante da presença de elementos relevantes que conduzam à caracterização de um dano injusto e que implique em sentimento de mágoa e tristeza profunda ou comprometimento da imagem da parte autora.

Diante, pois, dessas circunstâncias, atento às peculiaridades do caso e aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixo a indenização por danos morais em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia suficiente para compor o gravame da parte ofendida, além de servir de alerta à ré para que seja mais cautelosa no que concerne ao ajuizamento de ações de execução fiscal. (grifei)

Nota-se, portanto, ser inviável analisar as teses defendidas no recurso especial, porquanto o STJ teria que afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte.

[...]

(REsp 1548124 - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - Publicada em 21/09/2015)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. XISTÊNCIA DE PARTICULARIDADES QUE EXTRAPOLAM O MERO DISSABOR. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE OBSERVÂNCIA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

VOTO

[...]

Tal entendimento, por certo, acaba por repercutir, em alguma medida, na caracterização do dano moral que, em determinadas situações, pode ser considerado in re ipsa, como por exemplo nas hipóteses em que acarrete a inscrição indevida do nome do consumidor nos órgãos de proteção ao crédito (AgInt nos EDcl no AREsp 987.274 SP, Relator o Ministro Raul Araújo, DJe de 1º/8/2017).

[...]

(AgInt no AREsp 1273916/PE AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0077694-4 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgado em 02/08/2018 - publicado no DJe de 10/08/2018)

No que se refere à responsabilidade da CEF, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como esposado no entendimento do C. STJ posto no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.

[...]

6. Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA - Julgamento em 05/09/2002 - Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

Portanto, devidamente comprovados o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, ensejando o dever de indenizar, por dano.

No que se refere ao quantum indenizatório, na hipótese de dano moral, é preciso que o juiz avalie, observado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, as circunstâncias em que se deram os fatos e as consequências dele decorrentes.

Além disso, em que pese o fato de que o valor indenizatório não deve caracterizar a situação de enriquecimento ilícito, deve ser arbitrado de forma a desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

Nesse sentido o julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

[...]

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

[...]

(REsp 210101/PR RECURSO ESPECIAL 1999/0031519-7 - Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - QUARTA TURMA - Julgamento em 20/11/2008 - Publicado no DJe de 09/12/2008)

Sendo assim, entendo que o valor de R\$ 20.000,00, fixado na r. sentença a título de indenização, deve ser minorado para R\$ 10.000,00, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter educativo de sua imposição, sem contudo configurar a hipótese de enriquecimento ilícito da parte.

Nesse sentido vem sendo o entendimento do C. STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA. ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ÍNFIMO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, somente será revisto o valor fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou excessiva, em desacordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que efetivamente ocorreu no caso dos autos.

Decisão agravada mantida.

[...]

VOTO

[...]

No caso, consoante se extrai dos autos, o Tribunal de Justiça fixou o valor da indenização por danos morais, decorrentes da inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito, em R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que faz com que a monta se mostre desarrazoada e se distancie dos critérios utilizados em casos semelhantes apreciados por esta Corte Superior.

Considerando a reprovabilidade da conduta da agravante, bem como o caráter coercitivo e pedagógico da indenização e o fato que a reparação não pode servir ao enriquecimento sem causa, imperioso majorar o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

(AgInt no AREsp 1281588/MG AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0091944-3 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgado em 07/08/2018 - Publicado no DJe de 14/08/2018)

Sustentamos os autores, em sede de contrarrazões, a ocorrência da hipótese de litigância de fê, sob o fundamento de que (ID 73264846):

[...]

E, é o que aqui ocorre, porquanto a APELANTE utiliza-se do manto protetor desta justiça para o fim de escusar-se de suas obrigações, tão somente com a finalidade de protelar o cumprimento da obrigação imposta pela r. sentença, faz arguições evidentemente desarrazoadas e sem fundamentos fáticos e jurídicos.

Assim, sábios Desembargadores, é de rigor a aplicação da pena de litigância de má-fé, pois o já assoberbado Poder Judiciário, que está à beira do colapso, não pode ser provocado com finalidades como as que nutrem a APELANTE.

[...]

Compulsando os autos, não se verifica prova da efetiva litigância de má-fé.

A parte temo direito de discutir a sua tese em juízo e aguardar a determinação judicial para cumprimento daquilo que for julgado como dever de fazer.

Assim, não há que se falar em condenação por litigância de má fé, por absoluta ausência de prova de sua ocorrência.

Nesse sentido o julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS

REJEITADOS.

[...]

2. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que "a boa-fé deve ser sempre presumida enquanto que a má-fé, ao contrário, necessita de prova escorreita de sua existência" (AgRg no AREsp 45.143/RJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJe 9/2/12).

[...]

(EDc) no MS 18714/DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA 2012/0122172-3 - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - PRIMEIRA SEÇÃO - Julgado em 27/11/2013 - Publicado no DJe de 17/12/2013)

Requer o autor, em sua peça de contrarrazões, a majoração dos honorários advocatícios, com fundamento no disposto no § 11 do art. 85 do CPC, estes fixados pela r. sentença em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ. Deste modo, majoro os honorários devidos pelo apelante para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação.

No que diz respeito à correção monetária e a incidência de juros de mora, observe-se o disposto no Tema 905 e na Súmula 54, ambos do C. STJ.

Quanto aos efeitos do julgamento do RE 870947, acrescente-se que o Plenário do STF, em sessão realizada no dia 03/10/2019, decidiu, por maioria de votos, rejeitar todos os embargos de declaração opostos no mencionado recurso extraordinário e não modular os efeitos da decisão anteriormente proferida.

Ante o exposto, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, nego provimento à apelação do autor e dou parcial provimento à apelação da CEF, apenas e tão somente para fixar o valor da indenização em R\$10.000,00, e determinar a aplicação do disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ECT. CONFIGURADA E RECONHECIDA. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DOS AUTORES EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR, POR DANOS MORAIS. CARACTERIZADO. APELAÇÃO DOS AUTORES E DA CEF, PARCIALMENTE PROVIDAS.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato dos autores terem seus nomes inscritos, indevidamente, no cadastro de inadimplentes, deve ser atribuída às rés, gerando o dever de indenizar por danos morais.

2. A correspondência foi postada pela CEF na agência da ECT e esta a entregou para pessoa diversa daquela que era a verdadeira destinatária. Portanto, a relação contratual de serviço mal prestado é entre a CEF e a ECT, não havendo qualquer relação com o que ocorreu entre os autores e a Caixa, haja vista que a relação consumerista entre estes é outra. Diante disso, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, o que não prejudica o exercício do direito de regresso, por parte da CEF.

3. Como visto no relato dos autores, a correspondência foi postada pela CEF na agência da ECT e esta a entregou a pessoa diversa daquela que era o verdadeiro destinatário. Portanto, a relação contratual de serviço mal prestado é entre a CEF e a ECT, não havendo qualquer relação com o que ocorreu entre os autores e a Caixa, haja vista que a relação consumerista entre estes é outra. Diante disso, acolho a preliminar de ilegitimidade ativa da ECT, o que não prejudica o exercício do direito de regresso por parte da CEF.

4. De plano há que se reconhecer que o fato danoso (inscrição indevida do nome dos autores em cadastro de inadimplentes) efetivamente ocorreu. Portanto, incontroverso o evento danoso. Outro fato inconteste é que a inscrição indevida foi ato da Caixa Econômica Federal - CEF. Portanto, o ato danoso está diretamente relacionado (nexo causal) com a conduta do agente.

5. Na espécie, inscrição indevida do nome do cidadão, em cadastro de restrição ao crédito, é a típica hipótese de dano a ser considerado in re ipsa, sendo presumida a sua ocorrência. Portanto, devidamente comprovado o dano, o evento danoso e o nexo de causalidade entre eles e a conduta do agente, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

6. O valor de R\$ 20.000,00, fixado na r. sentença, a título de indenização, deve ser minorado para R\$10.000,00, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter educativo de sua imposição, sem contudo configurar a hipótese de enriquecimento ilícito da parte.

7. A parte tem o direito de discutir a sua tese em juízo e aguardar a determinação judicial para cumprimento daquilo que for julgado como dever de fazer. Assim, não há que se falar em condenação por litigância de má fé, por absoluta ausência de prova de sua ocorrência.

8. Tratando-se de sentença proferida na vigência do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários recursais, nos termos do § 11 do art. 85 do referido diploma legal, conforme posto no Enunciado Administrativo nº 7 do C. STJ. Deste modo, majoro os honorários devidos pelo apelante para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação.

9. Acolhida a preliminar de ilegitimidade da ECT e dá-se parcial provimento à apelação dos autores e da CEF, apenas e tão somente para fixar o valor da indenização em R\$10.000,00, e determinar a aplicação do disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva da ECT, negou provimento à apelação do autor e deu parcial provimento à apelação da CEF, apenas e tão somente para fixar o valor da indenização em R\$10.000,00, e determinar a aplicação do disposto na Súmula 54 e no Tema 905, ambos do C. STJ, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000652-24.2017.4.03.6140
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PIXOLE COMERCIO DE ARTEFATOS DE COURO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: ANIELLE KARINE MANHANI FELDMAN - SP317034-A, TERESA CRISTINA HENRIQUES DE ABREU - SP266416-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000652-24.2017.4.03.6140
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PIXOLE COMERCIO DE ARTEFATOS DE COURO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: ANIELLE KARINE MANHANI FELDMAN - SP317034-A, TERESA CRISTINA HENRIQUES DE ABREU - SP266416-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com a exclusão do ICMS a recolher. Por fim, registrou que a incerteza do valor da condenação impede a utilização dos percentuais do art. 85, § 3º, do CPC/15 para o arbitramento da honorária devida (123952269).

Resposta (131822263).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000652-24.2017.4.03.6140
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PIXOLE COMERCIO DE ARTEFATOS DE COURO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: ANIELLE KARINE MANHANI FELDMAN - SP317034-A, TERESA CRISTINA HENRIQUES DE ABREU - SP266416-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Quanto à condenação em honorários fixada em sentença, a matéria não foi impugnada em apelo ou em agravo pela União Federal, ficando descabida sua discussão em sede de aclaratórios. Nada obstante, registre-se a possibilidade de controle jurisdicional quando da liquidação do julgado se atestada a desarrazoabilidade da honorária alcançada após precisado o valor do proveito econômico obtido pela autora.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos declaratórios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000575-06.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PACK BIG BAG INDUSTRIA DE EMBALAGENS E SERVICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000575-06.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PACK BIG BAG INDUSTRIA DE EMBALAGENS E SERVICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar fatos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123952980).

Resposta (128147001).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000575-06.2017.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PACK BIG BAG INDUSTRIA DE EMBALAGENS E SERVICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000952-70.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A, ARISTIDES FRANCISCO DOS SANTOS JUNIOR - SP221817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000952-70.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A, ARISTIDES FRANCISCO DOS SANTOS JUNIOR - SP221817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741532).

Resposta (128395240).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000952-70.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TILIBRA PRODUTOS DE PAPELARIA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: LUIZ FERNANDO MAIA - SP67217-A, ARISTIDES FRANCISCO DOS SANTOS JUNIOR - SP221817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Atente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0008466-71.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VALERIA MARINO
Advogado do(a) APELANTE: VALERIA MARINO - SP227933-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0008466-71.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VALERIA MARINO
Advogado do(a) APELANTE: VALERIA MARINO - SP227933-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu provimento à apelação.

A ementa (ID 107302881):

“TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA PELA FAZENDA - DEVIDA A CONDENAÇÃO DA UNIÃO AO PAGAMENTO DE VERBA HONORÁRIA.

1. A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor atualizado do débito, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, em consideração à elevada importância social da causa tributária e ao zelo profissional dos advogados.

2. Apelação provida.”

A apelada, ora embargante, sustenta omissão na aplicação do princípio da causalidade.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0008466-71.2002.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VALERIA MARINO
Advogado do(a) APELANTE: VALERIA MARINO - SP227933-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente:

"O processo civil tem regra para a propositura de execução mal aparelhada: "O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução" (art. 574, do CPC/73).

Na execução fiscal, a norma de responsabilização foi mitigada: "Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de dívida ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes" (art. 26, da LEF).

Nos casos de extinção da execução fiscal, com fundamento no art. 26, da Lei n. 6.830/80, o cabimento da condenação do exequente ao pagamento de verba honorária deve ser analisado à luz do princípio da causalidade.

A jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DO DÉBITO PELA EXEQÜENTE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DA DATA DE APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RETIFICADORA, SE HOUVER, EM COTEJO COM A DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que vem dotado de fundamentação suficiente para sustentar o decidido.

2. Em sede de execução fiscal é impertinente a invocação do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97, tendo em vista que o Plenário do STF, em sessão de 29.09.2004, julgando o RE 420.816/PR (DJ 06.10.2004) declarou incidentalmente a constitucionalidade da MP n. 2180-35, de 24.08.2001 restringindo-lhe, porém, a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730).

3. É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. N° 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG N° 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp N° 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. N° 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.

4. Tendo havido erro do contribuinte no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, é imprescindível verificar a data da apresentação do documento retificador, se houver, em cotejo com a data do ajuizamento da execução fiscal a fim de, em razão do princípio da causalidade, se houver citação, condenar a parte culpada ao pagamento dos honorários advocatícios.

5. O contribuinte que erra no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF deve ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários advocatícios, por outro lado, o contribuinte que a tempo de evitar a execução fiscal protocola documento retificador não pode ser penalizado com o pagamento de honorários em execução fiscal pela demora da administração em analisar seu pedido.

6. Hipótese em que o contribuinte protocolou documento retificador antes do ajuizamento da execução fiscal e foi citado para resposta com a conseqüente subsistência da condenação da Fazenda Nacional em honorários.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ, RESP 1111002, Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE de 01/10/2009)

No caso concreto, o feito foi extinto, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil. A Fazenda Nacional reconheceu a ocorrência da prescrição intercorrente. O valor da Certidão da Dívida Ativa é de R\$ 15.944,44.

A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor atualizado do débito, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil, em consideração à elevada importância social da causa tributária e ao zelo profissional dos advogados."

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIMO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO: INEXISTÊNCIA-PREQUESTIONAMENTO – REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000644-58.2017.4.03.6104

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: ROSELI BAPTISTA CARACA FERREIRA DE ASSUMPCAO

Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO VINICIUS PERAMA COSTA - SP303966-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ROSELI BAPTISTA CARACA FERREIRA DE ASSUMPCÃO, nos autos da ação ordinária, por esta ajuizada, objetivando concessão do benefício de pensão especial, ao portador de Síndrome de Talidomida, bem como da indenização prevista na Lei nº 12.190/2010.

Durante a instrução processual foi realizada perícia médica judicial, cujo laudos e complementos foram juntados, (ID. 88002910 e 88002952).

A autora impugnou a conclusão do perito e requereu nova perícia com geneticista, pedido o qual foi indeferido, objeto de agravo de instrumento, o qual foi processado junto a esta E. Corte Regional, porém, não conhecido, (ID. 88003036).

A r. sentença julgou improcedente o pedido inicial, com base no laudo pericial em que não foi constatada a Síndrome de Talidomida. Condenação da autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa, cuja execução observará o disposto no artigo 98, § 3º do CPC. Comisenção de custas, (ID.88002980).

Em suas razões de apelação a autora pretende a anulação da sentença, como reconhecimento de cerceamento de defesa, porquanto fora solicitada a realização de perícia médica por médico geneticista, porém a perícia foi realizada por médico especialista em cabeça e pescoço, o que está em desacordo com o preconizado pelos artigos 465, 473, III, do CPC. Alega, ainda a ocorrência de plágio, no laudo apresentado afirmando que o perito se utilizou de um trecho retirado de um site da Internet para as conclusões apresentadas. Requer: a) "que seja encaminhado ofício ao Ministério Público Federal para fim de apuração do recebimento de honorários periciais pelo perito, que "copiou e colocou laudo da Internet, não fazendo da perícia um ato único, visto que os casos disponíveis na internet divergem da realidade fática"; b) "seja autorizado o encaminhamento de ofício para o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) a fim de que seja instaurado processo administrativo, visto que ao ser especialista em cirurgias no ombro e no pescoço, faltou expertise para realizar a perícia médica judicial, fazendo com o que o obrigasse a pegar um resumo do tema na internet, (ID. 88003034).

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

A Procuradoria Regional da República se manifestou nos presentes autos, pela extinção do feito, sem resolução do mérito, e subsidiariamente, pelo não provimento da apelação, (ID. 125592428)

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "*Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.*" ("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "*a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos*" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e, São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*". Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017).

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Alegado cerceamento de defesa

Anoto-se que a determinação ou não sobre a realização das provas (e valoração destas) é faculdade do Juiz, uma vez que ele é o destinatário delas e, pode, para apurar a verdade e elucidar os fatos, ordenar a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, e indeferir aquelas que, eventualmente, considerá-las impertinentes, inúteis ou protelatórias.

Afirma-se que o Juiz tem a mais extensa liberdade de apreciação quanto à necessidade da produção de provas, devendo autorizar as que forem necessárias ao efetivo deslinde dos fatos, e indeferir as que, no seu entender se mostrarem inúteis para a resolução da contenda.

Ainda, nos termos do art. 370 do CPC/2015 (art. 130, do CPC/1973), o que deve prevalecer é a prudente discricionariedade do magistrado na análise da necessidade ou não da realização da prova, de acordo com as particularidades do caso concreto.

Ainda, não obstante o artigo 465, do CPC, estabelecer que a perícia deva ser realizada por médico especialista, esta Egrégia Corte Regional, tem, reiteradamente, afastado a exigência de laudo pericial feito por médico geneticista, em casos em que se discute a comprovação do acometimento da Síndrome de Talidomida. Confira-se os julgados neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INSS. PENSÃO ESPECIAL PARA PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA. LEI 7.070/82. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL AFASTADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1-Cuida-se de apelação interposta pela autora contra a sentença que julgou improcedente os pedidos de concessão da pensão especial vitalícia para vítimas de Talidomida, prevista na Lei nº 7.070/82, e por dano moral, promovida em face do INSS. 2- Cumpre por primeiro assinalar que o fato da autora/apelante ter nascido em 1968 não afasta a possibilidade de ter sido vítima do uso da Talidomida, pois embora a droga tenha sido retirada de circulação a partir de 1965, continuou sendo usada para outros tratamentos relativos à Hanseníase. O que é realmente imperativo é que exista nexo de causalidade entre a deficiência física e a Síndrome de Talidomida, comprovada pelo diagnóstico de médico especialista. 3- Esse primeiro exame não foi feito por um médico geneticista, e sua conclusão se pautou também na afirmação de que a genitora da autora ingeriu a substância talidomida durante a gestação, conforme declarado no questionário inicial de fls. 41, mas tal afirmativa não foi confirmada no decorrer da perícia do INSS ou mesmo nos autos. A primeira perícia feita pelo INSS foi conclusiva pela ausência de nexo causal entre a deficiência física da autora e a Síndrome da Talidomida. 4- Em que pese tenha sido destacado no laudo o fato da autora ter nascido em 1968, após o período de comercialização do medicamento, afirmou-se que as deformidades apresentadas não são decorrentes do uso de Talidomida pela mãe da autora durante a gestação. Assinala-se que ante a ocorrência de anomalia craniofaciais na família da apelante (fenda lábio-palatina em sua filha), a perícia considerou que não pode ser afastado o mecanismo genético. 5- Diante do quadro probatório, restou comprovado nos autos que a deficiência física da autora/apelante não é compatível com o espectro da Síndrome da Talidomida, evidenciado pelo defeito congênito não ser bilateral ou simétrica nos membros afetados. 6- Ante a inexistência de causalidade entre a deficiência física e a Síndrome de Talidomida, forçoso reconhecer que a autora/apelante não preenche os requisitos para a concessão da pensão especial. 7- O que se verifica é que a apelante insatisfeita com o julgado pretende a realização de uma quarta prova pericial técnica, sem que tenha se insurgido no momento processual oportuno, com a finalidade de evitar a preclusão da matéria. 8- O dano moral questionado refere-se ao chamado dano indireto ou reflexo, pois decorre da violação de outro bem, logo, concluiu que a apelante não faz jus à pensão especial, não há como caracterizar e aferir o dano moral dele decorrente.(APELAÇÃO CÍVEL - 2033066 ..SIGLA CLASSE: ApCiv 0014342-63.2010.4.03.6105 ..PROCESSO ANTIGO: 201061050143421 ..PROCESSO ANTIGO_FORMATADO: 2010.61.05.014342-1, ..RELATORC.: TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2017 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2:..FONTE_PUBLICACAO)”

“PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO ESPECIAL AOS PORTADORES DA DEFICIÊNCIA FÍSICA. SÍNDROME DA TALIDOMIDA. JUIZ NÃO ADSTRITO AO LAUDO. OUTROS ELEMENTOS PARA FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO MAGISTRADO. BENEFÍCIO INDEVIDO. 1. A pensão especial devida aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" está prevista na Lei nº 7.070/82. 2. A impossibilidade de produção de laudo pericial por médico geneticista não impede o julgamento com base em outros elementos de convicção do magistrado. 3. O laudo pericial produzido em Juízo afirma que as lesões apresentadas não são características da Síndrome da Talidomida. 4. De acordo com a Associação Brasileira de Portadores da Síndrome de Talidomida (ABPST): "A talidomida tem por característica BILATERALIDADE E SIMETRIA, normalmente a talidomida não afeta isoladamente um dos membros". 5. Apelação da parte autora desprovida.(APELAÇÃO CÍVEL - 2318768 ..SIGLA CLASSE: ApCiv 0001617-82.2019.4.03.9999 ..PROCESSO ANTIGO: 201903990016177 ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO: 2019.03.99.001617-7, ..RELATORC.: TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/10/2019)”

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL PARA PORTADORES DA SÍNDROME DE TALIDOMIDA. LEI Nº 7.070/82. LEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENFERMIDADE. PROVA PERICIAL DESFAVORÁVEL AO AUTOR. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. - O INSS é parte legítima para responder pela ação, nos termos do artigo 3º, do Decreto nº 7.235/2010, o qual regulamentou a Lei nº 12.190/2010. Precedentes. - A talidomida foi um remédio utilizado em vários países e conforme se comprovou depois, capaz de atacar o feto em geração, fazendo com que muitas crianças nascessem com várias deformações físicas, tais como braços pequenos, falta de mão, dedos, etc. - Ao que se depende dos autos, com a liberação ocorrida em 1965, quando já eram conhecidos os efeitos da talidomida sobre as gestantes, mesmo assim, o governo brasileiro não cercou de prudência tal liberação e, surgiu então, a chamada segunda geração das vítimas da talidomida. - No caso concreto, no entanto, observa-se do laudo pericial que não há comprovação de nexo causal entre a deficiência do autor com a utilização de talidomida. Ademais, houve complementação do laudo, no qual o perito reafirmou o entendimento da perícia anterior. - Dessa forma, a conclusão do magistrado a quo, à qual adiro, deu-se no sentido de que os laudos médicos demonstraram que a deficiência apresentada pelo autor não é característica da Síndrome da Talidomida, bem como a inexistência de relação de causalidade entre a deficiência apresentada pelo autor e a ingestão do referido medicamento por sua progenitora, motivo pelo qual o pedido é improcedente. - Apelação improvida. (APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA CLASSE: ApCiv 0000922-31.2010.4.03.6318 ..PROCESSO_ANTIGO: ..RELATORC.: TRF3 - 4ª Turma, e- DJF3 Judicial 1 DATA: 05/03/2020)”

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL (LEI 7.070/1982) E INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (LEI 12.190/2010). SÍNDROME DE TALIDOMIDA. PROVA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ARTIGO 333, I, CPC/1973. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A pensão especial da Lei 7.070/1982 e a indenização da Lei 12.190/2010 foram instituídas em favor dos portadores da síndrome de talidomida, cuja concessão depende da prova do nascimento no período de comercialização da droga no país e da caracterização da deficiência típica associada à efetivação utilizada do medicamento na gestação.

2. A prova técnica, em que se baseou a pretensão do autor, não é sequer conclusiva, apenas sugere a possibilidade de caracterização da síndrome associada à utilização da talidomida na gestação, mas o acervo probatório, formado por parecer médico produzido na fase administrativa e laudos médicos judiciais, foi, ao contrário, firme no sentido de que as deficiências congênitas do autor não condizem com a situação específica, que autoriza a concessão dos benefícios pleiteados.

3. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2124304 - 0002412-37.2013.4.03.6107, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 06/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/10/2016)”

No caso dos autos não há motivos para se desconsiderar a perícia realizada, porquanto além de não ser comprovada a Síndrome Talidomídica, necessária ao recebimento da pensão especial pretendida, nestes autos também restou comprovado que a autora não preenche os demais requisitos necessários preconizados pela lei de regência, conforme será demonstrado. Vejamos.

A Lei nº 7.070/82, que trata da pensão especial aos deficientes físicos, portadores da “Síndrome da Talidomida”, possui a seguinte disposição:

“Art 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a conceder pensão especial, mensal, vitalícia e intransferível, aos portadores da deficiência física conhecida como "Síndrome da Talidomida" que a requererem, devida a partir da entrada do pedido de pagamento no Instituto Nacional de Previdência Social - INPS.

§ 1º - O valor da pensão especial, reajustável a cada ano posterior à data da concessão segundo o índice de Variação das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional ORTN, será calculado, em função dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física, à razão, cada um, de metade do maior salário mínimo vigente no País.

§ 2º - Quanto à natureza, a dependência compreenderá a incapacidade para o trabalho, para a deambulação, para a higiene pessoal e para a própria alimentação, atribuindo-se a cada uma 1 (um) ou 2 (dois) pontos, respectivamente, conforme seja o seu grau parcial ou total.

Art 2º - A percepção do benefício de que trata esta Lei dependerá unicamente da apresentação de atestado médico comprobatório das condições constantes do artigo anterior, passado por junta médica oficial para esse fim constituída pelo Instituto Nacional de Previdência Social, sem qualquer ônus para os interessados.

Art. 3º. A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica. (Redação dada pela Lei nº 12.190, de 2010).

§ 1º O benefício de que trata esta Lei é de natureza indenizatória, não prejudicando eventuais benefícios de natureza previdenciária, e não poderá ser reduzido em razão de eventual aquisição de capacidade laborativa ou de redução de incapacidade para o trabalho, ocorridas após a sua concessão. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997) (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001)”

Quanto ao valor da pensão especial, a Lei nº 7.070/82, foi alterada sucessivas vezes, pela Lei nº 8.686/93, e Lei nº 13.638/2018), a qual deixou de transcrever, por não ser importante à presente discussão.

No que diz respeito à indenização por danos morais decorrente do mesmo evento, infere-se dos termos da Lei nº 12.190/2010 que este direito foi previsto aos portadores da Síndrome de Talidomida de forma complementar ao direito à pensão especial que foi regulado pela Lei nº 7.070/82, em situação análoga prevendo que tal indenização também será suportada pelas dotações orçamentárias próprias da União (art. 4º).

“LEI Nº 12.190, DE 13 DE JANEIRO DE 2010 (DOU de 13.1.2010). Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências.

Art. 1º. É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982).

Art. 2º. Sobre a indenização prevista no art. 1º não incidirá o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza.

Art. 3º. O art. 3º da Lei nº 7.070, de 1982, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica.” (NR)

Art. 4º. As despesas decorrentes do disposto nesta Lei correrão à conta de dotações próprias do orçamento da União.

Art. 5º. A indenização por danos morais de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com qualquer outra da mesma natureza concedida por decisão judicial.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo os efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 2010.

Dai se conclui pela leitura da legislação de regência que a percepção da pensão especial e da indenização dela decorrente pressupõe o preenchimento das condições elencadas na lei que são: ser o beneficiário portador da Síndrome da Talidomida e a existência de dependência que comprometa a **capacidade para o trabalho, a deambulação, a higiene pessoal e a própria alimentação**, comprovados por atestado médico.

Em sua inicial, para comprovar o direito alegado, a autora se limitou a instruir os autos com fotos que demonstram sua deficiência física (má formação do membro superior esquerdo), alegando também possuir severas limitações para o trabalho, deambulação, higiene pessoal e alimentação (ID. 88002377, 88002885, 88002884).

Ainda, para a comprovação da Síndrome da Talidomida, a autora requereu a perícia médica, que nestes autos foi realizada por perito designado pelo juízo que afastou a ocorrência da Síndrome de Talidomida, bem como **afastou a ocorrência de quaisquer incapacidade**, e afirmou que a autora foi aposentada por tempo de contribuição, já que trabalhou por mais de 30 anos.

Em resposta aos quesitos da autora o perito informou a inexistência de focomelia (má formação congênita na qual o membro todo é rudimentar e curto, parecido com a nadadeira de uma foca), e apontou a agenesia congênita da mão esquerda.

Nesta toada, o laudo pericial realizado de acordo com os ditames do artigo 473, incisos I, II, III, IV e § 1º, do CPC, está devidamente embasado na anamnese da apelada, em exames físicos e clínicos e na literatura médica, sendo firme em afastar a Síndrome de Talidomida.

Por outro lado, não se pode olvidar que a pensão especial e a indenização por danos morais dela decorrente serão fixados em conformidade com os parâmetros dispostos na legislação, ou seja, devem ser calculados em função dos pontos indicadores da **natureza e do grau de dependência resultante da deformidade física**, conforme disposto no artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.070/82, supratranscrita.

Neste contexto, a autora se preocupou em contestar o laudo pericial somente no que diz respeito à ausência da Síndrome de Talidomida, sendo silente no que toca à ausência de dependência (comprometimento da capacidade física), o que configura o segundo requisito legal à concessão da pensão especial e da indenização por danos morais decorrente.

Anoto, por oportuno, que a autora se aposentou por tempo de contribuição, recebendo o benefício nº 1747304023 desde 02/12/2011, (ID. 88002961), por ter laborado por mais de 30 anos como assistente administrativa e professora de escola particular, fatos inclusive relatados pelo perito judicial e constante nos autos do processo nº 0000699-64.2013.403.6321, que tramitou perante o Juizado Especial Federal, em fase de Execução. A autora é também servidora pública Municipal, desde 07/08/1979, ocupante de cargo público e vinculada a Regime Próprio de Previdência Social, com recolhimento previdenciário em favor do IPRESP – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO VICENTE (ID 88002924 – FL. 4). Tais fatos comprovam que a deficiência da autora nunca implicou em incapacidade laboral, o que afasta o grau de dependência resultante da deformidade física que dizem respeito às limitações para o trabalho, para a deambulação, para a higiene pessoal e para a alimentação.

Desta forma, em que pese ser a autora portadora de deficiência física congênita, não restou demonstrado que esta decorre da Síndrome de Talidomida, razão pela qual adoto como razões de decidir o laudo pericial produzido pelo perito do juízo, o qual apresenta-se completo, fornecendo elementos suficientes para a formação da convicção do magistrado a respeito da questão, razão pela qual não há que se falar em realização de nova perícia médica com médico geneticista.

No que tange ao pedido da apelante que diz respeito ao encaminhamento de ofício ao Ministério Público, para apuração de recebimento por parte do médico perito dos honorários periciais, os quais a apelante entende não serem devidos, por ter sido apresentado laudo com base em “plágio da internet”, anoto que o perito designado apresentou laudo técnico devidamente embasado na anamnese da apelada, em exames físicos e clínicos e na literatura médica, bem como foi esclarecido no laudo complementar a utilização de pesquisa na internet com a transcrição da fonte, o que entendo suficiente a embasar a convencimento deste juízo, não havendo que se falar em quaisquer irregularidade no trabalho apresentado.

Outrossim, no que diz respeito ao pedido de encaminhamento de ofício para o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), a autora deverá valer-se de meios próprios e ações autônomas, caso remanesça o seu descontentamento.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Relativamente à verba honorária, determino a majoração dos honorários anteriormente arbitrados em 1% (um por cento), nos termos do art. 85, § 11, do mesmo Código, observado o disposto no artigo 98 do mesmo Código.

Ante o exposto, **nego provimento à apelação** interposta pela autora, com majoração dos honorários anteriormente arbitrados em 1% (um por cento), nos termos do art. 85, § 11, do mesmo Código, observado o disposto no artigo 98 do mesmo Código.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017820-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: TANIA SOARES DOS SANTOS
Advogados do(a) AGRAVADO: RENATO JOSE FERREIRA - SP428218, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A, PRISCILLA MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO FEDERAL, em face de decisão proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Federal de São Bernardo do Campo/SP, nos autos da ação ordinária ajuizada por TANIA SOARES DOS SANTOS, objeto do processo nº 5002973-08.2020.403.6114, que deferiu pedido de tutela de urgência, para determinar que a ora agravante fornecesse à autora, portadora de câncer nos rins, com metástase óssea e irradiação para as partes moles do quadril, o medicamento “Cabozantinib 60mg”, conforme prescrição médica, a contar da intimação da decisão, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais) até o limite de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) (Id nº 33338867, dos autos principais).

A União/agravante sustenta, em síntese, ausência dos requisitos previstos no art. 300 do CPC à concessão da tutela de urgência à autora, não havendo comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo para o deferimento do pedido de forma antecipada.

Consignou que a autora pretende fornecimento de medicação não disponibilizada pelo SUS, fazendo-se necessária a produção de prova pericial para demonstração da existência da doença e da necessidade do medicamento requerido. Daí, o descabimento da concessão da tutela antecipada.

Destacou, ainda, a inexistência de demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia da autora, dos fármacos fornecidos pelos SUS, conforme orientação assentada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.657.156, apreciado sob o regime dos recursos repetitivos.

Requeru, por fim, concessão de efeito suspensivo para sustar os efeitos da decisão agravada, ou, o deferimento da antecipação da tutela recursal, para cassar a decisão agravada que antecipou os efeitos da tutela nos autos da ação subjacente (Id 135906165).

É o relatório.

Decido.

Nos termos do art. 1.019, do CPC/2015, “o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão.”

Neste caso, em sede de cognição sumária, é de se indeferir o pedido de efeito suspensivo, com fulcro nos fundamentos a seguir declinados.

Frise-se, inicialmente, que a questão em debate, ou seja, a possibilidade de fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do Sistema Único de Saúde (Tema 106), foi decidida pelo E. STJ, em julgamento realizado sob o rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 1.036, do CPC/2016, nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL, REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTE DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14/15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azarga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036, DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.”

(STJ, REsp 1.657.156/RJ, Primeira Seção, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

Entretanto, destaco, que, pendendo de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, o julgamento do RE 566.471, relativo à questão da obrigatoriedade do Estado assegurar o fornecimento de fármaco de alto custo, o Supremo decidiu, na data de 11 desde mês de março de 2020, que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), ressalvadas situações excepcionais que serão definidas na formulação da tese de repercussão geral.

Assim para concessão judicial de medicamentos há que se verificar a demonstração de enquadramento do caso aos critérios definidos no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156, e levar em conta a diretriz do Supremo Tribunal Federal, estabelecida no julgamento do RE 566.471, na linha de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos não constantes da lista de fornecimento do SUS, mesmo que este fato, por si só, possa não afastar a possibilidade de o poder Judiciário decidir pelo fornecimento de fármaco não constante da lista do ente público em situações excepcionais, ainda pendente de ser aprovada a tese pela Corte Suprema.

Pois bem. No caso, a agravada carreu aos autos da ação subjacente, relatório subscrito pela médica que a assiste, datado de 13/05/2020 (Id nº 33289040), do qual se constata a necessidade da troca da medicação até então administrada à postulante, assim como a superveniência da ineficácia daquele medicamento, com o passar do tempo, verificando-se, assim, a conformidade do citado laudo com o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, consta que a autora, diagnosticada com neoplasia de células renais (CID 10, C79), foi submetida, em 18/04/2014, a nefrectomia direita, por carcinoma de células claras e, em janeiro de 2016, teve que se submeter a costectomia por acometimento secundário da quarta costela direita. Em abril do mesmo ano, passou a utilizar o medicamento Sustent, disponibilizado pelo SUS, e, no período de 13 a 26/06/2016 submeteu-se a radioterapia de hemipelve direita e fêmur.

Desde 2016 vinha utilizando o medicamento Sustent, que, segundo a médica apresentava “boa tolerância”. Todavia, em 2020, exames realizados pela paciente (tomografia em janeiro e cintilografia óssea em fevereiro), evidenciaram a progressão da doença, e, sendo submetida a avaliação pelas equipes de radioterapia e cirúrgica, tais possibilidades não foram vislumbradas. Diante do quadro de piora da doença, e impossibilidade de outras terapias, prescreveu alteração medicamentosa, entendendo que o fármaco “Cabozantinib” trará mais benefícios para a autora, com base no comportamento da doença e resposta anterior ao medicamento.

Constata-se, desse modo, que o relatório médico apontou que apesar das cirurgias, da aplicação de radioterapia e do uso de fármaco específico para sua patologia, não houve remissão da doença grave a que acomete a agravada. Pelo contrário, após quatro anos de tratamento com o medicamento disponibilizado pelo SUS (Sustent), a doença se agravou, tendo sido detectadas metástase óssea e irradiação para as partes moles do quadril, conforme informado na petição inicial, de modo que, a meu ver, resta caracterizada a hipótese excepcional prevista no julgamento do E. Supremo Tribunal Federal, a ser considerada se afirir a necessidade da medicação de alto custo pleiteada, mesmo em se tratando de fármaco não constante da listagem do SUS.

Assim, verifica-se, no caso, o atendimento aos requisitos previstos no julgamento, pelo STJ, do REsp nº 1.657.156/RJ, no que respeita, à existência de laudo do médico que assiste a requerente, comprobatório da necessidade do medicamento pleiteado, bem como da ineficácia do fármaco fornecido pelo SUS, que vinha sendo utilizado; a falta de recursos financeiros da agravada para arcar com os custos da medicação; e o registro do medicamento prescrito perante a ANVISA.

No que respeita à não incorporação do medicamento na lista de dispensação do SUS, concluo que o relatório da médica da autora, e os exames de imagem recentes por ela realizados, diante dos quais se constatou a piora do quadro de sua doença, daí concluindo a profissional que a acompanha pela necessidade de alteração do medicamento em uso, configura situação excepcional que permite o fornecimento, por decisão judicial, do medicamento de alto custo pleiteado.

Nessa esteira, à vista do laudo emitido pela médica que assiste a ora agravada, havendo registro do medicamento pretendido na ANVISA (STJ/REsp nº 1.657.156/RJ), e, apesar de não se encontrar o fármaco em questão, incorporado ao SUS (STF/RE 566.471), tenho por caracterizada situação excepcional para compelir o ente público a fornecer a medicação prescrita.

Ante o exposto, **indefiro o pedido de efeito suspensivo** ao recurso.

Comunique-se ao Juízo a quo.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no art. 1.019, inc. II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017773-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL

AGRAVADO: EDSON RIBEIRO JUNIOR, D. D. C. R.
Advogado do(a) AGRAVADO: THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI - SP372675-A
Advogado do(a) AGRAVADO: THIAGO APARECIDO ALVES GIOVINI - SP372675-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Preliminarmente, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, no prazo legal.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005205-88.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: STOLLE MACHINERY DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CAIO MARCELO VAZ DE ALMEIDA JUNIOR - SP150684-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005205-88.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: STOLLE MACHINERY DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CAIO MARCELO VAZ DE ALMEIDA JUNIOR - SP150684-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que deu provimento à apelação.

A ementa (ID 104987013):

“MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – REINTEGRA – REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE CREDITAMENTO – ANTERIORIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade, no âmbito do Reintegra.

2. O Decreto nº 9.393/18, ao reduzir o percentual de creditamento, promoveu aumento tributário indireto. Deve observar os regimes de anterioridade.

3. Apelação provida.”

A União, ora embargante (ID 124861163), aponta omissões: não seria possível a subsunção do caso aos precedentes jurisprudenciais citados, por inocorrência de majoração indireta de tributo no âmbito do Reintegra, dada a delegação de competência ao executivo para editar atos atinentes à Lei Federal nº 13.043/2014.

Requer a correção do julgado.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Resposta da embargada (ID 129163980).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005205-88.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: STOLLE MACHINERY DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELANTE: CAIO MARCELO VAZ DE ALMEIDA JUNIOR - SP150684-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 104987012):

“A modificação do regime de creditamento é regular, desde que observados os critérios constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal tem determinado a observância da anterioridade anual e nonagesimal, no âmbito do Reintegra:

Ementa: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser imperativa a observância do princípio da anterioridade, geral e nonagesimal (art. 150, III, b e c, da Constituição Federal), em face de aumento indireto de tributo decorrente da redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA).

2. Nesse sentido, o RE 964.850 AgR, desta 1ª Turma, Relator o ilustre Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 8/5/2018; e o RE 1.081.041 AgR, 2ª Turma, Relator o ilustre Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 27/4/2018.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC/2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.

(RE 1040084 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-120 DIVULG 15-06-2018 PUBLIC 18-06-2018).

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nonagesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018).

O Decreto nº. 9.393/18, ao reduzir o percentual de creditamento, promoveu aumento tributário indireto. Deve observar os regimes de anterioridade.

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, dou provimento à apelação.”

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidez jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018351-47.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: FANAVID FABRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANCA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MATILDE GLUCHAK - SP137145-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018351-47.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: FANAVID FABRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANCA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MATILDE GLUCHAK - SP137145-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento e julgou prejudicado o agravo interno.

A ementa (ID 99702014):

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAÇÃO DE EVENTUAL ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - PERICULUM IN MORA PRESUMIDO ILEGITIMIDADE PASSIVA - INDISPONIBILIDADE DE BENS - ARTIGO 7º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 8.429/92 - ALCANCE: INCLUSÃO DA MULTA CIVIL.

1 A indisponibilidade é cabível quando da identificação, em juízo preliminar, de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou que enseje enriquecimento ilícito, pelos réus.

2. A decretação da cautelar independe de dilapidação patrimonial, pelos réus: o “periculum in mora” é reverso, em favor da Sociedade. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de julgamento repetitivo.

3. A postulação está em linha de harmonia com o sistema racional da Lei de Improbidade Administrativa. Nas hipóteses da Seção III, como não há prejuízo patrimonial ao Erário ou enriquecimento ilícito do infrator, a sanção econômica é a multa.

4. No caso concreto e nessa análise inicial, verifica-se que a petição inicial relata a prática, em tese, de atos de improbidade administrativa que implicaram lesão ao erário.

5. Não parece justificável, todavia, a fixação do valor da multa em valor superior ao do suposto dano ao Erário. A Lei de Improbidade Administrativa tem eficiente sistema punitivo. A elevação do valor da multa, ao lado das demais sanções, precisa ser objeto de justificção razoável, compatível com a eventual gravidade dos fatos.

6. Agravo de instrumento provido, em parte, para autorizar a constrição, no valor de uma vez o custo do projetado dano ao Erário. Agravo interno prejudicado.

A agravante, ora embargante (ID 123752959), aponta omissão na análise dos artigos 7º, parágrafo único, da Lei Federal nº. 8.429/92, e 300, do Código de Processo Civil. Não seria viável a decretação da indisponibilidade de bens, porque a agravante não teria auferido benefício econômico, na medida que foi excluída dos parcelamentos.

Requer, a final, o questionamento da matéria com a finalidade de interposição de recursos às Cortes Superiores.

Resposta (ID 128716500).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018351-47.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: FANAVID FABRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANCA LTDA.
Advogado do(a) AGRAVANTE: MATILDE GLUCHAK - SP137145-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 99702013):

“*** Indisponibilidade e “periculum in mora” ***

A Lei Federal nº. 8.429/92:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade é cabível quando da identificação, em juízo preliminar, de ato de improbidade que cause lesão ao patrimônio público ou que enseje enriquecimento ilícito, pelos réus.

A decretação da cautelar independe de dilapidação patrimonial, pelos réus, porque o “periculum in mora” é reverso, em favor da Sociedade.

Essa é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de repetitividade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992. QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLETA PRIMEIRA SEÇÃO. (...)

5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.

6. Recursos especiais providos, a que restabeleceu a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos.

7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ.

(REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

*** Legitimidade passiva da agravante e prova da lesão ao erário ***

No caso concreto, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública para a apuração de eventual ato de improbidade na atuação de agente público (analista tributário da Receita Federal do Brasil), por ocasião da análise de pedidos de parcelamento tributário.

Os fatos expostos na petição inicial (ID 81811770):

“A presente demanda tem por objeto os fatos apurados no âmbito do Processo Administrativo Disciplinar n. 16302.000036/2013-51, instaurado no âmbito do Escritório de Corregedoria da Receita Federal na 8ª Região Fiscal, por meio da Portaria Escor08 n. 105, de 21/02/2014, para investigar irregularidades administrativas ocorridas.

Destaca-se que o objetivo inicial do PAD era investigar fatos relatados em representação oriunda da Delegacia Especial de Administração Tributária em São Paulo (DERAT/SP), a qual noticiava possível irregularidade na inclusão da modalidade de parcelamento da Lei n. 11.941/09 no âmbito da PGFN, realizada por meio do ora acusado, que não detinha competência para a prática daqueles atos.

Esse caso foi posteriormente denominado “CASO 01”, uma vez que, no curso das investigações, foram encontrados outros 22 casos nos quais o servidor acusado teria agido indevidamente, e sobre os quais se discorrerá adiante.

(...)

7. Os eventos manuais efetuados no CASO 07, em 28/10/2010, incluíram a empresa FANAVID FABRICA NACIONAL DE VIDROS DE SEGURANÇA LTDA. no parcelamento da Lei 11941/09 nas modalidades RFB-DEMAIS-ART-3 e RFB-VER-ART-3, os quais foram cancelados posteriormente pelo sistema pela não apresentação de informações de consolidação (fls. 116/153 do Volume 1 do Anexo 1 e fls. 702/744 do Volume 4 do Anexo 1 do PAD).

Foram realizados, na mesma data, outros eventos, que incluíram a empresa nas modalidades L.11941-RFB-DEMAIS-ART1, RFB-PREV-ART1, PGFN-DEMAIS-ART3, PGFN-PREV-ART1, sendo certo que alguns recolhimentos ocorreram em 14/06/2010, fora do prazo do período de adesão.

O processo utilizado foi o de n. 19839.005101/2009-99, formalizado pela PFN para cancelar o parcelamento PAEX 130 do contribuinte por inadimplência”.

No atual momento processual, as teses defensivas não autorizam a extinção do processo nem a revogação da cautelar.

A petição inicial da cautelar fiscal expõe os fatos de forma minuciosa e específica.

A análise da matéria defensiva deverá ocorrer ao longo da instrução processual, com a produção de provas que permita o esclarecimento dos fatos”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp n.ºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os limites traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO. PRÉ-QUESTIONAMENTO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009608-75.2019.4.03.6102

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: UNISEB CURSOS SUPERIORES LTDA

Advogados do(a) APELADO: ARIEL DO PRADO MOLLER - RJ205511-A, RODRIGO FUX - RJ154760-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se mandado de segurança que objetiva excluir o ISS da base de cálculo do PIS e da Cofins, reconhecendo-se a inexistência de imposições futuras.

Também se pretende compensar créditos decorrentes de recolhimentos indevidos de período não abrangido pela prescrição quinquenal.

Alega-se, em resumo, que o ISS não deve integrar o conceito de faturamento ou receita.

O juízo deferiu a medida liminar (ID 26689181).

A União requereu seu ingresso no feito (ID 27272611).

A autoridade coatora prestou informações (ID 27396566).

O MPF manifestou-se pelo prosseguimento do feito (ID 28400658).

A r. sentença julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, nos termos acima, extinguindo o processo com resolução de mérito, a teor do art. 487, I, do CPC. Custas na forma da lei. Incabíveis honorários advocatícios.

Sentença sujeita a reexame necessário.

Apelou o impetrado pugnando, preliminarmente, pela suspensão do feito até a publicação do Acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração já opostos pela Fazenda Nacional no bojo do RE 574.706 e/ou o reconhecimento dos efeitos *ex nunc*. No mérito pleiteia, em síntese, a manutenção do ISS na base de cálculo das contribuições.

Com as contrarrazões, subiram os autos a esta C. Corte.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pelo regular prosseguimento do feito.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

"Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os precedentes mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017)"

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido.

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)"

Assim passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Preliminarmente, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de Tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Passo ao Mérito.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)"

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão.

Vale destacar que esse mesmo entendimento deve ser aplicado quanto à exclusão do ISS da base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, em razão da similitude de incidência em relação ao ICMS.

Nesta Corte Regional, a posição já tem sido seguida pela C. 3ª Turma, conforme precedentes:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00187573120154036100, AMS 365045. Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; Julgado: 03/05/2017)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu, através do julgamento do RE nº 240.785/MG, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 7.1.2014.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Apelação provida.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00148548520154036100, AMS 361193. Rel. Juíza Convocada ELLIANA MARCELO. e-DJF3 Judicial 1 de 03/02/2017; Julgado: 26/01/2017)"

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei n.º 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei. (Grifei)

A Lei n.º 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4o Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6o A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7o Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8o Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9o.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF,

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo.

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO . EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRF a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exceções cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º. DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando inconstitucional sua parte final, no ponto em que afirma que o art. 3º da mencionada Lei Complementar tem caráter de lei interpretativa retroagindo e alcançando fatos pretéritos, a Corte entendeu, por fim, que as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a vigência da lei, aplica-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. - Portanto, considerando que a presente demanda foi proposta em momento posterior à vigência da lei 118/05, encontram-se prescritos todos os valores que antecederam o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, de modo que somente podem ser objeto de compensação aqueles concernentes ao quinquênio que antecede a propositura da demanda. - É necessário destacar o prejuízo ao exame quanto à inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9718/98. Com efeito, esta discussão já se encontra definitivamente superada por conta do entendimento do STF na matéria, pacificada desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, das RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultado da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder aqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::19/12/2012 - Página::314.)"

Desse modo, os créditos de PIS e COFINS podem ser compensados com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se que, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 - A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUNÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUNÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexigibilidade do crédito tributário e o consequente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 1111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, *in verbis*:

"TRIBUNÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso íntegro o pedido de forma implícita, constitui-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, verbis:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRgno REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDcl no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pag. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que depende de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (VI) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDcl no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial/fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

- (1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;
- (2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;
- (3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;
- (4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
- (5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
- (6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;
- (7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);
- (8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;
- (9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;
- (10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;
- (11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º, DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp's 291257/SC, 399497/SC e 425709/SC. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 1111175/SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009)

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.
2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).
3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressaltando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)
4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)
5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.
6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública não de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, *caput*, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, fica a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Por fim, saliente-se que, na contabilização dos valores a serem compensados, deve ser respeitada a prescrição quinquenal, nos moldes exarados pelo Magistrado *a quo*.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, V do CPC de 2015, **dou parcial provimento à apelação e ao reexame necessário**, para estabelecer os critérios para a compensação dos valores pagos indevidamente, contudo, nos termos retro mencionados. **No mais, mantida a sentença a quo.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0005576-08.2016.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA SANTA ISABELS/A
Advogado do(a) APELADO: JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0005576-08.2016.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA SANTA ISABEL S/A
Advogado do(a) APELADO: JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que deu provimento à apelação e à remessa oficial.

A ementa (fls. 100, ID 107795552):

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO ANULATÓRIA - SENTENÇA EXTRA PETITA - NULIDADE.

- 1. "O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte" (artigo 141, do Código de Processo Civil).*
- 2. O pedido inicial restringiu-se à anulação de decisão administrativa que indeferiu pedido de habilitação de crédito oriundo de ação judicial.*
- 3. Ocorreu julgamento "extra petita": o Juízo de 1º grau de jurisdição reconheceu créditos compensáveis, tema estranho à postulação da parte.*
- 4. Apelação e remessa oficial providas, para anular a r. sentença.*

A apelada, ora embargante (fls. 103/113, ID 107795552), aponta omissão na análise dos pedidos iniciais.

Aduz que a r. sentença não seria "extra petita", porque requereu o reconhecimento de créditos compensáveis, além da anulação de decisão administrativa de rejeição de pedido de habilitação de indébitos oriundos de ação judicial.

Manifestação da embargada (fls. 1/3, ID 124108684).

É o relatório.

APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO (1728) Nº 0005576-08.2016.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USINA SANTA ISABEL S/A
Advogado do(a) APELADO: JESUS GILBERTO MARQUESINI - SP69918-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão expressamente destacou (fls. 96/99, ID 107795552):

"Na inicial, a apelada formulou pedido nos seguintes termos (fls. 15):

"Diante do exposto, requer-se o conhecimento da presente ação, bem como sua procedência para que se anule, nos termos do artigo 169 do Código Tributário Nacional, a decisão administrativa que denegou a compensação do indébito tributário, reconhecendo-se como passíveis de habilitação e liquidação administrativa os indébitos tributários provenientes de decisão judicial declaratórias, proferida no Mandado de Segurança 0004842-77.2004.4.03.6106"

A r. sentença (fls. 517/519):

"Destarte, como consectário da fundamentação, JULGO:

1 - EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO o pedido de anulação da decisão administrativa formulado às fls. 15, por falta de interesse processual e falta de correlação com a causa de pedir, nos termos do artigo 267 do CPC;

2 - PROCEDENTE o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito, com fulcro no artigo 487, I do Código de Processo Civil de 2015, para reconhecer como compensáveis, a partir do trânsito em julgado desta, os valores indevidamente recolhidos a maior a título de PIS e COFINS, com qualquer tributo administrado pela Receita Federal, devendo a autoridade fiscal, em sede de execução, rever os lançamentos feitos a tal título possibilitando a compensação e/ou restituição, incluindo os cinco anos que antecederam ao ajuizamento do Mandado de Segurança nº 000484277200440366106, vez que em tal data houve a suspensão do prazo prescricional.

Os créditos a serem compensados deverão receber correção e juros, desde o pagamento, conforme os índices adotados pelo Manual para Orientação e Cálculos da Justiça Federal"

O pedido inicial restringiu-se à anulação de decisão administrativa que indeferiu pedido de habilitação de crédito oriundo de ação judicial.

O correu julgamento "extra petita": o Juízo de 1º grau de jurisdição reconheceu créditos compensáveis, tema estranho à postulação da parte".

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por tais fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O embargante alega que a inclusão do espólio de Joaquim Luiz Goulart no polo passivo da execução fiscal seria indevida, após o falecimento do devedor originário. O pedido configura inovação recursal. Não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.
2. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
3. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
4. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
5. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028715-78.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: UNIDAS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ HENRIQUE NERY MASSARA - MG128362
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por UNIDAS S.A. contra a r. decisão proferida pelo MM. Juízo de origem, que indeferiu o pedido da agravante de restituição de veículos de sua propriedade – apreendidos com fundamento no artigo 104, V, do Decreto-Lei 37/66.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que, *in casu*, haveria o *fumus boni iuris* configurado em razão de sua falta de responsabilidade no crime de contrabando/descaminho, bem como *periculum in mora*, diante do prejuízo da empresa ora recorrente.

É o relatório.

DECIDO.

Com efeito, o recurso em tela deve ser, de plano, **desprovido**. Serão, vejamos:

A controvérsia limita-se à alegação de nulidade de ato administrativo que culminou com a apreensão de veículo de propriedade da impetrante, então utilizado no transporte de mercadorias diversas, providas do Estado do Mato Grosso do Sul – MS - sem o recolhimento dos tributos devidos.

Não assiste razão à recorrente em apontar suposta ilegalidade ou abuso de poder no ato administrativo do Delegado de Polícia Federal responsável pela apreensão de seu veículo, o qual fora utilizado por terceiro, para o transporte de mercadorias, as quais foram introduzidas no território nacional, possivelmente providas do Paraguai, sem o recolhimento dos tributos pertinentes, e sem as notas fiscais devidamente correspondentes. Isto porque a mera conduta de dispor veículo próprio para o fim em questão já seria razão lícita para que o interessado seja responsabilizado pelo dano causado ao Erário, porquanto quem disponibiliza o veículo, seja a título gratuito ou oneroso, assume o ônus pelos danos causados pelo condutor e demais passageiros.

A responsabilidade do proprietário do veículo transportador, quando este não é o dono da mercadoria, demonstra-se através de indícios de falta de boa-fé. No caso, conforme muito bem salientou o Juízo de origem: *"a impetrante não demonstrou a ocorrência da alegada locação do veículo. Com efeito, no ID em que informa ter trazido cópia do alegado contrato de locação com de Matheus Inácio Rodrigues da Silva, o que se observa é a juntada de "Documento auxiliar de bilhete de passagem eletrônico / Bilhete de embarque" em nome de terceiros, estranhos ao presente Feito (ID 22870936). Assim, fato é que não consta destes autos o alegado contrato de locação. Além disso, a cópia do boletim de ocorrência trazida no ID 22870937 está incompleta, sendo que embora conste o veículo objeto deste Feito, não há como se verificar a relação com o locatário. A impetrante não afastou a presunção juris tantum de veracidade e legitimidade do ato administrativo hostilizado." (negritei).*

Tampouco juntam-se elementos suficientes para tanto no curso deste agravo de instrumento.

Além disso, a legislação aduaneira, em seus artigos 94, 95 e 96, prevê que o proprietário e o consignatário do veículo respondem pela infração decorrente do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes, nos seguintes termos:

"Art. 94 - Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los.

§ 1º - O regulamento e demais atos administrativos não poderão estabelecer ou disciplinar obrigação, nem definir infração ou cominar penalidade que estejam autorizadas ou previstas em lei.

§ 2º - Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

"Art. 95 - Respondem pela infração:

I - conjunta ou isoladamente, quem quer que, de qualquer forma, concorra para sua prática, ou dela se beneficie;

II - conjunta ou isoladamente, o proprietário e o consignatário do veículo, quanto à que decorrer do exercício de atividade própria do veículo, ou de ação ou omissão de seus tripulantes"

Igualmente é a previsão contida no artigo 688, do Regulamento Aduaneiro aprovado pelo Decreto nº 6.759/2009:

"Art. 688. Aplica-se a pena de perdimento do veículo nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

I - quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou de carga de mercadoria nacional ou nacionalizada, fora do porto, do aeroporto ou de outro local para isso habilitado;

III - quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, um deles procedente do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou de carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV - quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita a perdimento, se pertencente ao responsável por infração punível com essa penalidade;

VI - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira for desviado de sua rota legal sem motivo justificado; e

VII - quando o veículo for considerado abandonado pelo decurso do prazo referido no art. 648.

§ 1º *Aplica-se, cumulativamente ao perdimento do veículo, nos casos dos incisos II, III e VI, o perdimento da mercadoria (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 104, parágrafo único, este com a redação dada pela Lei nº 10.833, de 2003, art. 77, e art. 105, inciso XVII; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, inciso IV e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59).*

§ 2º *Para efeitos de aplicação do perdimento do veículo, na hipótese do inciso V, deverá ser demonstrada, em procedimento regular, a responsabilidade do proprietário do veículo na prática do ilícito.*

§ 3º *A não-chegada do veículo ao local de destino configura desvio de rota legal e extravio, para fins de aplicação das penalidades referidas no inciso VI deste artigo e no inciso XVII do art. 689.*

§ 4º *O titular da unidade de destino comunicará o fato referido no § 3º à autoridade policial competente, para efeito de apuração do crime de contrabando ou de descaminho. (*grifei)(...)"*

Ademais há a hipótese de aplicação da pena de perdimento, prevista no artigo 104, do Decreto-Lei nº 37/66, o qual transcrevo *in verbis*:

"Art. 104. Aplica-se a pena de perda do veículo nos seguintes casos:

I - quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;

II - quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;

III - quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, vindo um deles do exterior ou a eles destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares;

IV - quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;

V - quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;

VI - quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado;

Parágrafo único. Aplicam-se cumulativamente:

I - no caso do inciso II do caput, a pena de perdimento da mercadoria;

II - no caso do inciso III do caput, a multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por passageiro ou tripulante conduzido pelo veículo que efetuar a operação proibida, além do perdimento da mercadoria que transportar. (*grifei)"

A legislação aduaneira também condiciona a aplicação da pena de perdimento a que seja comprovada a intenção ou o dolo do proprietário do veículo em lesar o Fisco, deste modo, a responsabilidade pode ser tanto por dolo ou por culpa, nos termos do disposto no Código Tributário Nacional em seu artigo 136: "Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infração da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato"

Com relação a aplicação do princípio da proporcionalidade, em cotejo do valor das mercadorias e do veículo apreendidos, novamente sem razão a agravante, isto porque a penalidade de perdimento prevista na legislação aduaneira deve ser analisada somada a outros aspectos valorativos de cada caso, notadamente à gravidade do fato, a reiteração da conduta e a boa-fé dos envolvidos.

No entanto, no caso dos autos não restou demonstrada de pronto a prova pré-constituída da boa-fé, a qual só se faz mediante dilação probatória, conforme já mencionado alhures, sendo o mandado de segurança meio inadequado para alcançar a liberação de veículo apreendido em fiscalização aduaneira, isto porque não há como ser aferido os aspectos valorativos, sendo, portanto, afastada a aplicação do referido princípio.

Desse modo, as circunstâncias que envolvem a apreensão do veículo, minuciosamente relatadas nas informações prestadas pela autoridade impetrada, dentre outros elementos desfavoráveis no contexto fático, não comprovam de pronto a boa-fé da proprietária, justificando, eventualmente, a incidência da pena de perdimento, posto que, inequivocamente, o veículo de sua propriedade foi utilizado para o cometimento de infração administrativa e, possivelmente, também penal (crime de descaminho), sendo que os argumentos ora trazidos não são suficientes a afastar, ao menos provisoriamente, a legalidade da respectiva apreensão, e tampouco fazer incidir o princípio da proporcionalidade a fim de que o veículo seja liberado. Nesse sentido, seguem julgados desta E. Corte Regional:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ADUANEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO E ANULAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. TRANSPORTE DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA SUJEITOS A PENA DE PERDIMENTO. PARTICIPAÇÃO DO PROPRIETÁRIO NA INFRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO DE PLANO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Pretende o impetrante a restituição de veículo de sua propriedade, o qual foi apreendido no momento em que estava sendo conduzido por seu filho, flagrado por autoridade policial em contexto de envolvimento no transporte ilegal de carga proveniente do exterior. 2. A pena administrativa de perdimento vem sendo admitida pela jurisprudência, em regra, como sanção legitimamente prevista no ordenamento jurídico para as hipóteses de importação de bens proibidos ou sem o pagamento dos tributos devidos. Tais condutas configuram, ao menos em tese, os crimes de contrabando ou descaminho, sendo também sancionadas no âmbito administrativo (art. 105 do Decreto-lei nº 37/66 e art. 23, IV e parágrafo único, do Decreto-lei nº 1.455/76). 3. Para o caso específico de veículos, o art. 104, V, do Decreto-Lei nº 37/66, determina sua perda "quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção" (art. 24 do Decreto-Lei nº 1.455/76, art. 688, V, do Decreto nº 6.759/2009 - Regulamento Aduaneiro em vigor). 4. O C. Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento no sentido de que é legal o perdimento de veículo como penalidade, nos termos do Decreto-Lei nº 37/66, nas hipóteses de prática de contrabando ou descaminho, desde que, regra geral, haja observância à proporcionalidade e à razoabilidade, de modo que exista compatibilidade entre o valor econômico das mercadorias apreendidas e o valor do bem (AgRg no Resp 1181297/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 15/08/2016). 5. A necessidade de se observar a compatibilidade entre o valor das mercadorias e o do bem apreendido não encerra regra absoluta. Isso porque eventual disparidade nesse tocante não impede a aplicação da pena de perdimento nas hipóteses em que configurada a reincidência na prática dos ilícitos aduaneiros. 6. Há suficientes elementos colhidos pela autoridade administrativa que respaldam a conclusão pelo envolvimento do veículo do impetrante, VW-FOX/PLACA AWT-0396, no ilícito aduaneiro em questão, pois estava sendo conduzido por seu filho na condição de "batedor" de caminhão que transportava a carga ilegal. A jurisprudência do C. STJ possui jurisprudência firmada pela possibilidade da aplicação de pena de perdimento sobre veículo que tenha concorrido para a prática do ilícito, inclusive de automóvel "batedor" que escolta e confere guarida ao transporte de carga ilegal realizado por outro veículo. 7. Existindo elementos que comprovam o envolvimento do veículo objeto desta demanda no ilícito, resta a análise acerca da existência de ciência e participação de seu proprietário, ora impetrante, na infração imputada a seu filho. Isso porque a penalidade de perdimento só tem aplicação quando devidamente apurada a responsabilidade do proprietário do veículo na infração perpetrada pelo motorista. A jurisprudência tem reconhecido a invalidade da aplicação da pena de perdimento sobre o veículo apreendido nos casos em que não comprovada a responsabilidade do proprietário no ilícito. Precedentes desta Turma. 8. Encontra-se evidenciada a existência de estreita relação entre o proprietário e o condutor do veículo, ligados por laços familiares de filiação e residentes na mesma cidade de Tupassí/PR. Diante desse peculiar panorama fático, entendo que o proprietário do veículo possui o ônus de trazer provas robustas para comprovar o alegado desconhecimento acerca da infração, a fim de afastar a presunção de legalidade e legitimidade do ato administrativo que impôs a pena de perdimento. Ocorre que, dos meros documentos juntados nestes autos, não é possível obter suficiente juízo de convicção no sentido de que o impetrante, de fato, desconhecia a finalidade ilícita para a qual seu veículo serviu de instrumento. 9. Inadequada a via eleita pelo impetrante para veicular sua pretensão sob essa alegação, pois o deslinde da controversia necessita de dilação probatória, a qual se afigura descabida na presente via mandamental. Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo invocado pelo impetrante há que ser demonstrado de plano, mediante prova pré-constituída. Desse modo, não merece reparos a sentença de primeiro grau que julgou extinto o feito sem resolução do mérito por inadequação da via eleita. 10. Apelação não provida. (ApCiv 5002120-88.2018.4.03.6107, Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, TRF3 - 3ª Turma, Intimação via sistema DATA: 10/06/2019.)"

"ADMINISTRATIVO - ADUANEIRO - APREENSÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA INTERNALIZADA IRREGULARMENTE - PENA PERDIMENTO DO VEÍCULO - PROVA DE PROPRIEDADE DO BEM - INSUFICIENTE E INCERTA - DILAÇÃO PROBATÓRIA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - SENTENÇA MANTIDA. 1. No mandado de segurança a ilegalidade ou o abuso de poder devem restar suficientemente demonstrados, de modo a permitir ao julgador a apreciação do direito reclamado na ação independente de dilação probatória. 2. A linha defensiva adotada neste writ para fundamentar o direito líquido e certo à liberação do veículo apreendido exige a avaliação da boa-fé do proprietário do bem, pressupondo, portanto, a comprovação desta qualidade. 3. A prova da propriedade do veículo não emerge, de forma iniludível, do acervo documental acostado à inicial da impetração, existindo dúvidas relevantes a este respeito. 4. Inexistindo prova documental inequívoca sobre a propriedade do veículo, não há como avaliar a alegada boa-fé do impetrante ou confirmar seu desconhecimento a respeito do uso do veículo por terceira pessoa para a prática da conduta ilícita. 5. Considerando que a solução da controversia posta na presente impetração envolve matéria fática, cuja comprovação demanda dilação probatória incompatível com a sumariade da cognição existente nesse tipo de ação, de rigor a manutenção da sentença denegatória da segurança por ausência de direito líquido e certo. 6. Recurso de apelação improvido. (ApelRemNec 0000859-77.2007.4.03.6005, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/06/2018.)"

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. VEÍCULO APREENDIDO. PENA DE PERDIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. RETORNO DO STJ. NOVO JULGAMENTO. ENFRENTAMENTO DO PONTO OMISSO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO INFRINGENTE. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PROVIDAS. - Admitido o Recurso Especial interposto pela União, foram os mesmos julgados procedentes, para anular o v. acórdão, determinando-se um novo julgamento, enfrentando-se o ponto tido por omissivo. - O mandado de segurança é ação constitucional de rito especial para proteção de direito líquido e certo, ou sua ameaça, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ato ilegal ou praticado com abuso de poder emanado de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, inciso LXIX, CF). - O mandado de segurança possui como pressuposto constitucional de admissibilidade a comprovação prima facie do direito líquido e certo pela parte impetrante, por prova documental pré-constituída inequívoca das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante, que deve ser juntada com a petição inicial, inexistindo espaço, nessa via processual, para a dilação probatória. - Deste modo, para a demonstração do direito líquido e certo é necessário que, no momento da sua impetração, a matéria de fato e de direito alegado, bem como da pretensa ilegalidade praticada pela autoridade apontada como coatora, seja aferível de plano mediante prova literal inequívoca, revelando-se suficiente para assentar a incontestabilidade de referidos fatos. - Ante a controvérsia acerca das mercadorias que foram levadas em conta para se apurar o valor da totalidade dos bens apreendidos, bem como o valor a elas auferido a fim de se verificar a desproporção em relação ao valor do veículo em questão e, ainda, em face da possibilidade de ser afastar o princípio da proporcionalidade para aferição da pena de perdimento, devendo ser verificada a boa-fé do agente, a reiteração de conduta ilícita e a gravidade da conduta, se faz necessária dilação probatória, pelo que incabível a via do mandado de segurança. - Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento à remessa oficial e à apelação. (ApelRemNec 0007872-31.1996.4.03.6000, DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2018.)”

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS: INOCORRÊNCIA. APREENSÃO DE VEÍCULO USADO NO TRANSPORTE IRREGULAR DE MERCADORIAS IMPORTADAS. PENA DE PERDIMENTO: LEGALIDADE. BOA-FÉ DA IMPETRANTE NÃO COMPROVADA: O MANDADO DE SEGURANÇA NÃO É SEDE PRÓPRIA PARA PERSCRUTAR MATÉRIA DE FATO QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. O presente mandado de segurança foi impetrado certamente antes que decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias previsto no art. 23 da Lei nº 12.016/09, ainda que se considere como marco inicial a data da própria lavratura do Auto de Infração, não tendo ocorrido, portanto, a decadência para esta impetração. 2. A impetrante, proprietária do veículo apreendido com o filho dela em manobras de descaminho, alegou não ter conhecimento do uso do automóvel para o transporte de mercadorias irregulares, sendo certo que o simples empréstimo voluntário de automóvel ao seu filho, para finalidade alegada de lazer, não seria suficiente para induzir a responsabilidade dela. 3. Todavia, não há como se acreditar na boa-fé da impetrante, pois em menos de seis meses o filho dela fez QUATRO VIAGENS ao Paraguai. Ainda, como supor, com real bom senso, que a proprietária do carro ignorasse que o veículo dela fora adaptado para a prática do descaminho? Sim, pois deu-se a localização de uma bolsa, usada como "cantil de ciclistas" em maratonas, no tanque de combustível, justo para acondicionar e esconder as mercadorias ilícitas. Não dá para acreditar que a dona do carro - que se supõe use, ela também, o veículo - pudesse ignorar que justamente o tanque de combustível do carro dela fora "preparado" para ocultar a mercadoria descaminhada e contrabandeada. 4. Ademais, está-se diante de mandado de segurança que contrasta um ato lícito do Poder Público: detenção e apresamento de veículo pego em situação de flagrância de seu condutor, de prática criminosa. Logo, quem tem que demonstrar boa-fé é a interessada, e isso obviamente não se faz em sede de mandado de segurança, onde não há como revolver situação íntima e "de fato", que é a bona fide, para afastar a objetividade da prática de um ato ilícito, que inclusive deita profundas raízes no Direito Penal. 5. Preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas. (ApelRemNec 0003428-97.2011.4.03.6106, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/10/2016.)”

Deste modo, ausentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Irreprochável, pois, a r. decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios e escorreitos fundamentos.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000824-31.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: STAC PLASTIC PRODUTOS QUIMICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, STAC PLASTIC PRODUTOS QUIMICOS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000824-31.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: STAC PLASTIC PRODUTOS QUIMICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, STAC PLASTIC PRODUTOS QUIMICOS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123952248).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000824-31.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: STAC PLASTIC PRODUTOS QUÍMICOS EIRELI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, STAC PLASTIC PRODUTOS QUÍMICOS EIRELI
Advogado do(a) APELADO: FELIPPE SARAIVA ANDRADE - SP308078-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Atente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000265-30.2016.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: JUAN ANTONIO JETTAR
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS RICARDO JACON MATIAS - SP161119-A, LUCILENE REGINA VISSOTTO - SP350480-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000265-30.2016.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: JUAN ANTONIO JETTAR
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS RICARDO JACON MATIAS - SP161119-A, LUCILENE REGINA VISSOTTO - SP350480-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela **União Federal** contra v. acórdão da Sexta Turma desta Corte que, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno interposto contra sentença que deu parcial provimento ao apelo de **Juan Antonio Jettar**, que se insurgiu contra sentença proferida em embargos à execução.

O acórdão da Turma, proferido em 21/02/2020, encontra-se assim ementado:

APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA UNIÃO - ARGUMENTOS QUE NÃO MODIFICAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO MONOCRÁTICA - PRAZO PRESCRICIONAL CONSIGNADO PELA SENTENÇA - EXECUÇÃO NÃO AMPARADA PELA SENTENÇA OFENDE À COISA JULGADA - AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator, adotando-as como razão de decidir deste agravo.
2. Diversamente do alegado pela União, o fundamento da decisão recorrida não foi "o fato de que a decisão transitada em julgado não teria estipulado o momento inicial da prescrição". Ao contrário, assim consignou expressamente o dispositivo da sentença.
3. Quanto ao valor que a União denomina de parâmetro para a repetição, não há discussão, pois se trata do quantum recolhido ao fundo de previdência complementar sob a égide da Lei da Lei nº 7.713/88, ou seja, de 01/01/89 a 31/12/95, corrigido monetariamente, conforme determinado na sentença.
4. Equivocadamente o recurso fazendário afirma que a sentença que transitou em julgado na ação principal apontou como termo inicial da prescrição a data em que restou protocolado o pedido administrativo, 19/10/2001. O protocolo do requerimento administrativo, na verdade, data de 19/10/2006. A prescrição é que, nos termos da sentença, "atingiu as parcelas de imposto de renda indevidamente retidas e que precederam aos cinco anos anteriores ao pedido elaborado na via administrativa, ou seja, anteriores a 19/10/2001".
5. Embora sustente em seu recurso que é despiendo o retorno dos autos para elaboração de novo cálculo, a União reconhece, quanto ao termo inicial considerado pela Contadoria, que, de fato, estava errado, pois considerou a data da aposentadoria e não a data do pedido administrativo como referência para a elaboração dos cálculos. A afirmação, por si só basta para tornar necessário o retorno dos autos à primeira instância a fim de que sejam elaborados novos cálculos.
6. Ao defender que os valores pagos indevidamente, não prescritos, foram inteiramente absorvidos, inexistindo valor a ser restituído, parte o ente fazendário do pressuposto de que o método utilizado para a repetição do indébito é o denominado "algoritmo do esgotamento" ou simplesmente do "esgotamento". Todavia, não foi essa a forma de proceder a repetição do indébito definida na sentença.
7. A execução proposta de forma diversa do título que transitou executivo judicial ofende a coisa julgada. Precedentes.
8. Negado provimento ao agravo interno.

Suscita a embargante a existência de omissão no *decisum* relativa ao pedido de manifestação acerca da decisão transitada em julgado, em que cita os artigos 502 e 508 do CPC. Alega que nela foi fixado o termo inicial da contagem do prazo prescricional, o qual não teria sido considerado do acórdão.

Requer que seja dado aos embargos efeito modificativo, a fim de sanar os vícios indicados.

Foram apresentadas contrarrazões (id 128605019).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000265-30.2016.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: JUAN ANTONIO JETTAR
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS RICARDO JACON MATIAS - SP161119-A, LUCILENE REGINA VISSOTTO - SP350480-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Não assiste razão à embargante.

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015, o que não ocorre *in casu*.

Salta aos olhos que o intento da embargante nada tem a ver com o objetivo de esclarecimento da decisão, pois o julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do artigo 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, na verdade, o mero inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

O r. acórdão foi claro ao consignar os seguintes excertos da sentença e do aresto proferidos na ação principal:

"Condene a ré a restituir os valores indevidamente recolhidos a esse título pelo autor, observando-se o termo inicial da prescrição quinquenal (19/10/2001) e a data final pleiteada na inicial (31/12/2004). Referida importância haverá de ser apurada em liquidação de sentença após o trânsito em julgado da decisão final, conforme os critérios já expendidos nesta sentença, os quais fazem parte integrante do dispositivo desta sentença". (fl. 107) (grifei)

"No entanto, no caso fixa clara a ocorrência de sucumbência recíproca, pois ambas as partes decaíram de partes expressivas de suas pretensões em face do reconhecimento da prescrição, eis que a autora 'perde' a pretensão deduzida de 1999 até 19.10/2001, enquanto que a parte ré sucumbe devendo repetir o indébito a partir de 19/10/2001 até 21/12/2004, pelo que é inteiramente aplicável o que preceitua o artigo 21, 'caput' do Código de Processo Civil, devendo cada parte arcar com os honorários advocatícios de seus patronos". (fl. 167v) (grifei)

O *decisum* consignou, ainda, que "a execução proposta de forma diversa, essa sim, ofende a coisa julgada", transcrevendo, nesse sentido decisões do STJ e desta Corte.

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).

Pelo exposto, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELA UNIÃO. *DECISUM* QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO PARTICULAR. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1022 DO CPC/15. JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.
2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado (há lei que prevê a possibilidade de aplicação da multa), demonstram, na verdade, o inconformismo do Conselho recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*, que reconheceu a ocorrência de fraude à execução.
3. O acórdão foi claro ao consignar excertos da sentença e acórdão proferidos no processo de conhecimento, bem como o fato de que "a execução proposta de foram diversa, essa sim, ofende a coisa julgada", transcrevendo, nesse sentido decisões do STJ e desta Corte.
4. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambigüidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).
5. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).
6. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).
7. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016).
8. Negado provimento aos embargos de declaração.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004636-60.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GELSON MITSURU NAKANISHI
Advogado do(a) APELADO: EMERSON VIEIRA DA ROCHA - SP208218-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004636-60.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GELSON MITSURU NAKANISHI
Advogado do(a) APELADO: EMERSON VIEIRA DA ROCHA - SP208218-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos pela União Federal (Fazenda Nacional), em face de acórdão que negou provimento ao agravo interno.

O acórdão da Turma, de que faz parte integrante o voto, encontra-se assim ementado:

AGRAVO INTERNO. IMPOSTO DE RENDA. VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE AJUDA DE CUSTO. TRANSFERÊNCIA DO LOCAL DE TRABALHO PARA OUTRO MUNICÍPIO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. No caso, o autor é empregado contratado pela Ford Motor Company Brasil Ltda. e, por meio de adendo ao seu contrato de trabalho foi acordado com a empresa empregadora a transferência de seu local de trabalho para outro município. Em razão dessa transferência, recebeu o equivalente a R\$ 86.351,23, a título de gratificação especial destinada ao custeio de todas as despesas envolvidas na mudança do domicílio.

2. O pagamento referente à "ajuda de custo", muito embora tenha sido denominado como gratificação especial (paga por liberalidade do empregador), tem caráter indenizatório, pois o seu objetivo é ressarcir o empregado pelos gastos com locomoção, transporte, despesas de mudança, instalação de nova residência, entre outras despesas decorrentes da alteração de seu local de trabalho.

3. Agravo interno improvido.

Alega a embargante em síntese, que "A manifestação da Receita Federal do Brasil (ID 63518402), informa a necessidade do autor comprovar que os valores recebidos a título de gratificação especial foram utilizados para despesas com transporte, frete e locomoção, como exige o art. 6º, XX, supra transcrito, o que não se verifica no caso em apreço." Requer a embargante sejam providos os presentes embargos a fim de sanar a omissão apontada, especialmente quanto ao fato da embargada não ter comprovado perante a Delegacia da Receita Federal os custos da alegada gratificação especial, bem como para o questionamento dos artigos 6º, inciso XX da Lei 7.713/88 e 43, § 1º, do CTN.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004636-60.2018.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: GELSON MITSURU NAKANISHI
Advogado do(a) APELADO: EMERSON VIEIRA DA ROCHA - SP208218-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1022 do Código de Processo Civil - que as partes discordem da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em omissão; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego dos recursos, que no ponto são de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016). Sim, "a atribuição de efeito infringente em embargos declaratórios é medida excepcional, incompatível com a hipótese dos autos, em que a parte embargante pretende um novo julgamento do seu recurso" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016).

Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando as partes recorrentes - a pretexto de esclarecerem uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Realmente, é certo que "o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (STJ, AgRg nos EDcl No AREsp. 565449/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 18/12/2014, DJ 03/02/2015).

Destarte, ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os toma protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)... (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para cancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa – R\$ 23.816,59, conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaque):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando inócorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infrigente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando inócorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Levandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA DITA "OMISSA" PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO NÃO PROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, o que não ocorre no caso.
2. A efetiva desatenção da embargante quanto aos rigores do discurso do art. 1.022 do CPC/15 se revela *ictu oculi* quando a mesma afirma que o acórdão é viciado porque o *decisum* incorreu em omissão; ou seja, a embargante usa dos aclaratórios para discutir as "premissas" de onde partiu o voto e que se acham no acórdão, situação que obviamente não pode ser ventilada nos embargos integrativos. Isso já revela o mau emprego do recurso, que no ponto é de manifesta improcedência. Deveras, a pretensão de reexame do julgado em sede de embargos de declaração sem que se aponte qualquer dos defeitos do art. 1.022, revela a impropriedade dessa via recursal (STJ, EDcl no REsp. 1428903/PE, Rel. Ministro JOÃO OTAVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, j. 17/03/2016, DJ 29/03/2016).
3. Ou seja, "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).
4. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).
5. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações das embargantes, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

6. Ademais, a Constituição não exige do Judiciário moderno prolixidade e, como decide esta Sexta Turma, "a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente" (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000120-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 30/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019). Nesse cenário, o Juiz sequer é obrigado a levar em conta opinião deste ou daquele doutrinador, quando a parte entende que o mesmo vem "a calhar" para chancelar sua causa de pedir. Aliás, opinião de qualquer doutrinador é capaz de inibir o desempenho de um dos poderes do Estado, além do que o órgão judiciário não é obrigado a responder a "questionário" (STJ: EDcl no AgrInt no AREsp 1395037/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 19/08/2019).

7. Se o exame dos autos revela que se acham ausentes quaisquer das hipóteses para oposição dos embargos declaratórios, resta evidenciada sua improcedência manifesta, signo seguro de seu caráter apenas protelatório, a justificar, com base no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, a multa, aqui fixada em 2% sobre o valor da causa originária. Nesse sentido: STJ, EDcl nos EDcl no AgrRg nos EREsp 1.324.260/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, DJe de 29/04/2016 - EDcl nos EDcl no AgrRg no REsp 1337602/DF, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 02/06/2016.

8. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000216-25.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DECO COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000216-25.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DECO COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELQUE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (124952489).

Resposta (128036500).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000216-25.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DECO COMERCIO DE MATERIAIS PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BRINGEL VIDAL - SP142362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027372-17.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INSTRUTERM INSTRUMENTOS DE MEDICAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ AUGUSTO PINHEIRO - SP288548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5027372-17.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INSTRUTERM INSTRUMENTOS DE MEDICAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ AUGUSTO PINHEIRO - SP288548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, COMO FUNDAMENTAÇÃO DO PARADIGMA. RECURSO DESPROVIDO

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123953813).

Resposta (131561125).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5027372-17.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INSTRUTHERM INSTRUMENTOS DE MEDICAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUIZ AUGUSTO PINHEIRO - SP288548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021194-52.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BRUSSI & MATARAZZO SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA PAES BRUSSI - SP369468-A, FERNANDA FIGUEIREDO MATARAZZO - SP359415-A
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogados do(a) APELADO: KARINA PAIVA DE ASSIS - SP392640-A, MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021194-52.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BRUSSI & MATARAZZO SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA PAES BRUSSI - SP369468-A, FERNANDA FIGUEIREDO MATARAZZO - SP359415-A
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO
Advogados do(a) APELADO: KARINA PAIVA DE ASSIS - SP392640-A, MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração (ID 126570687) opostos por ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO SÃO PAULO em face de acórdão proferido pela Egrégia Sexta Turma desta Corte Federal que, por unanimidade, deu provimento à apelação de BRUSSI & MATARAZZO SOCIEDADE DE ADVOGADOS e negou provimento à remessa necessária (ID 125054275).

Argumenta o embargante a necessidade de prequestionamento de questão federal e constitucional. Aduz a impossibilidade de utilização da via mandamental para a repetição de valores. Sustenta, ainda, a prescrição das anuidades e a impossibilidade de aplicação do CTN ao caso.

Manifestação da parte contrária (ID 131561831).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5021194-52.2018.4.03.6100

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

APELANTE: BRUSSI & MATARAZZO SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Advogados do(a) APELANTE: FERNANDA PAES BRUSSI - SP369468-A, FERNANDA FIGUEIREDO MATARAZZO - SP359415-A

APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO

Advogados do(a) APELADO: KARINA PAIVA DE ASSIS - SP392640-A, MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A, ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Tem razão o embargante quanto à inaplicabilidade do CTN às anuidades vertidas à Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive quanto ao prazo prescricional. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que se aplica ao caso a **prescrição quinquenal** prevista no art. 206, § 5º, I, do Código Civil. Nesse sentido: AgInt no REsp 1419757/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017; AgRg no REsp 1568850/SC, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016; dentre outros.

De todo modo, não há que se falar em prescrição do direito de repetição dos indébitos perseguidos nesta demanda, haja vista que a anuidade se refere ao **exercício de 2018**, mesmo ano da propositura da ação. Em outros termos, não restou configurado o decurso do prazo prescricional.

Por fim, não há que se falar em impossibilidade de utilização da via mandamental no presente caso, em razão de suposta ofensa à Súmula 269 do STF. O Des. Fed. **Nelton dos Santos** elucida o tema ao invocar que os obstáculos traduzidos pelo verbete se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como ocorre no presente caso.

Segue o julgado onde foi proferido o referido entendimento, bem como jurisprudência deste Tribunal no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO DO INDEBITO MEDIANTE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Ainda que se considere que, no mandado de segurança, a sentença não é, propriamente, condenatória, dívida não há de que, invariavelmente, ela possui eficácia declaratória e, mesmo implicitamente, contém uma ordem de fazer ou de não fazer. Além disso, não raras vezes ela reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa. 2. No âmbito dos mandados de segurança que versam sobre direito administrativo ou direito tributário, são frequentes as sentenças que delimitam todos os contornos do direito, constituindo um verdadeiro despropósito que se exija a propositura e a tramitação de uma nova demanda apenas para, reiterando o que já foi juridicamente afirmado e determinado em caráter definitivo, acrescer-se uma fórmula sacramental condenatória, a conta de viabilizar a execução. 3. Apelação da União, desprovida; remessa oficial, parcialmente provida; apelo do contribuinte, provido. (ApReeNec 5000486-21.2018.4.03.6119 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019)

PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.973/14. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. S. Nº 213/STJ. RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDOS. 1. A jurisprudência do A. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 2. Reforce-se que mesmo com as alterações posteriores na legislação que instituiu o PIS e a COFINS – Lei nº 12.973/14 – não tem o condão de afastar o quanto decidido, pois, conforme amplamente demonstrado, o conceito constitucional de receita não comporta a parcela atinente ao ICMS e, portanto, tais contribuições não podem incidir sobre aquela parcela. 3. Não é o caso de utilização do mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança, com efeitos patrimoniais pretéritos, visto que se trata de mandamus, que visa o reconhecimento do direito à compensação tributária na via administrativa, conforme entendimento desta Terceira Turma. No mesmo sentido é a Súmula 213, do E. Superior Tribunal de Justiça, quanto à possibilidade da utilização da via mandamental para que seja declarado o direito à compensação. 4. Recurso de apelação e reexame necessário desprovidos. (ApReeNec 5002464-27.2017.4.03.6100 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGO 730 DO CPC. A Súmula 461 do STJ prevê que “o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado.” O E. STJ determinou o retorno dos autos para prosseguimento da execução nos termos do artigo 534 do CPC (antigo artigo 730 do CPC), conforme se infere do teor da decisão proferida monocrática proferida pela Desembargadora Federal Convocada do TRF da 3ª Região, DIVA MALERBI, no REsp 1130283/GO, DJe 15.02.2016. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AI 5001266-53.2016.4.03.0000 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESª. FED. MARLI FERREIRA / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 14/06/2018)

Pelo exposto, dou **parcial provimento aos embargos de declaração**, apenas para reconhecer a subsunção do crédito perseguido ao prazo prescricional do art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ANUIDADE INDEVIDAMENTE PAGA. REPETIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. ARTIGO 206, § 5º, I, DO CC. DISCUSSÃO DA QUESTÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 269 DO STF. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tem razão o embargante quanto à inaplicabilidade do CTN às anuidades vertidas à Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive quanto ao prazo prescricional. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que se aplica ao caso a **prescrição quinquenal** prevista no art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

2. Não restou configurado o decurso do prazo prescricional no presente caso, vez que a anuidade indevidamente recolhida se refere ao exercício de 2018, mesmo ano da propositura da ação.

3. Não há que se falar em impossibilidade de utilização da via mandamental no presente caso, em razão de suposta ofensa à Súmula 269 do STF. O Des. Fed. **Nelton dos Santos** elucida o tema ao invocar que os obstáculos traduzidos pelo verbete se justificavam pela impossibilidade de o agente público se defender em sede mandamental, exigindo-se a via ordinária para apurar sua responsabilidade. Não se presta, portanto, quando a própria pessoa jurídica de Direito Público é responsável pelo ato coator, como ocorre no presente caso (ApReeNec 5000486-21.2018.4.03.6119 / TRF3 – TERCEIRA TURMA / DES. FED. NELTON DOS SANTOS / e - DJF3 Judicial 1 DATA: 08/01/2019).

4. Embargos de declaração parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002083-61.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: VENCOMATIC DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A, SERGIO IRINEU VIEIRA DE ALCANTARA - SP166261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VENCOMATIC DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002083-61.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: VENCOMATIC DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A, SERGIO IRINEU VIEIRA DE ALCANTARA - SP166261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VENCOMATIC DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela União Federal perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. POSSIBILIDADE DE PLEITEAR ADMINISTRATIVAMENTE OS INDÉBITOS TRIBUTÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (12559544).

Resposta (130780904).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002083-61.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: VENCOMATIC DO BRASIL LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A, SERGIO IRINEU VIEIRA DE ALCANTARA - SP166261-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VENCOMATIC DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANILO LOZANO JUNIOR - SP184065-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000255-72.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: COMERCIAL B. W. DO ABC LTDA
Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000255-72.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL B. W. DO ABC LTDA
Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões proferidas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123615864).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000255-72.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: COMERCIAL B. W. DO ABC LTDA
Advogado do(a) APELADO: MELINA MEIRELLES RAMOS - SP306644
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REP DJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001091-54.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001091-54.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela NESTLÉ BRASIL LTDA, em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES METROLÓGICAS. SUBSISTÊNCIA DAS MULTAS APLICADAS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 12, CDC.

1. Consta do auto de infração todos os elementos necessários, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO.

2. Não há que se falar em Princípio da Insignificância, tendo em vista que várias unidades do mesmo produto foram submetidas à medição e reprovadas pelo critério da média, no qual é levado em consideração um desvio padrão do conjunto, que se consubstancia numa tolerância permitida pela norma técnica e, ainda, tendo em conta que o resultado obtido no exame pericial não dá margem para interpretações subjetivas.
3. A responsabilidade do fabricante é objetiva, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A alegação genérica de que a embargante efetua o controle em sua fábrica para que não haja comercialização de produtos com peso abaixo do normal e que eventual variação de peso existente somente poderia se dar em razão de fatores externos não possui o condão de afastar a presunção de veracidade do auto de infração.
4. A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Precedentes do STJ.
5. O valor fixado ficou dentro dos parâmetros legais bem como foram considerados os elementos constantes do processo. Não se verifica nenhuma ilegalidade na fixação da multa em cobro.
6. Apelação improvida.

Sustenta a embargante que o v. acórdão restou *omisso* quanto a não observância do disposto no artigo 9º-A da Lei nº 9.933/99 como critério para aplicação da multa.

Requeru o prequestionamento explícito das matérias versadas no recurso, especificamente os artigos 8º, 9º e 9º-A da Lei nº 9.933/1999.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001091-54.2019.4.03.6111
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* caçados no entendimento de a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade.

Transcrevo os dispositivos legais apontados pela embargante.

Lei nº 9.933/1999:

“Art. 8º Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que detiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização;

VI - suspensão do registro de objeto; e

VII - cancelamento do registro de objeto.

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida pelo infrator;

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e

V - a repercussão social da infração.

§ 2º São circunstâncias que agravam a infração:

I - a reincidência do infrator;

II - a constatação de fraude; e

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas.

§ 3º São circunstâncias que atenuam a infração:

I - a primariedade do infrator; e

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo.

§ 4º Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.

Art. 90-A. O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratam os arts. 8º e 9º."

Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alega *obscuridade* do acórdão embargado.

Os exatos lindes desses "omissos" embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vema utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - vema utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância máfiosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl no AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os toma protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)... (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa originária (valor da causa: R\$ 44.148,53), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incoerentes, tomam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **incoerentes seus requisitos autorizadores**. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É com voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTTELATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* caçados no entendimento de que a *sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valorização da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade*.

3. Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alega *obscuridade* do acórdão embargado. Os exatos lindes desses "omissos" embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

4. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

5. É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vema utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

6. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

7. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art.1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

8. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)... (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

9. Se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa originária (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019).

10. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000214-55.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAMPO LIMPO - RECICLAGEM E TRANSFORMACAO DE PLASTICOS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - SP146997-A, ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000214-55.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAMPO LIMPO - RECICLAGEM E TRANSFORMACAO DE PLASTICOS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - SP146997-A, ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELQUE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inoação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741555).

Resposta (129764586).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000214-55.2017.4.03.6121
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CAMPO LIMPO - RECICLAGEM E TRANSFORMACAO DE PLASTICOS S.A.
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO - SP146997-A, ANDRE RICARDO LEMES DA SILVA - SP156817-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5032048-08.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ROSE PLASTIC BRASIL EMBALAGENS PLASTICAS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: TANIADUARTE MAZZEI - SP339308-A, LUIZ HENRIQUE RODRIGUES BENTO - SP247977-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado, inicialmente, perante a 2ª Vara Cível Federal de São Paulo em face do Delegado da Administração Tributária da Receita Federal do Brasil em São Paulo, por **ROSE PLASTIC BRASIL EMBALAGENS PLASTICAS LTDA.** – CNPJ: **00.603.666/0001-34**, com pedido de medida liminar, objetivando a declaração de inexistência da inclusão do ICMS nas bases de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, bem como, do direito de compensar os valores recolhidos indevidamente no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018 cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda e no decorrer do processo.

Sustentou, em síntese, que é indevida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições ao PIS e COFINS, forte no posicionamento do E. STF no julgamento do RE n. 574.706, admitido sob o regime de repercussão geral.

Juntou procuração e documentos identificados entre Id-13322328 e 13322517.

Conforme decisão de Id-13892743, foi deferida a medida liminar pleiteada “a fim de determinar a suspensão da exigibilidade do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos do artigo 151, IV, do CTN, autorizando a impetrante a fazer os recolhimentos mensais adotando a nova sistemática, devendo a autoridade impetrada se abster de quaisquer atos tendentes a cobrança de tais valores, até o julgamento final da demanda”.

Requisitadas, as informações da autoridade impetrada vieram no documento de Id-14204837. Preliminarmente, arguiu a incompetência da autoridade impetrada – Delegado da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo – e requereu a sua exclusão do polo passivo da demanda, eis que a impetrante tem domicílio fiscal em Sorocaba/SP.

A requerimento da impetrante (Id-14305905), foi determinada a retificação do polo passivo do *mandamus* para passar a constar como autoridade impetrada o Delegado da Receita Federal do Brasil em Sorocaba/SP e declinada a competência para processar e julgar a ação em favor desta Subseção Judiciária. (Id-19026318)

Conforme despacho de Id-19250581, redistribuído o feito, foi ratificada a decisão que deferiu a medida liminar requerida.

No documento de Id-19365644, a União requereu o seu ingresso no feito e informou que “com base no inciso XI, “a”, do art. 2º da Portaria PGFN nº 502/2016, deixa-se de interpor recurso em face da decisão que deferiu o pedido de tutela provisória”.

As informações do Delegado da Receita Federal em Sorocaba foram prestadas no documento de Id-20225688. Preliminarmente, aduz que o feito deve ser sobrestado até que o STF profira a decisão final sobre o assunto, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 574.706/RS. Rechaçou o mérito.

O Ministério Público Federal se manifestou no documento de Id-20471821, deixando de opinar acerca do mérito da demanda.

A r. sentença julgou procedente o pedido, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil, e concedeu a segurança definitiva para o fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obriga a impetrante **ROSE PLASTIC BRASIL EMBALAGENS PLASTICAS LTDA. – CNPJ: 00.603.666/0001-34**, aos recolhimentos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social- COFINS e do Programa de Integração Social– PIS, com a inclusão, na sua base de cálculo, dos valores destacados nas notas fiscais de saída relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, bem como de efetuar a compensação da diferença dos valores recolhidos a título de PIS e COFINS, referentes ao ICMS destacado e indevidamente incluído na base de cálculo desses tributos, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018 e no decorrer do processo, com os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, observando-se o disposto no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional, assim como o disposto no artigo 74 da Lei n. 9.430/1996, conforme fundamentação alhures. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009. Custas na forma da lei.

Sentença não sujeita ao reexame necessário nos termos do artigo 496, § 4º, inciso II, do Código de Processo Civil.

Apela a União Federal. Requer a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Ministério Público Federal opinou pelo regular prosseguimento.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. (“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReNec/00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Preliminarmente resta prejudicado o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação diante do julgamento do próprio recurso.

No mais, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

A questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Ainda, com base no apontado julgamento do C. Supremo Tribunal Federal, a não incidência do PIS e do COFINS sobre o valor destacado da nota fiscal não pode ser condicionado ao seu efetivo recolhimento, mas com base no valor destacado.

Nesse sentido, registrem-se os seguintes julgados:

EMENTA

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. REsp 1.365.095/SP. JULGAMENTO REPETITIVO. SUFICIÊNCIA DA PROVA DA CONDIÇÃO DE CREDORA TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO CONFORME OS VALORES DESTACADOS NA NOTA FISCAL. RESTITUIÇÃO VIA ADMINISTRATIVA.

1. Sobre a matéria vertida nestes autos, vinha aplicando, esta Relatoria, o entendimento do C. STJ, conforme julgamento proferido no REsp 1.144.469/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC/73, no sentido de reconhecer a legalidade da inclusão da parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.
2. Todavia, ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS." (Tema 069).
3. Quanto à análise da compensação tributária, em sede mandamental, o E. Superior Tribunal de Justiça, em recentíssimo julgado, sob o regime de recursos repetitivos, nos termos do disposto no artigo 1.036 do CPC, firmou a seguinte Tese Jurídica - Tema 118, *in verbis*:
I - "Tese fixada nos REsp n. 1.365.095/SP e 1.715.256/SP (acórdãos publicados no DJe de 11/3/2019), explicitando o definido na tese firmada no REsp n. 1.111.164/BA:
II - (a) tratando-se de Mandado de Segurança impetrado com vistas a declarar o direito à compensação tributária, em virtude do reconhecimento da ilegalidade ou inconstitucionalidade da anterior exigência da exação, independentemente da apuração dos respectivos valores, é suficiente, para esse efeito, a comprovação cabal de que o impetrante ocupa a posição de credor tributário, visto que os comprovantes de recolhimento indevido serão exigidos posteriormente, na esfera administrativa, quando o procedimento de compensação for submetido à verificação pelo Fisco; e
III - (b) tratando-se de Mandado de Segurança com vistas a obter juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, com efetiva alegação da liquidez e certeza dos créditos, ou, ainda, na hipótese em que os efeitos da sentença supõem a efetiva homologação da compensação a ser realizada, o crédito do Contribuinte depende de quantificação, de modo que a inexistência de comprovação suficiente dos valores indevidamente recolhidos representa a ausência de prova pré-constituída indispensável à propositura da ação mandamental." - REsp 1.365.095/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, j. 13/02/2019, DJe 11/03/2019.
4. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins, sustenta a impetrante que deve ser o ICMS efetivamente faturado.
5. Com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.
6. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal, *litteris*: "Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições. (...) Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS. (...) Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS."
7. Assim sendo, repese-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014, conforme, *aliás*, seu pedido deduzido à inicial, onde expressamente requer que "(...) ao final, seja concedida definitivamente a segurança, julgando procedente o presente mandamus para confirmar a liminar anteriormente concedida, para excluir o ICMS destacado em nota fiscal da base de cálculo das parcelas vincendas do PIS e da COFINS (...)"
8. No que atine à compensação/restituição autorizada, em que pese, com efeito, o mandado de segurança não se constituir na via adequada para a repetição de indébito, o C. STJ já assentou a possibilidade do reconhecimento à compensação/restituição no âmbito administrativo, nos termos da Súmula 213, *in verbis*: "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."
9. Nesse exato sentido, esta C. Turma julgadora, na AC 5003121-69.2018.4.03.6120, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, j. 10/07/2019, intimação via sistema na mesma data.
10. A pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso interposto pela União Federal - nesse exato sentido, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018, (REsp 1.365.095/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Seção, j. 13/02/2019, DJe 11/03/2019).
11. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.
(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 5004193-60.2019.4.03.6119, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 29/06/2020, Intimação via sistema DATA: 01/07/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. SUSPENSÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. VINCULAÇÃO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. No tocante à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na r. decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte. - Ademais, quanto à eventual insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas. - O valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal. Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos do RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída. - Verifica-se que foram abordadas todas as questões debatidas pela agravante, tendo sido apreciada a tese de repercussão geral, julgada em definitivo pelo Plenário do STF, que decidiu que "O icms não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS". - Por fim, no tocante aos artigos arts. 1.040, 489, 525, § 13, 926, 927 § 3º do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na r. decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais. - As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida. - Negado provimento ao agravo interno. (APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 5000315-71.2017.4.03.6128, Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/05/2019 ..FONTE_REPUBLICAÇÃO).

Ante o exposto, **nego provimento à apelação da UNIÃO, nos termos da fundamentação supra.**

Publique-se e intimem-se.

Decorrido o prazo legal para recurso, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006761-76.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NILSON CRISTIANO BELIZARIO
Advogado do(a) APELADO: DAIANE FERNANDES DE OLIVEIRA - SP392877-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por NILSON CRISTIANO BELIZARIO, objetivando, em síntese, seja concedida ordem para determinar que a autoridade impetrada promova o andamento e conclusão do requerimento administrativo de concessão de acréscimo de 25% no seu benefício de aposentadoria por invalidez, protocolado sob nº 1446038975.

A r. sentença concedeu a segurança, para determinar que a autoridade impetrada conclua a análise do requerimento administrativo de acréscimo de 25% em seu benefício de sua aposentadoria por invalidez, protocolo nº 1446038975, formulado em 12/08/2019, no prazo de 30 (trinta) dias, sob as penas da lei. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Apela o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, pela reforma do *decisum*, com base no princípio da razoabilidade. Em suas razões recursais alega, em síntese que:

- a) a imposição, pelo Poder Judiciário, para que o INSS realize a análise de requerimento administrativo, em 30 ou 45 dias, afronta a separação dos poderes, uma vez que esta avaliação se encontra na seara da reserva de administração, utilizando-se das ferramentas disponíveis ao Poder Público;
- b) sofreu as consequências de aposentadorias em massa de servidores públicos e que, portanto, seus recursos são escassos para resolução imediata dos problemas, de forma que há a existência de um elevado número de processos a serem analisados, um reconhecido número escasso de servidores e a complexidade da análise técnica necessária;
- c) há necessidade de se observar a ordem cronológica dos pedidos de concessão de aposentadoria, sob pena de violação ao disposto nos artigos 5º, caput, e 37, caput, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais garantem o tratamento isonômico e impessoal a todos os brasileiros;
- d) tem adotado providências para a regularização da análise dos requerimentos administrativos de benefícios, com implementação das Centrais de Análises, implantação do INSS Digital, implementação de concessão automática de determinados benefícios, instituição do trabalho remoto aos servidores com exigência de maior produtividade, entre outros; e
- e) são inaplicáveis, ao caso, os prazos definidos no artigo 49, da Lei nº 9.784/99 e do art. 41, da Lei nº 8.213/91, para os fins pretendidos pelos segurados.

Subsidiariamente, requer a aplicação do parâmetro temporal adotado pelo E. STF no RE n. 631.240/MG, qual seja, 90 dias.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

Houve manifestação do Ministério Público Federal.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mítidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a prática de atos processuais administrativos encontra limites nas disposições dos arts. 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei 9.784/99, e do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, no sentido de que a autarquia está obrigada a analisar e conceder um benefício no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91) e Decreto 3.048/99, art. 174.

Cumpra salientar, ademais, o disposto no artigo 49 da Lei 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos, após concluída a instrução, salvo prorrogação, por igual período, expressamente motivada.

No que concerne, ainda, a prazos relativos a recursos administrativos, destaco ainda o que dispõe a Lei nº 9.784/99, bem como o Decreto nº 3.048/99:

Lei nº 9.784/99

"(...).

Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

§1º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.

§2º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.

"...)"

Decreto nº 3.048/99

"(...).

Art. 305. É de trinta dias o prazo para interposição de recursos e para o oferecimento de contra-razões, contados da ciência da decisão e da interposição do recurso, respectivamente.

"...)"

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê o direito à célere tramitação e à razoável duração dos processos (inclusive administrativos):

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dispõe o artigo 37, caput, da Constituição da República que a Administração Pública deve pautar-se segundo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como daqueles previstos no caput do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dentre os quais os da razoabilidade e da motivação.

A respeito do tema, colhe-se o seguinte precedente:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. ART. 5º, LXXVIII, DA CF. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSOS. TRASLADO DE PEÇAS. POSSIBILIDADE. CELERIDADE. ÔNUS DAS PARTES. ATUAÇÃO. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (art. 5º, LXXVIII, da CF). 2. Devem as partes colaborar no andamento do processo com o escopo de se chegar a um provimento jurisdicional final em tempo moderado. 3. Recurso não-conhecido". ...EMEN:(RESP 200701513930, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/02/2010 ..DTPB:.)

Destaque-se, outrossim, que esta Corte já firmou entendimento de que é plenamente aplicável o prazo estipulado na Lei nº 9.784/99 para os pedidos de concessão de aposentadoria, conforme se afere dos julgados ora transcritos:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. INSS. PRAZO RAZOÁVEL. LEI N.º 9.784/99. SENTENÇA MANTIDA.

- Pretende-se no presente mandamus seja determinado à autoridade impetrada que decida quanto ao requerimento de alteração da espécie de benefício previdenciário da parte impetrante, com o agendamento imediato de sua perícia médica.

- A deficiência interna do ente público, em razão do elevado número de solicitações, em comparação com a precária estrutura de trabalho existente, não pode servir de justificativa para o descumprimento do seu dever legal (Lei n.º 9.784/99, artigos 48 e 49) e para a violação do direito constitucionalmente garantido do impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88) de obter resposta em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII). Precedentes.

- Dessa forma, apresentado o requerimento administrativo em 18/05/2015, constata-se que a parte autora, na data de impetração do presente mandado de segurança (23/07/2015), encontrava-se há mais de 2 meses à espera da análise de sua pretensão e evidencia-se que foi ultrapassado o prazo legal, bem como que, ainda que se considerem as dificuldades de recursos humanos e estruturais, além do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso o INSS, concluísse o procedimento. Nesse contexto, merece acolhimento o pedido apresentado pelo impetrante, que efetivamente não pode ficar à mercê da administração, à espera, por tempo indeterminado, que seu pleito seja atendido.

- Remessa oficial a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 360607 - 0002053-98.2015.4.03.6113, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, julgado em 15/08/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/08/2019)

"ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRAZO. LEI N.º 9.784/99. 30 DIAS. REMESSA OFICIAL DESPROVIDA.

1. Cabe à administração pública respeitar o princípio da razoável duração do processo, constante no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/04.

2. A Lei n. 9.784/1999 determina à Administração Pública o prazo de até 30 (trinta) dias, contados do momento em que concluída a instrução, para emitir decisão em processos administrativos de sua competência.

3. Remessa oficial desprovida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5001059-02.2018.4.03.6138, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/08/2019, Intimação via sistema DATA: 26/08/2019)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO TRIBUTÁRIO. ART. 48 E 49 DA LEI 9.784/1999.

1. Verificada a demora injustificada, correta a estipulação de prazo para que a administração conclua procedimento administrativo.

2. Aplicável jurisprudência que assegura a razoável duração do processo, segundo os princípios da eficiência e da moralidade, não se podendo permitir que a Administração postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo.

3. Remessa oficial a que se nega provimento."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 0011037-76.2016.4.03.6100, Rel. Juiz Federal Convocado MARCIO FERRO CATAPANI, julgado em 08/08/2019, Intimação via sistema DATA: 13/08/2019)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO. REQUERIMENTO DE APOSENTADORIA INDEFERIDO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. DECURSO DO PRAZO LEGAL PARA ANÁLISE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de reexame necessário da sentença que ratificou a liminar e concedeu a segurança, para determinar que a autoridade impetrada julgue o recurso n.º 37330.021213/2016-19, concernente à negativa de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição n.º 177.890.046-9, requerido pelo impetrante, no prazo de 30 (trinta) dias.

2. Prefacialmente, importa consignar que, no presente feito, não há que se falar em perda superveniente do objeto por ausência de interesse de agir; visto que a satisfação do direito do impetrante, com impulso do processo e apreciação de seu recurso pelo órgão administrativo competente, ocorreu após o deferimento de medida liminar.

3. Cumpre ressaltar que a duração razoável dos processos é garantia constitucionalmente assegurada aos administrados, consoante expressa disposição do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n.º 45/04.

4. Com efeito, a Administração Pública tem o dever de analisar em prazo razoável os pedidos que lhe são submetidos, sob pena de causar prejuízo ao administrado e de descumprir o princípio da celeridade processual, também assegurado constitucionalmente aos processos administrativos (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

5. Consoante preconiza o princípio constitucional da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição da República, o administrado não pode ser prejudicado pela morosidade excessiva na apreciação de requerimentos submetidos à Administração Pública. Assim, a via mandamental é adequada para a garantia do direito do administrado.

6. O art. 49 da Lei n.º 9.784/1999 fixa o prazo de até 30 dias para que a Administração Pública decida a questão posta em processo administrativo, salvo se houver motivo que justifique de maneira expressa a prorrogação do referido lapso temporal.

7. Por seu turno, o art. 59, § 1º, da Lei n.º 9.784/1999 estabelece o prazo máximo de 30 dias para decisão do recurso administrativo, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente, exceto se houver disposição legal específica.

8. Além dos aludidos prazos legais previstos na Lei n.º 9.784/1999, o art. 41-A, § 5º, da Lei n.º 8.213/1991 e o art. 174 do Decreto n.º 3.048/1999, que dispõem especificamente sobre a implementação de benefícios previdenciários, preveem o prazo de 45 dias para o primeiro pagamento, contados a partir da data da apresentação dos documentos necessários pelo segurado.

9. No caso vertente, resta evidenciado que a autoridade impetrada desrespeitou os prazos estabelecidos em legislações ordinárias, que regulam tanto o processo administrativo em geral, como os processos administrativos de requerimentos de benefícios no âmbito da Previdência Social.

10. Compulsando os autos, verifica-se que o impetrante interpôs em 15/12/2016, perante o INSS, recurso administrativo em face do indeferimento de seu requerimento de benefício previdenciário, o qual não foi analisado pelo prazo legal, tendo sido o recurso apreciado pelo órgão competente apenas após a decisão que deferiu a medida liminar no presente mandado de segurança. Inclusive, frise-se que referido recurso administrativo permaneceu pendente de decisão por mais de um ano e meio após a interposição.

11. Inexiste amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária e do respectivo órgão com incumbência de apreciar recursos administrativos previdenciários, que, pelo contrário, enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional visando a reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

12. Não há condenação em honorários advocatícios em sede de mandado de segurança, nos termos do artigo 25 da Lei n.º 12.016/2009 e das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

13. Reexame necessário não provido."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 5000436-34.2018.4.03.6106, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 25/07/2019, Intimação via sistema DATA: 26/07/2019)

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI N.º 9.784/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Os artigos 48 e 49 da Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipulam o prazo de até 30 (trinta) dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada, para Administração explicitamente emitir decisão nos processos administrativos. 2 - A Administração Pública deve examinar e decidir os requerimentos que lhe sejam submetidos à apreciação, no prazo legal, sob pena de violação aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, conforme preceituam as Leis n.º 9.784/99 e 11.457/07, bem como os artigos 5º, inciso LXXVIII e 37, caput, da Constituição da República, que a todos assegura o direito à celeridade na tramitação dos procedimentos administrativos. 3 - Remessa oficial não provida". (REO 00097112820094036100, DESEMBARGADOR FEDERAL NERY JUNIOR, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/12/2014 ..FONTE_REPUBLICACAO:)(g.n.)

REMESSA OFICIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. MOROSIDADE NA ANÁLISE DE REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

I- O impetrante alega na inicial que em 20/5/16 formulou requerimento administrativo de aposentadoria por idade perante o INSS (NB 42/177.351.545-1), no entanto, "desde o requerimento, mesmo após ter apresentado todos os documentos necessários para o postulado direito, o benefício do Impetrante continua em análise" (fls. 3). Informou, ainda, que em consulta ao sistema do INSS, consta a informação "Benefício Habilitado", motivo pelo qual requer a concessão da segurança para que seja processado o pedido administrativo. Considerando que a análise administrativa está em solução desde 20/5/16 e o presente mandamus foi impetrado em 20/10/16, ultrapassou-se muito o prazo fixado, por analogia, pelo art. 174 do Decreto n.º 3.048/99 e a Lei n.º 9.784/99, que fixam prazo de até 45 dias a partir da data da documentação comprobatória para análise do pleito.

II- Em sede de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios, consoante a Súmula n.º 105 do C. Superior Tribunal de Justiça. III- Remessa oficial improvida.

(REO n.º 0011677220164036119, rel. Des. Federal NEWTON DE LUCÇA, Oitava Turma, Julg.: 25/06/2018, v.u., e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018 ..FONTE_REPUBLICACAO:)

MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. INCRA. CERTIDÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. PRAZO RAZOÁVEL. LIMINAR. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. A autoridade impetrada infringiu o princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98, pois, apesar de transcorrido mais de 3 (três) anos, não forneceu aos impetrantes nenhuma resposta sobre o seu requerimento ou formulou novas exigências a serem cumpridas, tendo se manifestado apenas após a propositura do presente mandado de segurança. 2. A análise do requerimento administrativo pelo impetrado, conforme de determinado por ocasião da liminar, não torna sem objeto o mandado de segurança. 3. A morosidade em efetuar a análise do pleito dos impetrantes torna patente a violação de seu direito. É certo que o elevado volume de solicitações e difíceis condições de trabalho suportadas pelo impetrado revelam a situação de deficiência deste setor administrativo. No entanto, a parte não pode ver seus direitos, constitucionalmente garantidos, violados por problemas internos do ente público. Vale dizer, não podem os impetrantes aguardar por tempo indeterminado que a autoridade resolva concluir seu processo administrativo. 4. A Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução. 5. A administração dispôs de tempo suficiente para concluir o processo, ainda mais em razão do princípio da razoabilidade, hoje positivado na Constituição Federal (art 5º, LXXVIII - acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Precedentes da Corte. V - Apelação provida para reformar a sentença, concedendo-se parcialmente a segurança, para determinar a imediata análise dos processos administrativos.

(AMS 00063597120094036000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 06/10/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMORA NA APRECIÇÃO DO RECURSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL DE 45 DIAS.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter conclusão do procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço.

- O prazo para processamento e concessão do benefício no âmbito administrativo é de 45 dias (Lei n. 8.213/91, art. 41, § 6º e Decreto n.3.048/99, art. 174).

- Reexame necessário em mandado de segurança desprovido."

(REOMS 318.041/SP, Relatora Desembargadora Federal LÚCIA URSALIA, Décima Turma, j. 21/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2013)

No caso dos autos, o impetrante realizou o protocolo do requerimento administrativo de concessão de acréscimo de 25% ao seu benefício previdenciário em 12/08/2019 e constata-se que, até a data do ajuizamento do presente *mandamus*, não havia obtido a competente análise de seu pedido, evidenciando que foi ultrapassado o prazo legal.

Desse modo, ainda que considerada a deficiência interna do ente público, demonstrada diante da dificuldade de recursos humanos e estruturais, bem como do elevado número de solicitações sob sua responsabilidade, transcorreu tempo suficiente para que a administração pública, no caso INSS, procedesse à análise do procedimento, não servindo as condições acima expostas como justificativa para o descumprimento do seu dever legal e violação do direito constitucionalmente garantido da impetrante (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "b", da CF/88), no sentido de ter o seu pedido respondido em tempo razoável (art. 5º, inciso LXXVIII).

Inexiste, portanto, amparo legal para a omissão administrativa da autarquia previdenciária. Ao contrário, tal ato enseja descumprimento de normas legais e violação aos princípios da legalidade, razoável duração do processo, proporcionalidade, eficiência na prestação de serviço público, segurança jurídica e moralidade, sujeitando-se ao controle jurisdicional que visa reparar a lesão a direito líquido e certo infringido.

Realço, outrossim, que, diferentemente do alegado pelo INSS, o tratado no RE 631.240, que originou, em repercussão geral, o Tema 350, não tem pertinência com o presente caso, uma vez que referente, exclusivamente, à exigência de prévio requerimento administrativo como condição para acesso ao Judiciário, sem nada dispor sobre a validade de atrasos praticados pela autarquia previdenciária no exercício de suas atribuições e deveres legais. A previsão de intimação para o INSS manifestar-se em até noventa dias nas ações ajuizadas sem prévio requerimento administrativo e antes da conclusão do julgamento do precedente em 03/09/2014 não revoga o preceito legal, mas busca apenas resolver o destino das demandas judiciais em curso, bem diferente do verificado nos autos, em que já foi previamente acionada a administração e esta, ainda assim, descumpriu prazo legal para a prestação do serviço público.

Adira-se, por oportuno, que a autoridade impetrada, cumprindo a liminar concedida na sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau, já efetuou a respectiva conclusão do requerimento administrativo relativo ao benefício previdenciário em tela (ID 134056113).

Destarte, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Por conseguinte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Posto isso, nos termos do art. 932, do CPC, **NEGO PROVIMENTO à remessa oficial e à apelação.**

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos à vara de Origem.

Souza Ribeiro
Desembargador Federal

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006953-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: JO TAMILCHEL IMPORTADORA LIMITADA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO - SP100930-A
AGRAVADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006953-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: JO TAMILCHEL IMPORTADORA LIMITADA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO - SP100930-A

RELATÓRIO
O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsdi Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por JOTAMICHEL IMPORTADORA LIMITADA - ME em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado (ID 123730554):

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PRETENDIDA ANULAÇÃO DA ARREMATACÃO E A SUSPENSÃO DO FEITO EXECUTIVO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA ANTERIORMENTE. PRECLUSÃO VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não há dúvida que a r. interlocutória agravada apenas determinou o cumprimento da decisão de fl. 330.
2. O agravo de instrumento nº 5009375-85.2018.4.03.0000 interposto em face da decisão de fl. 330 não foi conhecido em razão da ausência de documentação necessária à apreciação da controvérsia. Decisão publicada em 26.06.2018.
3. Em 26.07.2018 a executada atravessou a petição que deu origem à r. interlocutória recorrida a fim de ver anulada a arrematação do imóvel de matrícula nº 332.
4. Assim, a intenção da agravante é reabrir a discussão a respeito do prosseguimento da execução fiscal com a determinação de nova penhora. É evidente que opera a **preclusão** e o tema não pode ser reaberto em 2ª Instância depois que a parte sucumbente não tem admitido seu recurso (agravo, no caso).
5. Agravo interno não provido.

Sustenta que constou da decisão que a agravante requereu a anulação da arrematação do imóvel da matrícula nº 332, todavia, a petição foi feita pela Arrematante do imóvel, quem seja, AAL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA e não a Agravante/Executada.

Além do mais, a petição que deu origem à r. decisão recorrida é a do Exequente Banco Central, na qual requereu a penhora específica do imóvel de Serra Negra/SP.

Por fim, alega que não foi analisado o fato de que a arrematação ocorrida encontra-se totalmente válida e que há depósito nos autos de valor mais do que suficiente para satisfação da execução, não havendo motivos para que sejam realizadas novas penhoras em desfavor da Agravante, uma vez que já teve um bem de sua propriedade utilizado para quitação do débito.

Requer o acolhimento dos embargos declaratórios para que seja reconhecida a desnecessidade de qualquer outra penhora ante a existência de arrematação perfeita e acabada e depósito suficiente (ID 124970901).

Recurso respondido (ID 128697710).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006953-06.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: JOTAMICHEL IMPORTADORA LIMITADA - ME
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANNA LUCIA DA MOTTA PACHECO CARDOSO DE MELLO - SP100930-A
AGRAVADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO
O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsdi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum*.

A embargante aponta que houve erro na indicação da petição que deu origem à decisão agravada.

Muito embora a petição indicada tenha sido protocolada pela arrematante, tal situação não altera o teor do v. acórdão embargado no sentido de que *não há dúvida que a r. interlocutória agravada apenas determinou o cumprimento da decisão de fl. 330*.

Constou, ainda, do voto condutor que o agravo de instrumento nº 5009375-85.2018.4.03.0000 interposto em face da decisão de fl. 330 não foi conhecido em razão da ausência de documentação necessária à apreciação da controvérsia.

Deixo anotado que houve a transcrição de parte da r. interlocutória agravada:

A situação processual não autoriza a que este Juízo, ao menos por enquanto, encerre a tramitação com decisão definitiva. Aliás, a decisão postulada na petição de fls. 340/342 pela arrematante, na verdade seria aquela inicialmente proferida, qual seja, de anular a arrematação. Isso não é juridicamente possível porque aquela decisão foi reformada de forma definitiva pelo Egrégio TRF3, quando julgou o Agravo nº. 0005825-12.2014.4.03.0000. Quanto a má-fé ou prática de ilícito penal por parte dos representantes legais da executada (JOTAMICHEL) é matéria a ser analisada e decidida oportunamente, cabendo observar que esse diferimento de análise e decisão não obsta eventual providência direta por parte da arrematante. Assim, não acolho o pedido da arrematante (fls.340/342) e determino cumprimento da decisão de fls. 330, devendo a penhora recair sobre o imóvel de Matrícula 9.576 do CRI da Comarca de Serra Negra/SP, como requerido pela exequente (fls.318/321). Anoto que embora a decisão mencione "sobre os imóveis", o pedido se restringiu a essa matrícula.

Assim, o acórdão não padece de qualquer omissão, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, em sede de embargos de declaração, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

Pelo exposto, **acolho em parte os embargos declaratórios** somente para corrigir erro material quanto à indicação da petição que deu origem à r. interlocutória agravada, restando mantido o não provimento do agravo interno.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO ACOLHIDO EM PARTE SOMENTE PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. Muito embora a petição indicada tenha sido protocolada pela arrematante, tal situação não altera o teor do v. acórdão embargado no sentido de que não há dúvida que a r. interlocutória agravada apenas determinou o cumprimento da decisão de fl. 330.

3. Constatou, ainda, do voto condutor que o agravo de instrumento nº 5009375-85.2018.4.03.0000 interposto em face da decisão de fl. 330 não foi conhecido em razão da ausência de documentação necessária à apreciação da controvérsia. Decisão publicada em 26.06.2018.

4. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

5. Ausente qualquer vício, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

6. Embargos de declaração acolhidos em parte somente para corrigir erro material quanto à indicação da petição que deu origem à r. interlocutória agravada, restando mantido o não provimento do agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, acolheu em parte os embargos declaratórios somente para corrigir erro material quanto à indicação da petição que deu origem à r. interlocutória agravada, restando mantido o não provimento do agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004688-55.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ordinária objetivando que seja declarada a inexistência de relação jurídico tributária que tenha por exigência o pagamento de PIS e COFINS que inclua em sua base de cálculo o ISS, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação.

A r. sentença concedeu a segurança para o fim de reconhecer o direito da impetrante de excluir o valor ISSQN – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA da base de cálculo do PIS e da COFINS, devendo, no entanto, caso tenha optado pelo regime não-cumulativo de apuração do PIS e da COFINS, excluir tanto da base de cálculo dos débitos quanto da dos créditos o montante de ISS cobrado sobre as operações, de maneira a neutralizar a incidência do imposto em questão; b) declarar a existência do direito à compensação/restituição nos termos da fundamentação. Submeteu a decisão ao reexame necessário.

Apela a União Federal. Requer a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório. **Decido.**

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e. v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015; perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Cinge-se a controvérsia acerca do afastamento do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS.

O I.S.S., assim como o I.C.M.S., são impostos que, pela própria sistemática de incidência que os rege, não compõem o preço dos serviços ou produtos sobre os quais incidem, mas apura-se destacadamente em cada operação e, periodicamente, o "quantum" do tributo devido em todas as operações é recolhido aos cofres do ente tributante respectivo, configurando-se então, em relação à empresa, um simples ingresso financeiro que de fato não integra seu patrimônio, por isso não podendo enquadrar-se nos conceitos constitucionais de "faturamento" ou "receita bruta", base de cálculo de contribuições previdenciárias, PIS e COFINS, tal como reconhecido pelo C. STF.

O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Vale destacar que esse mesmo entendimento deve ser aplicado quanto à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS, em razão da similitude de incidência em relação ao ICMS.

Nesta Corte Regional, a posição já tem sido seguida, conforme precedentes:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00187573120154036100, AMS 365045. Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; Julgado: 03/05/2017)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu, através do julgamento do RE nº 240.785/MG, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 7.1.2014.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Apelação provida.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00148548520154036100, AMS 361193. Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO. e-DJF3 Judicial 1 de 03/02/2017; Julgado: 26/01/2017)

Afigura-se desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Da compensação

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na sequência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei nº 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei. (Grifei)

A Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4o Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6o A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7o Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8o Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9o.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo,

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação, ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da unificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º, DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando inconstitucional sua parte final, no ponto em que afirma que o art. 3º da mencionada Lei Complementar tem caráter de lei interpretativa retroagindo e alcançando fatos pretéritos, a Corte entendeu, por fim, que as ações ajuizadas a partir de 09/06/2005, ou seja, 120 dias após a vigência da lei, aplica-se o prazo prescricional de 05 (cinco) anos. - Portanto, considerando que a presente demanda foi proposta em momento posterior à vigência da lei 118/05, encontram-se prescritos todos os valores que antecedem o quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, de modo que somente podem ser objeto de compensação aqueles concernentes ao quinquênio que antecede a propositura da demanda. - É necessário destacar o prejuízo ao exame quanto à inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 9718/98. Com efeito, esta discussão já se encontra definitivamente superada por conta do entendimento do STF na matéria, pacificada desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, dos RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURÉLIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultado da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder aqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 19/12/2012 - Página: 314.)

Desse modo, os créditos de PIS e COFINS decorrentes de exportação pode ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se que, houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 - A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexigibilidade do crédito tributário e o consequente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (REsp 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (REsp 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJ de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos devidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Da correção monetária e dos juros de mora.

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constituiu-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, *verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º. DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º. DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRg no REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDeI no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293); juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDeI no AgRg nos REsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

(1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;

(2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;

(3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;

(4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);

(5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês);

(6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;

(7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);

(8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;

(9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;

(10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;

(11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º; DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.
3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos devidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REsp's 291257/SC, 399497/SC e 425709/SC. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 1111175 / SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.
2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).
3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressaltando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)
4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)
5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.
6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido *ex officio* pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública não de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, *caput*, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, fica a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Ante o exposto, **dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação**, apenas para explicitar o critério de fixação da prescrição, compensação, juros e correção monetária, nos termos da fundamentação *supra*.

Publique-se e Intimem-se.

Observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000396-14.2017.4.03.6130

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IZZO INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO BEZERRA GALVAO - SP189988-A, PAULO ROGERIO FREITAS RIBEIRO - SP132478-A, MARCELO JORDAO DE CHIACHIO - SP287576-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000396-14.2017.4.03.6130

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IZZO INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDUARDO BEZERRA GALVAO - SP189988-A, PAULO ROGERIO FREITAS RIBEIRO - SP132478-A, MARCELO JORDAO DE CHIACHIO - SP287576-A

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, COMO FUNDAMENTAÇÃO DO PARADIGMA. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741979).

Resposta (131043273).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000396-14.2017.4.03.6130
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: IZZO INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO BEZERRA GALVAO - SP189988-A, PAULO ROGERIO FREITAS RIBEIRO - SP132478-A, MARCELO JORDAO DE CHIACHIO - SP287576-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5031052-40.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: MARY KAY DO BRASIL LTDA

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIS HENRIQUE SOARES DA SILVA - SP156997-A, CRISTIANO ZECCHETO SAEZ RAMIREZ - SP188439-A

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARY KAY DO BRASIL LTDA, contra decisão que, em sede de mandado de segurança, indeferiu a medida liminar, que objetivava fosse autorizado à agravante a se creditar do PIS e da COFINS, nas alíquotas e/ou valores destacados nas notas fiscais de aquisições, referentes às todas aquisições dos produtos tributados no regime monofásico e cujas saídas praticadas pela pessoa jurídica sejam tributadas à alíquota zero.

Em consulta ao sistema processual informatizado da 1ª Instância, verifica-se que, nos autos originários (Processo nº 5004158-59.2018.4.03.6144), foi proferida sentença denegando a segurança pleiteada.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, III c/c art. 1019, *caput*, ambos do novo CPC.

Verificando-se a superveniência de sentença com exame do mérito no processo originário, promovendo cognição exauriente do pedido do agravante, resta prejudicado o presente agravo de instrumento, ante a manifesta perda de objeto.

Nesse sentido, entendimento jurisprudencial, consoante ementas que seguem

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA ACÓRDÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA SUPERVENIENTE. RECURSO PREJUDICADO.

1. A superveniência da sentença proferida no feito principal enseja a perda de objeto de recursos anteriores que versem sobre questões resolvidas por decisão interlocutória combatida via agravo de instrumento. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no REsp 1.485.765/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 20/10/2015, DJe 29/10/2015)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE MÉRITO. PERDA DO OBJETO.

1. Tendo em conta o caráter manifestamente infringente, e em face do princípio da fungibilidade recursal, recebem-se os presentes embargos de declaração como agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que resta prejudicado, pela perda de objeto, o recurso especial interposto contra acórdão que examinou agravo de instrumento, quando se verifica a prolação da sentença de mérito, haja vista que nela a cognição é exauriente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, EDcl no REsp 1.338.242/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, j. 17/10/2015, DJe 09/11/2015)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO LIMINAR. POSTERIOR PROLAÇÃO DE SENTENÇA PELO JUÍZO A QUO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO EM RAZÃO DE PERDA DE OBJETO RECURSAL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO.

- A decisão interlocutória impugnada no presente agravo de instrumento (liminar indeferida pelo juízo a quo) não mais produz suas regulares consequências jurídicas, pois a sentença foi proferida no processo originário. Assim, era viável ter por prejudicado o agravo de instrumento e, por via de consequência, negar seguimento ao recurso, conforme estatui o artigo 932, III, do CPC/2015.

- A agravante não pode se valer de um recurso interposto contra uma dada decisão interlocutória (responsável por indeferir o pleito liminar na origem) para que haja reapreciação de uma sentença (na qual se reconheceu a ocorrência de litispendência), sob pena de promover verdadeiro tumulto processual, o que não se admite. Caso mantenha a intenção de combater a sentença que reconheceu a ocorrência de litispendência entre a ação de origem de outro processo, deverá a agravante valer-se da via recursal adequada, que não se refere ao presente agravo de instrumento.

- Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF3, AG 0013386-19.2016.403.0000, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Wilson Zauhy, j. 22/08/2017, e-DJF3 Judicial 1 de 01/09/2017)

Diante do exposto, com fulcro no art. 932, inc. III, do CPC/2015, **não conheço** do presente agravo de instrumento, ante a manifesta prejudicialidade, nos termos da fundamentação supra.

Decorrido o prazo legal para recursos, observadas as formalidades legais, baixemos autos à Vara de origem.

Publique-se. Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000881-89.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000881-89.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DOS CRÉDITOS DE ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741555).

Resposta (129764586).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000881-89.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, SINDICATO EMPRESAS TRANSPORTES CARGAS CAMPINAS E REGIAO
Advogado do(a) APELADO: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016381-75.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: AGUASSANTA PARTICIPAÇÕES S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANA CLAUDIA LORENZETTI LEME DE SOUZA COELHO - SP182364-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por AGUASSANTA PARTICIPAÇÕES S/A, contra a decisão que, em mandado de segurança, indeferiu o pedido de substituição dos depósitos efetuados por seguro garantia.

Alega, em breve síntese, que ante a situação absolutamente excepcional vivenciada não só pela agravante, mas pelo mundo inteiro, em face da pandemia do COVID-19, justifica-se a adoção de medidas igualmente excepcionais, como, no caso, a autorização da substituição dos valores depositados pelo seguro garantia.

Aduz que se justifica o deferimento da substituição pleiteada, independentemente do trânsito em julgado, pois o seguro garantia é equiparado ao dinheiro, conforme previsão legal (art. 835, § 2º, do CPC/2015 e arts. 9º, § 3º e 15, I, da Lei nº 6.830/1980).

Argumenta que o seguro é modalidade plenamente apta a assegurar os tributos discutidos no mandado de segurança de origem, permitindo que a Fazenda Nacional queira à seguradora o imediato pagamento dos valores em discussão, na hipótese de decisão definitiva reconhecendo sua exigibilidade.

Ressalta a existência do risco de dano grave de difícil ou impossível reparação, pois, caso não venha a ser deferida a antecipação de tutela, a agravante permanecerá sem acesso aos valores depositados, o que a obrigará a se descapitalizar sobremaneira ou a contrair empréstimos para fazer frente a suas diversas obrigações cíveis, trabalhistas, tributárias.

Dessa forma, pleiteia a agravante que seja autorizado o levantamento dos depósitos judiciais vinculados ao mandado de segurança de origem, mediante a oferta de seguro garantia idôneo e apto a garantir o juízo na mesma intensidade que os valores depositados.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.
(“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApRecNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

No caso em exame, a ora agravante impetrou mandado de segurança, com o objetivo de que seja reconhecido o seu direito de (i) não se sujeitar a exigências de PIS, COFINS, IRPJ e CSLL sobre valores por ela recebidos em função do pagamento de precatório expedido em ação indenizatória movida pela Cooperativa de Produtores de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo ("Cooperativa") em face da União, ora Agravada, e, (ii) subsidiariamente, abater, na apuração de PIS e COFINS, os valores de tais contribuições exigidos da Cooperativa por força da SC COSIT nº 69/2019, a fim de garantir adequado tratamento tributário ao ato cooperativo e evitar a ocorrência de bis in idem.

Em sequência, a parte agravante efetuou depósitos judiciais, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN). Após, fundamentando-se na necessidade de liquidez para a quitação de suas obrigações tributárias, trabalhistas e cíveis em meio ao cenário de pandemia, a agravante requereu a substituição dos depósitos judiciais por seguro garantia, o que restou indeferido pelo r. Juízo de origem.

Está pacificado o entendimento no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e precedentes desta Corte Regional no sentido de que o depósito judicial suspensivo da exigibilidade de crédito fiscal, nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional - que apresenta dupla função, uma como direito do contribuinte para não ficar sujeito aos efeitos da mora e do "solve et repete", impedindo a ação executiva por parte da Fazenda, e outra como expectativa de satisfação da exigência fiscal na forma de sua conversão em renda, conforme o art. 156, VI, do CTN -, deve ter sua destinação feita segundo o resultado final do processo em que esteja sendo discutida a exigência fiscal, sendo liberado em favor do contribuinte caso a decisão lhe seja favorável (e no limite do que for), mas devendo ser convertido em renda da Fazenda, caso lhe seja desfavorável, a teor, inclusive, do artigo 1º, § 3º, da Lei nº 9.703/1998.

Ao dispor sobre os depósitos judiciais, a Lei nº 9.703/1998, em seu art. 1º, §§ 1º e 3º, assim dispôs, *in verbis*:

Art. 1º Os depósitos judiciais e extrajudiciais, em dinheiro, de valores referentes a tributos e contribuições federais, inclusive seus acessórios, administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, serão efetuados na Caixa Econômica Federal, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, específico para essa finalidade.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos débitos provenientes de tributos e contribuições inscritos em Dívida Ativa da União.

(...)

§ 3º Mediante ordem da autoridade judicial ou, no caso de depósito extrajudicial, da autoridade administrativa competente, o valor do depósito, após o encerramento da lide ou do processo litigioso, será:

I - devolvido ao depositante pela Caixa Econômica Federal, no prazo máximo de vinte e quatro horas, quando a sentença lhe for favorável ou na proporção em que o for, acrescido de juros, na forma estabelecida pelo § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, e alterações posteriores; ou

II - transformado em pagamento definitivo, proporcionalmente à exigência do correspondente tributo ou contribuição, inclusive seus acessórios, quando se tratar de sentença ou decisão favorável à Fazenda Nacional. (grifos nossos)

Com efeito, o depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado pelo contribuinte após o encerramento da lide e desde que exista decisão que lhe seja favorável.

Outro ponto é que, facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida com vistas a suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto discutida, na esfera administrativa ou judicial, a exigibilidade da exação, o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no art. 151, do CTN, de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentido, é assente o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO PARA SUSPENDER EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR SEGURO GARANTIA. DESCABIMENTO. MOVIMENTAÇÃO DOS VALORES DEPOSITADOS EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA À QUAL VINCULADOS. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO. AUSÊNCIA.

- 1. Cuida-se de pedido de tutela de urgência formulado pela ora agravante objetivando apresentar seguro-garantia no valor integral do crédito discutido em recurso especial, ainda sem juízo de admissibilidade no Tribunal de origem, em substituição ao depósito realizado.*
- 2. É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o seguro garantia judicial não se enquadra como uma das hipóteses previstas no artigo 151 do CTN de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Precedentes.*
- 3. A jurisprudência desta Corte reconhece que a movimentação do depósito judicial efetuado na forma do artigo 151, II, do CTN, fica condicionada ao trânsito em julgado do processo a que se encontra vinculado. Precedentes.*
- 4. Não demonstrada a plausibilidade do direito, obstado fica o trânsito da pretensão autoral.*

5. Agravo interno não provido. (grifos nossos)
(STJ, PRIMEIRA TURMA, AgInt no TP 176/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 18/11/2019, DJe 20/11/2019)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. PENHORA EM DINHEIRO. SUBSTITUIÇÃO. SEGURO-GARANTIA OU FIANÇA BANCÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ANUÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE.

- 1. Trata-se, na origem, de Ação Anulatória de Ato Administrativo proposta pela Copel Distribuição S/A contra a ANTT para a anulação de auto de infração que resultou na aplicação de penalidade de multa no valor de R\$ 1.487.550,00 (um milhão, quatrocentos e oitenta e sete mil, quinhentos e cinquenta reais), por ter a concessionária descumprido metas de qualidade de teletendimento dos usuários.*
- 2. O Tribunal a quo deferiu a substituição do depósito em dinheiro pelo seguro garantia, considerando-o garantia idônea à suspensão do crédito não tributário.*
- 3. Há de se fazer distinção entre a possibilidade jurídica de o devedor apresentar seguro-garantia ou fiança bancária como garantia do valor executado a título de crédito tributário ou não-tributário da Fazenda Pública (§2º, art. 835 do CPC/2015) e os casos em que a dívida já se encontra garantida em juízo com depósito em dinheiro e pretende o devedor substituí-la por aquelas modalidades de contratos bancários.*
- 4. Em regra geral, não há vedação para substituir fiança por seguro-garantia, pois as garantias são equivalentes, o que não ocorreria na hipótese de substituição de dinheiro depositado judicialmente por fiança ou seguro-garantia, caso em que a substituição, em regra, seria inadmissível em razão do entendimento da Primeira Seção nos REsp 1.077.039/RJ. A propósito: REsp 1.632.656/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/4/2017, DJe 11/5/2017; REsp 1.637.094/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016.*

5. *A penhora em dinheiro está estabelecida na legislação processual como espécie preferencial para a garantia do crédito (art. 835, I do CPC/2015). Substituí-la, sem amênia do credor fazendário, por outra modalidade de garantia de menor liquidez, como os seguros oferecidos por instituições financeiras, em que os contratos possuem prazo de validade e dependem da solidez da própria instituição emissora do papel, importa em ampliar o risco de não adimplemento da obrigação tributária, demandando contra a efetividade e a duração razoável do processo, caso necessário futura substituição da garantia. Nesse sentido: AgInt no TP 178/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 21/6/2017; REsp 1.592.339/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 1/6/2016; AgRg na MC 25.104/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 23/5/2016; AgRg no AREsp 213.678/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012.*

6. *Recurso Especial provido. (grifos nossos)*

(STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 1751548/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 16/08/2018, DJe 13/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO. CONDIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO QUE EXAMINA A LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO. CONVERSÃO EM RENDA DA UNIÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE.

1. *A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, nos termos do art. 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública sujeita-se ao trânsito em julgado da ação principal, que reconhece ou afasta a legitimidade da exação. Incidência da Súmula 568/STJ.*

2. *Recurso Especial não provido. (grifos nossos)*

(STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 1734002/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 17/05/2018, DJe 21/11/2018)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DO BANCO FIAT S/A E OUTRO. DEPÓSITO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. ART. 151, II, DO CPC. FACULDADE DO CONTRIBUINTE. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO DO BANCO FIDIS S/A. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CARACTERIZADA. DEPÓSITOS JUDICIAIS PARA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NATUREZA DE INGRESSOS TRIBUTÁRIOS DEPENDENTES DO DESTINO DA DEMANDA JUDICIAL. VALORES NÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui direito subjetivo do contribuinte, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação (AgRg no REsp 517937/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/4/2009, DJe 17/6/2009).*

2. *Quanto ao Agravo do Banco Fidis S/A, no que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a questão trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.*

3. *O STJ consolidou o entendimento segundo o qual os depósitos judiciais utilizados para suspender a exigibilidade do crédito fiscal consistem em ingressos tributários, sujeitos à sorte da demanda judicial, e não em receitas tributárias, de modo que não são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ até o trânsito em julgado da demanda.*

4. *Recurso Especial de Banco Fiat S/A e outro provido. Agravo de Banco Fidis S/A improvido.*

(STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 1691774/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017)

Embora não se desconheça a situação de calamidade pública presente, não se pode desprezar a expressa disposição legal e a orientação jurisprudencial sobre a matéria, que somente autorizam o levantamento dos valores após o término do processo, como o trânsito em julgado da decisão proferida.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV do CPC de 2015, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

Publique-se. Intimem-se.

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

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001915-76.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

AGRAVANTE: RENOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS. EIRELI

Advogados do(a) AGRAVANTE: ALAN HUMBERTO JORGE - SP329181-A, TIAGO ALEXANDRE ZANELLA - SP304365-A, OSCAR GUILLERMO FARAH OSORIO - SP306101-A, GIL PIERRE

DE TOLEDO HERCK - SP430251

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por RENOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS, com pedido de tutela provisória recursal, em face de decisão que, em ação de anulação de débito fiscal, indeferiu o pedido de liminar.

Narra a parte agravante que a Receita Federal lavrou auto de infração por descumprimento ao art. 27 da Lei n. 10.637/2002, em que o acusou de realizar importações de frações de lotes de alhos e cebolas, entre 06/07/2015 e 20/08/2015, por suposta pessoa (a Rio Claro Importação e Exportação de Alimentos Eireli – EPP – declarante importadora e adquirente).

Sustenta a recorrente, em síntese, que não há no Auto de Infração qualquer demonstração de que a Autora tenha participado direta ou indiretamente na execução das importações, que ela é mera adquirente de produtos da Rio Claro. Alega a ausência de adiantamento de recursos para a importadora, que as TED's constituem apenas pagamentos de alienações efetuadas para a Rio Claro; por último, aduz que o auto não atribui atitude subjetiva a ela, "apenas menciona condutas infracionais do sócio-administrador da revendedora Rio Claro (Sr. Edvard)".

O pedido de liminar foi indeferido. Em face dessa decisão, a parte autora interpôs agravo interno.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Decido.

Para a concessão das tutelas provisórias, fundamental a presença do *fumus boni iuris*, consubstanciado tanto na "probabilidade de provimento do recurso" quanto na "relevância da fundamentação".

Preenchidos os requisitos do *fumus boni iuris*, através da relevância da fundamentação e, cumulativamente, do *periculum in mora*, pode ser concedida a tutela de urgência (art. 300, CPC).

Sem embargo, demonstrado o *fumus boni iuris* através da probabilidade de provimento do recurso, despendida a comprovação do risco de dano grave e de difícil reparação, uma vez que a tutela de evidência (art. 311, CPC) estaria firmada em alto grau de probabilidade da existência do direito.

Narra a parte agravante que a Receita Federal lavrou auto de infração por descumprimento ao art. 27 da Lei n. 10.637/2002, em que ela o acusou de realizar importações de frações de lotes de alhos e cebolas, entre 06/07/2015 e 20/08/2015, por suposta pessoa (a Rio Claro Importação e Exportação de Alimentos Eireli – EPP – declarante importadora e adquirente).

Sustenta a recorrente, em síntese, que não há no Auto de Infração qualquer demonstração de que a Autora tenha participado direta ou indiretamente na execução das importações, que ela é mera adquirente de produtos da Rio Claro.

Compulsando os autos originários, em especial o auto de infração, a autoridade aduaneira explicita as modalidades principais de importação previstas na legislação: importação direta e a importação para revenda a encomendante pré-determinado (onde a “legislação tratou de estender as condições de sujeição passiva e responsabilidade tributária ao encomendante, razão pela qual sua identificação é imprescindível na declaração de importação (DI)”, além de haver motivos extrafiscais, como cobrir a lavagem de dinheiro).

O auto de infração versa essa última modalidade, a importação para revenda a encomendante pré-determinado, e que não foi identificado no despacho aduaneiro.

Consta que, em 29/03/2017, teve início a fiscalização no endereço da empresa Rio Claro, em que consigna que são os clientes nacionais da Rio Claro quem suporta financeiramente as importações.

Transcreve-se trechos essenciais desse auto de infração:

“Esse adiantamento de recursos ficará bastante evidente quando – em tópico específico do presente relatório – procedemos a análise dos extratos bancários. Consta-se que os clientes da Rio Claro, exatamente na data (ou em data próxima) do fechamento do câmbio, transferem os recursos financeiros necessários para a Rio Claro suportar a operação”.

“Que a RIO CLARO vendeu a mercadoria à empresa RENOVA (notas fiscais nº 1099 e 1100, de 13/08/2015) antes de a mesma ter sido entregue por ocasião do desembaraço aduaneiro, evento que se deu em 14/08/2015.”

“A partir dos quadros acima e dos demais do ANEXO I, pode-se chegar às seguintes conclusões, todas apontando para o fato de que a RIO CLARO não é a real adquirente das mercadorias importadas por meio das DI objeto do presente auto de infração, mas apenas cede seu nome com vistas a ocultar a empresa RENOVA: (...)”

“Conforme informado pelo Sr. WAGNER GOMES OLIVEIRA (CPF 028.379.058-01), os clientes da RIO CLARO adiantam a totalidade dos recursos financeiros para que esta empresa possa fechar o negócio junto ao fornecedor estrangeiro. Tal informação fica evidente através da análise dos extratos bancários da RIO CLARO e das adquirentes das mercadorias importadas, os quais foram espontaneamente apresentados por essas empresas no curso do procedimento fiscal.”

No âmbito deste agravo não se deve querer esgotar a matéria de prova, em que a agravante pretende refutar as alegações do Fisco, como as transferências/adiantamentos à Rio Claro, em que se alega a compra de mercadorias (alho) pela Rio Claro Importadora e Exportadora e que as transferências traduziriam em pagamento de compra pretérita e não como adiantamento de importação.

Esse exame de provas envolve maior complexidade, com a análise das notas fiscais e das cópias dos livros contábeis em confronto com o auto de infração, o que demanda maior dilação, impróprio para o exame do presente recurso.

Assim, neste juízo de cognição sumária, entendo que não se vislumbram os requisitos autorizadores da medida. A probabilidade de direito da agravada não restou demonstrada, tampouco o risco de dano grave e de difícil reparação a ensejar a reforma da tutela indeferida pelo MM. Juízo *a quo*.

No mais, observo não existir nos autos elementos novos capazes de modificar o entendimento adotado em sede de apreciação de efeito suspensivo, razão pela qual mantenho aquela motivação como fundamento da decisão ora proferida.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**. Por conseguinte, julgo prejudicado o agravo interno interposto em face do pedido de liminar.

Publique-se. Intimem-se.

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008344-56.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SOMPO SEGUROS S.A.

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008344-56.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SOMPO SEGUROS S.A.

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 122225215 – fl. 217):

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PIS - IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO -DISCIPLINA EM LEI ORDINÁRIA: VALIDADE - RESSEGURO POR EMPRESAS SEDIADAS NO EXTERIOR - NATUREZA JURÍDICA - HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA VERIFICADA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

1- Diante da expressa previsão constitucional (artigos 149, §2º, inciso II, e 195, inciso IV), o PIS -importação e a COFINS-importação são validamente disciplinados em lei ordinária; a Lei Federal n.º 10.865/2004.

2- Não há pertinência na alegada natureza jurídica de imposto. E tributo essencialmente destinado ao financiamento da seguridade social.

3- No contrato de seguro, de um lado, tem-se a obrigação de fazer. De outro, a contraprestação pecuniária - remuneratória. E a típica relação verificada em contratos de prestação de serviços.

4- No caso de serviços prestados por empresas estrangeiras, caracteriza-se a hipótese de incidência das contribuições PIS- importação e COFINS-importação.

5- Apelação desprovida.”

A impetrante, ora embargante (ID 122225215 – fls. 219/223), alega omissão na análise da atribuição de competência constitucional tributária a entes políticos distintos: aos Municípios, quanto à prestação de serviços, e à União, quanto à operação de seguros.

Requer a correção do julgado.

Prequestiona a matéria como finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Resposta da embargada (ID 124609554).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0008344-56.2015.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: SOMPO SEGUROS S.A.

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO AUGUSTO ANDRADE - SP220925-A, RUBENS JOSE NOVAKOSKI FERNANDES VELLOZA - SP110862-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 122225215 – 214/216-verso):

“(…)

Desnecessidade de Lei Complementar

A Constituição Federal:

“**Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.**

(…) § 2º. As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

(…)

II - **incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

(…)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: - (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(…)

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)’

Diante da expressa previsão constitucional, o PIS -importação e a COFINS-importação são validamente disciplinados em lei ordinária, qual seja, a Lei Federal n.º 10.865/2004:

'Art. 3º O fato gerador será:

(...)

II - o pagamento, o crédito, a entrega, o emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado.

(...)

Art. 5º São contribuintes:

(...)

II - a pessoa física ou jurídica contratante de serviços de residente ou domiciliado no exterior; e'

O Supremo Tribunal Federal, no regime de que tratava o artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973 (RE n.º 559937/RS):

EMENTA Tributário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. PIS/COFINS - importação. Lei nº 10.865/04. Vedação de bis in idem. Não ocorrência. Suporte direto da contribuição do importador (arts. 149, II, e 195, IV da CF e art. 149, § 2º, III, da CF, acrescido pela EC 33/01). Alíquota específica ou ad valorem. Valor aduaneiro acrescido do valor do ICMS e das próprias contribuições. Inconstitucionalidade. Isonomia. Ausência de afronta. 1. Afastada a alegação de violação da vedação ao bis in idem, com invocação do art. 195, § 4º, da CF. Não há que se falar sobre invalidade da instituição originária e simultânea de contribuições idênticas com fundamento no inciso IV do art. 195, com alíquotas apartadas para fins exclusivos de destinação. 2. Contribuições cuja instituição foi previamente prevista e autorizada, de modo expresso, em um dos incisos do art. 195 da Constituição validamente instituídas por lei ordinária. Precedentes. 3. Inaplicável ao caso o art. 195, § 4º, da Constituição. Não há que se dizer que deveriam as contribuições em questão ser necessariamente não-cumulativas. O fato de não se admitir o crédito senão para as empresas sujeitas à apuração do PIS e da COFINS pelo regime não-cumulativo não chega a implicar ofensa à isonomia, de modo a fulminar todo o tributo. A sujeição ao regime do lucro presumido, que implica submissão ao regime cumulativo, é opcional, de modo que não se vislumbra, igualmente, violação do art. 150, II, da CF. 4. Ao dizer que a contribuição ao PIS/PASEP- Importação e a COFINS-Importação poderão ter alíquotas ad valorem e base de cálculo o valor aduaneiro, o constituinte derivado circunscreveu a tal base a respectiva competência. 5. A referência ao valor aduaneiro no art. 149, § 2º, III, a, da CF implicou utilização de expressão com sentido técnico inequívoco, porquanto já era utilizada pela legislação tributária para indicar a base de cálculo do Imposto sobre a Importação. 6. A Lei 10.865/04, ao instituir o PIS/PASEP - Importação e a COFINS -Importação, não alargou propriamente o conceito de valor aduaneiro, de modo que passasse a abranger, para fins de apuração de tais contribuições, outras grandezas nele não contidas. O que fez foi desconsiderar a imposição constitucional de que as contribuições sociais sobre a importação que tenham alíquota ad valorem sejam calculadas com base no valor aduaneiro, extrapolando a norma do art. 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal. 7. Não há como equiparar, de modo absoluto, a tributação da importação com a tributação das operações internas. O PIS/PASEP - importação e a COFINS - Importação incidem sobre operação na qual o contribuinte efetuou despesas com a aquisição do produto importado, enquanto a PIS e a COFINS internas incidem sobre o faturamento ou a receita, conforme o regime. São tributos distintos. 8. O gravame das operações de importação se dá não como concretização do princípio da isonomia, mas como medida de política tributária tendente a evitar que a entrada de produtos desonerados tenha efeitos predatórios relativamente às empresas sediadas no País, visando, assim, ao equilíbrio da balança comercial. 9. Inconstitucionalidade da seguinte parte do art. 7º, inciso I, da Lei 10.365/04: acrescido do valor do imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS incidente no desembaraço aduaneiro e do valor das próprias contribuições, por violação do art. 149, § 2º, III, a, da CF, acrescido pela EC 33/01. 10. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Ademais, não há pertinência na alegada natureza jurídica de imposto.

É tributo essencialmente destinado ao financiamento da seguridade social.

****Atividade Seguradora****

Sobre o contrato de seguro, o Código Civil:

'Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.'

Trata-se de relação negocial, na qual o segurador assume a obrigação de garantir o interesse do segurado frente a determinados riscos, reparando-o no caso de suceder o evento danoso.

Em contrapartida, o segurado obriga-se ao pagamento do prêmio, independentemente da ocorrência do sinistro (artigo 764, do Código Civil).

De um lado, tem-se a obrigação de fazer. De outro, a contraprestação pecuniária - remuneratória.

É a típica relação verificada em contratos de prestação de serviços.

No caso, os serviços foram prestados por empresas estrangeiras, situação caracterizadora da hipótese de incidência das referidas contribuições.

A jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART 1.021, CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PIS/COFINS-IMPORTAÇÃO. CONTRATOS DE RESSEGURO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS. PRÊMIOS REMETIDOS AO EXTERIOR. INCIDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A decisão agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada desta E. Corte Regional, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso. 2. Cinge-se a controvérsia quanto à legitimidade da cobrança das contribuições do PIS -importação e da COFINS-importação, sobre os valores remetidos ao exterior para pagamento de prêmios em contratos de resseguro celebrados com empresa estrangeira, na forma da Lei nº 10.865/2004. 3. As atividades das seguradoras e resseguradoras revelam-se totalmente compatíveis com a tipologia geral dos contratos de prestação de serviços, devendo os valores do prêmio de resseguro remetidos ao exterior integrarem a base de cálculo das contribuições sociais exigidas na importação. 4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decísum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida. 5. Agravo interno desprovido. (AGRAVO INTERNO 0008345-41.2015.4.03.6100, Relatora Desembargadora Federal DIVA MALERBI, Sexta Turma, julgado em 8/8/2019).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. LEI 10.865/2004. PIS- IMPORTAÇÃO E CONFINS -IMPORTAÇÃO. REFERIR IL IDADE MEDIATA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRATOS DE RESSEGURO. ASSUNÇÃO DE RISCO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRÊMIOS REMETIDOS AO EXTERIOR. FATO GERADOR. ARTIGO 3º, II. 1. As contribuições sociais, com quanto vinculadas, caracterizam-se pela referibilidade mediata ou ampla (calculada no princípio da solidariedade), e, segundo entendimento doutrinário majoritário, sua orientação finalística, voltada à persecução de objetivos eleitos constitucionalmente. Equivocado o silogismo do apelo - que conclui que as exações previstas na Lei 10.865/2004 são impostos - na medida em que equipara, indevidamente, "existência de atividade estatal vinculada à incidência exacional" e "referibilidade direta", de modo a eleger um único critério classificatório de espécies tributárias (a existência ou não de prestação do Estado diretamente decorrente do fato gerador, enquanto hipótese de incidência tributária), pelo qual apenas seria possível distinguir impostos e taxas. 2. Nos termos de sua definição pelo Código Civil (artigo 757), os contratos de seguro (e, bem assim, os de resseguro) caracterizam-se pela assunção de um determinado risco mediante contraprestação pecuniária, o prêmio. A "assunção de risco" importa prestação de fazer, pelo que se conclui que a atividade de seguro e resseguro é plausivelmente compatível com a tipologia geral dos contratos de prestação de serviço, autorizando a incidência de PIS -Importação e COFINS-Importação sobre prêmios remetidos ao exterior, na forma do artigo 30, II, da Lei 10.865/2004. 3. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL 0012467-97.2015.4.03.6100, Relator Desembargador Federal CARLOS MUTA, Terceira Turma, julgado em 01/1 2/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/1 2/2016)

TRIBUTÁRIO. AGRADO DE INSTRUMENTO. REMESSAS EXTERNAS PARA PAGAMENTO DE PRÊMIOS DE SEGURO, RESSEGURO E RETROCESSÃO. PIS - IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA. 1- Os contratos de seguro, resseguro e retrocessão têm natureza de prestação de serviço, de modo que os prêmios remetidos ao exterior sofrem a incidência do PIS-Importação e COFINS-Importação, consoante previsão veiculada pela Lei nº 10.865/04. 2- Precedentes desta egrégia Turma. 3- Agravo de instrumento desprovido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5018718-08.2018.4.03.0000, Relatora Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, Terceira Turma, julgado em 25/03/2019, e -DJF3 Judicial 1 DATA: 28/03/2019)

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal nº. 12.016/09).

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação."

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidade jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003993-55.2019.4.03.6183

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

PARTE AUTORA: ANDRE VICENTE DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM SAO PAULO - LESTE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ANDRE VICENTE DA SILVA, objetivando, em síntese, seja concedida ordem para a autoridade impetrada concluir a análise definitiva do pedido administrativo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, protocolado sob nº 208520848.

A r. sentença concedeu a segurança, para determinar para determinar à autoridade impetrada que, no prazo de 10 (dez) dias, contados da efetiva intimação desta decisão, proceda e conclua a análise do requerimento administrativo de aposentadoria por tempo de contribuição do impetrante.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Houve manifestação do Ministério Público Federal.

Subiram autos a este E. Tribunal.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mítidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegitimidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, a prática de atos processuais administrativos encontra limites nas disposições dos arts. 1º, 2º, 24, 48 e 49 da Lei 9.784/99, e do art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91, no sentido de que a autarquia está obrigada a analisar e conceder um benefício no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 41-A, § 5º, da Lei 8.213/91) e Decreto 3.048/99, art. 174.

Cumprido salientar, ademais, o disposto no artigo 49 da Lei 9.784/99, cuja redação fixa um prazo de até trinta dias para a Administração decidir seus processos administrativos, após concluída a instrução, salvo prorrogação, por igual período, expressamente motivada.

O art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04, prevê o direito à célere tramitação e à razoável duração dos processos (inclusive administrativos):

"A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Dispõe o artigo 37, *caput*, da Constituição da República que a Administração Pública deve pautar-se segundo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, bem como daqueles previstos no *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dentre os quais os da razoabilidade e da motivação.

À propósito, seguem julgados desta Corte:

"PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DE CARÁTER SATISFATIVO. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. SUPERAÇÃO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO.

I - Não obstante o pedido mediato do impetrante tenha sido atendido, tendo em vista a análise documental procedida pelo INSS, não há se falar em perda de objeto, posto que tal proceder deveu-se à decisão liminar de fls. 20/21, cujos efeitos somente subsistem mediante o pronunciamento jurisdicional definitivo, que se concretiza no presente julgamento.

II - A injustificada demora na apreciação do pleito do impetrante (no momento da impetração já haviam transcorrido 15 meses) fere o princípio da razoabilidade, que norteia a ação da Administração Pública, gerando enorme insegurança jurídica aos administrados.

III - No tocante ao processo administrativo de natureza previdenciária, o artigo 41, §6º, da Lei nº 8.213/91, minuciosamente pelo art. 174 do Decreto n. 3.048/99, estabelece o prazo de 45 dias para a apreciação de pedido de concessão de benefício. Ante a superação do aludido prazo, é de se dar guarida à pretensão mandamental.

IV - Remessa oficial desprovida."

(REOMS 300.492/SP, Relator Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO, Décima Turma, j. 15/04/2008, DJU 30/04/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. INCRA. CERTIDÃO DE GEORREFERENCIAMENTO. PRAZO RAZOÁVEL. LIMINAR. PERDA DE OBJETO DO MANDAMUS. NÃO OCORRÊNCIA.

ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE. 1. A autoridade impetrada infringiu o princípio constitucional da eficiência, que rege a Administração Pública, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional nº 19/98, pois, apesar de transcorrido mais de 3 (três) anos, não forneceu aos impetrantes nenhuma resposta sobre o seu requerimento ou formulou novas exigências a serem cumpridas, tendo se manifestado apenas após a propositura do presente mandado de segurança. 2. A análise do requerimento administrativo pelo impetrado, conforme de determinado por ocasião da liminar, não torna sem objeto o mandado de segurança. 3. A morosidade em efetuar a análise do pleito dos impetrantes torna patente a violação de seu direito. É certo que o elevado volume de solicitações e difíceis condições de trabalho suportadas pelo impetrado revelam a situação de deficiência deste setor administrativo. No entanto, a parte não pode ver seus direitos, constitucionalmente garantidos, violados por problemas internos do ente público. Vale dizer, não podem os impetrantes aguardar por tempo indeterminado que a autoridade resolva concluir seu processo administrativo. 4. A Lei n.º 9.784/99 estabelece as diretrizes do processo administrativo e dispõe, nos artigos 48 e 49, que a Administração tem o dever de emitir decisão nos processos de sua competência no prazo de trinta dias, salvo prorrogação motivada, após o término da instrução. 5. A administração dispôs de tempo suficiente para concluir o processo, ainda mais em razão do princípio da razoabilidade, hoje positivado na Constituição Federal (art 5º, LXXVIII - acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004). Precedentes da Corte. V - Apelação provida para reformar a sentença, concedendo-se parcialmente a segurança, para determinar a imediata análise dos processos administrativos.

(AMS 00063597120094036000, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/10/2011)

"PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEMORA NA APRECIÇÃO DO RECURSO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL DE 45 DIAS.

- Trata-se de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter conclusão do procedimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço.

- O prazo para processamento e concessão do benefício no âmbito administrativo é de 45 dias (Lei n. 8.213/91, art. 41, § 6º e Decreto n.3.048/99, art. 174).

- Reexame necessário em mandado de segurança desprovido."

(REOMS 318.041/SP, Relatora Desembargadora Federal LÚCIA URSAIA, Décima Turma, j. 21/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2013)

Destarte, os prazos para conclusão dos procedimentos administrativos devem obedecer ao princípio da razoabilidade.

Dessa forma, no caso dos autos, requerida administrativamente a concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição em 13/09/2018, contata-se que, até a data do ajuizamento do presente *mandamus*, o impetrante encontrava-se à espera da análise e conclusão do procedimento, evidenciando-se que foi ultrapassado o prazo legal.

Adira-se, por oportuno, que a autoridade impetrada, cumprindo a liminar concedida pelo Juízo de primeiro grau, já efetuou a respectiva conclusão do requerimento administrativo relativo ao benefício previdenciário em tela (ID 107585999).

Por conseguinte, nos termos da legislação de regência da matéria e da jurisprudência citada, não merece reparos a sentença.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Posto isso, nos termos do art. 932, do CPC, **NEGO PROVIMENTO à remessa oficial.**

Intimem-se. Publique-se.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos à vara de Origem.

Souza Ribeiro
Desembargador Federal

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025903-63.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: V S B IMPERMEABILIZACOES EIRELI - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE OTTONI NETO - SP186178-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por V S B IMPERMEABILIZAÇÕES EIRELI EPP contra decisão que, em execução fiscal, rejeitou sua exceção de pré-executividade.

Alega a Executada que apresentou exceção de pré-executividade, apontando irregularidades na CDA's, especialmente no que concerne a inclusão indevida do ICMS na base de cálculo do PIS, da COFINS, do IRPJ e da CSLL, tudo com base no entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no julgamento do RE 574.706.

Por fim, requer a reforma da decisão recorrida, exclusivamente para determinar que o juízo de origem conheça da exceção de pré-executividade e aplique o quanto restou pacificado pelo STF no julgamento do RE 574.706.

O pedido de liminar foi indeferido. Em face dessa decisão, a parte excipiente interpôs agravo interno.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Decido.

Em sede exceção de pré-executividade podem ser discutidas, tão-somente, matérias de ordem pública, cujo fundo seja exclusivamente de direito, conhecíveis ex-officio, e aquelas que prescindem de dilação probatória.

Sobre este assunto, a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça é elucidativa. A propósito:

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

Anoto que a certidão de dívida ativa goza de presunção de legalidade e preenche todos os requisitos necessários para a execução de título, quais sejam: a certeza, liquidez e exigibilidade.

Desse modo, cabe ao contribuinte executado, para elidir a presunção de liquidez e certeza gerada pela CDA, demonstrar, pelos meios processuais postos à sua disposição, sem dar margem a dúvidas, algum vício formal na constituição do título executivo, bem como constituir seu ônus processual a prova de que o crédito declarado na CDA é indevido.

Neste sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO DE SÓCIO INDICADO NA CDA. PROVA DA QUALIDADE DE SÓCIO-ERENTE, DIRETOR OU ADMINISTRADOR PELO EXEQÜENTE. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA DA CDA FORMULADA COM BASE NOS DADOS CONSTANTES DO ATO CONSTITUTIVO DA EMPRESA.

É consabido que os representantes legais da empresa são apontados no respectivo contrato ou estatuto pelos próprios sócios da pessoa jurídica e, se a eles se deve a assunção da responsabilidade, é exigir-se em demasia que haja inversão do ônus probatório, pois basta à Fazenda indicar na CDA as pessoas físicas constantes do ato constitutivo da empresa, cabendo-lhes a demonstração de dirimentes ou excludentes das hipóteses previstas no inciso III do art. 135 do CTN.

A certidão da dívida ativa, sabem-no todos, goza de presunção jûris tantum de liquidez e certeza. "A certeza diz com os sujeitos da relação jurídica (credor e devedor), bem como com a natureza do direito (direito de crédito) e o objeto devido (pecúnia)" (in Código Tributário Nacional comentado. São Paulo: RT, 1999, p. 786), podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite, nos termos do parágrafo único do artigo 204 do CTN, reproduzido no artigo 3º da Lei n. 6.830/80, e não deve o magistrado impor ao exeqüente gravame não-contemplado pela legislação de regência.

Recurso especial provido, para determinar a citação do co-responsável e o prosseguimento do processo."

(STJ, Resp 544442, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Neto, DJ 02-05-2005, pág. 281)

Cumprе realçar que a CDA que embasa a execução traz em seu bojo o valor originário do débito, o período e o fundamento legal da dívida e dos consectários, elementos necessários a proporcionar a defesa da contribuinte.

No presente caso, as alegações da agravante de indevida inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS, da COFINS, do IRPJ e da CSLL demandam dilação probatória, reexame das provas que embasam o processo administrativo, razão pela qual descabe examinar o mérito da pretensão.

Ressalte-se, ainda, que em consulta aos autos principais, o excipiente não instruiu a exceção de pré-executividade com sequer um documento para comprovar as suas alegações.

Assim, a matéria exige dilação probatória, para que se tenha certeza necessária quanto ao direito pleiteado, não sendo admissível seu exame através da exceção oposta.

Dessa forma, considerando a complexidade das questões levantadas, anoto que a exceção de pré-executividade não é via adequada para o exame de matéria que demande dilação probatória, sendo cabível sua apreciação somente em sede de embargos à execução, por depender de ampla dilação probatória.

No mais, observo não existir nos autos elementos novos capazes de modificar o entendimento adotado em sede de apreciação de efeito suspensivo, razão pela qual mantenho aquela motivação como fundamento da decisão ora proferida.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento**. Por conseguinte, julgo prejudicado o agravo interno interposto em face do pedido de liminar.

Publique-se. Intimem-se.

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002211-27.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LOJAS RIACHUELO SA
Advogado do(a) APELADO: CARLA DE LOURDES GONCALVES - SP137881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002211-27.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOJAS RIACHUELO SA
Advogado do(a) APELADO: CARLA DE LOURDES GONCALVES - SP137881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson Di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, como o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741539).

Resposta (129880151).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002211-27.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: LOJAS RIACHUELO SA
Advogado do(a) APELADO: CARLA DE LOURDES GONCALVES - SP137881-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004281-27.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS, FERNANDO PORTO DE VASCONCELOS, GOL LINHAS AEREAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802

Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO QUEIROZ MARQUES DE MENDONCA - SP392310

APELADO: GOL LINHAS AEREAS INTELIGENTES S.A., MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA

Advogado do(a) APELADO: SIMONE HAIDAMUS - SP112732

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO - SP169709-S

Advogado do(a) APELADO: DANIELA DE OLIVEIRA STIVANIN - SP157460-A

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: MOIRA DE CASTRO VASCONCELOS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004281-27.2011.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS, FERNANDO PORTO DE VASCONCELOS, GOL LINHAS AEREAS S.A.

Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802

Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO QUEIROZ MARQUES DE MENDONCA - SP392310

APELADO: GOL LINHAS AEREAS INTELIGENTES S.A., MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA

Advogado do(a) APELADO: SIMONE HAIDAMUS - SP112732

Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO - SP169709-S

Advogado do(a) APELADO: DANIELA DE OLIVEIRA STIVANIN - SP157460-A

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: MOIRA DE CASTRO VASCONCELOS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA

REL/VOTO DE PROCESSO VIRTUALIZADO - RELATORA À ÉPOCA, EXMA. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta por MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS e OUTRO e pela VRG LINHAS AÉREAS S/A., em face da r. sentença de parcial procedência proferida nesta ação de indenização por dano, promovida por MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS e FERNANDO PORTO DE VASCONCELOS, contra as rés, pessoas jurídicas, EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA - INFRAERO e a GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S/A.

A petição inicial, distribuída à 2ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP (fs. 02/23) veiculou, em suma, o seguinte: que em 11/12/2010, os autores se deslocavam de Brasília para São Paulo em voo da GOL; ressalta que o autor Fernando possui mobilidade reduzida, e em razão do embarque para o voo ter sido direcionado para área remota, foi solicitado o veículo *ambulyft*, de propriedade da INFRAERO; relata que os autores foram embarcados no veículo e acompanhados até a aeronave por funcionária da GOL; afirma que não havia cintos de segurança para prender a cadeira e que não foram postas as presilhas para travar a cadeira de rodas, sendo utilizados apenas os freios da própria cadeira; ressalta que a cadeira utilizada era a de propriedade do autor; afirma que durante o deslocamento, em face de uma freada brusca, a cadeira de rodas com autor Fernando tombou, lançando-o ao chão, assim como a funcionária da GOL que o acompanhava, haja vista que não existe alça ou suporte para o funcionário se segurar dentro do veículo; alega que ao cair o autor Fernando bateu a cabeça no chão, tendo sangramento pelo nariz e pela boca, com perda dos sentidos; aduz que a equipe médica de plantão no aeroporto de Congonhas efetuou os primeiros socorros e, em seguida, foi removido para o Hospital Santa Paula, dando entrada no nosocômio em estado de coma e com instabilidade hemodinâmica, quadro que se mantinha até o ajuntamento da ação, 23/03/2011; relata que o autor Fernando foi submetido, desde então, a diversos procedimentos cirúrgicos, alguns de urgência; informa que o autor permanece na UTI, o que modificou completamente a rotina da autora Maria Sylvia e de toda a família, haja vista que ela não possui atividade remunerada que lhe garanta aposentadoria; ressalta que o autor é aposentado pelo INSS e recebe R\$545,00, sendo que a INFRAERO vem arcando com todas as suas despesas hospitalares; informa que foi instaurado, pela Polícia Federal, o Inquérito Policial nº 0107/2010; alega que a INFRAERO, para apurar o ocorrido, instaurou a Sindicância nº 023/SEDE/2010; e afirma que ainda não recebeu a indenização do Seguro obrigatório RETA.

Ao final os autores requerem a condenação das rés no dever de indenizar por danos morais e a concessão da tutela antecipada no que se refere ao custeio do tratamento médico/hospitalar do autor.

Indeferida a antecipação de tutela. Interposto agravo de instrumento pela parte autora. Negado provimento ao agravo de instrumento às fs. 977/979.

Contestação da GOL às fs. 308/331, com denunciação da lide da ALLIANZ SEGUROS S/A., indeferida à fl. 631 e contestação da INFRAERO às fs. 364/400, com denunciação da lide da MAPFRE VERA CRUZ SEGURADORA S/A., deferida à fl. 622. Réplica às fs. 444/459. Contestação da MAPFRE às fs. 554/595. Réplica às fs. 625/629.

Aberta a oportunidade para a especificação de provas a produzir (fl. 461). Os autores requereram a produção de prova pericial (fs. 463/464). A INFRAERO requereu a produção da prova testemunhal e documental (fl. 465) e perícia médica às fs. 632/633. A GOL requereu a produção de prova testemunhal e documental às fs. 634/635. A MAPFRE requereu a produção de prova documental e perícia médica (fs. 641/642). Deferida a produção da prova pericial médica à fl. 643. Quesitos dos autores às fs. 645/650, da MAPFRE às fs. 686/690, da INFRAER às fs. 691/693.

Laudo médico expedido pelo Hospital SARAH Brasília, responsável pelo tratamento do autor às fs. 699/701, complementado às fs. 720/787v. Manifestação da GOL às fs. 709/710 e fs. 807/808, da MAPFRE às fs. 711/712 e 804/805 e da INFRAERO à fl. 806.

Comunicado o óbito do autor Fernando Porto de Vasconcelos à fl. 816. Regularização do polo ativo determinada à fl. 819.

Deferida a retificação no polo passivo da ação para que onde constava GOL Linhas Aéreas inteligentes S/A, passasse a constar VRG LINHAS AÉREAS S/A (fl. 829).

Portaria do MPF às fs. 865/865v. Resposta da GOL e da VRG às fs. 866/869 e da ANAC às fs. 870/873.

Laudo Médico Pericial, produzido em juízo, juntado às fs. 876/895. Manifestação da parte autora às fs. 897/899, da VRG às fs. 901/904, da INFRAERO às fs. 906/909 e da MAPFRE às fs. 910/915, com manifestação de seu assistente técnico às fs. 916/927.

Alegações finais dos autores às fs. 980/983, da INFRAERO às fs. 986/998, da VRG às fs. 999/1011, da MAPFRE às fs. 1012/1042.

Sobreveio a r. sentença (fs. 1057/1065v) que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VGR | <i>Inicialmente, cumpre analisar a preliminar de ilegitimidade passiva em relação à pretensão dos Autores de recebimento do valor relativo ao seguro obrigatório RETA, pela</i> |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>O Seguro RETA é um seguro obrigatório. Toda aeronave, independentemente de sua operação ou utilização, deve possuir cobertura desse seguro de responsabilidade civil (RETA), correspondente a sua categoria de registro. A contratação do seguro RETA é obrigatória para todo o explorador (proprietário ou arrendatário) conforme previsto na Lei 7565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) e no apêndice B do RBHA 47, nos limites estabelecidos no comunicado DECAT 001/95 de 23 de janeiro de 1995 do IRB - Instituto de Resseguro do Brasil, bem como pela Resolução nº 37, de 07 de agosto de 2008.</i> |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Desta feita, entendo que a RÉ VGR Linhas Aéreas S.A é parte ilegítima para a pretensão relativa à exigibilidade do pagamento do valor relativo ao seguro, haja vista que a lei exige a contratação e o pagamento do valor estipulado para a contratação do seguro. O sinistrado deve obter o pagamento do valor do prêmio diretamente com a seguradora contratada pela companhia aérea.</i> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Verifica-se, portanto, que é responsabilidade da empresa aérea a segurança do passageiro com necessidades especiais também após o desembarque, até a chegada ao terminal.</i> |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Ainda, a companhia aérea responde objetivamente pelos danos causados a terceiros.

[...]

Não restam dúvidas, portanto, acerca da responsabilidade da VGR Linhas Aéreas.

Acrescente-se que, ainda que não houvesse a responsabilidade legal e contratual de transportar os passageiros de forma segura e entregá-los em seu destino intactos, restou caracterizada, também, a conduta culposa da funcionária da empresa que acompanhou o Autor, uma vez que não determinou fossem adotados procedimentos de segurança para o transporte do passageiro cadeirante.

[...]

De fato não resta qualquer dívida sobre a responsabilidade da empresa aérea, tal como já decidido acima.

Entretanto, a responsabilidade da corre não exclui a da INFRAERO.

[...]

Ainda, acrescente-se o fato de o evento ter ocorrido em veículo de sua propriedade, conduzido por agente de seu corpo de funcionários.

O modo como os fatos se desenvolveram demonstram claramente que o agente da INFRAERO não tomou todos os cuidados relativos à segurança do passageiro cadeirante, o que caracteriza a culpa por imprudência e negligência, ao não prender a cadeira de rodas e ao realizar manobra brusca, ainda que para evitar a colisão.

[...]

Assim, a INFRAERO deve ser responsabilizada também subjetivamente, por culpa in elegendo.

[...]

Por fim, ambos os requeridos e a Mapfre alegam que as condições de saúde anteriores do Autor determinaram as consequências que se seguiram ao evento.

[...]

Verifica-se, assim, que as Rés argumentam, fundamentadas na doença preexistente do Autor, a incoerência de nexo causal entre o acidente e o estado vegetativo que veio apresentar e, posteriormente, sua morte.

Analisando as provas trazidas aos autos e os argumentos das partes, conclui-se que houve o dano, o ato cometido pelas partes e o nexo causal.

A circunstância de o Autor ter doença preexistente ao acidente, que lhe diminuía a mobilidade e a capacidade de cognição, não elide o fato de que o mesmo estava acordado, voltando de viagem na qual fora realizar tratamento médico em Brasília e, após a queda o trauma decorrente da mesma, entrou em coma que evoluiu para estado vegetativo e, por fim, seu óbito.

Não há a possibilidade de afirmar-se com absoluta segurança se o falecimento do Autor decorreu do evento danoso. Entretanto, é possível, aí sim com certeza total, afirmar que o acidente causado pela negligência das Rés determinou seu estado de coma e vegetativo até a sua morte.

| | |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Desta feita, é devida a indenização por danos morais, uma vez que presentes o dano, o nexo causal e a culpa.</i> |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Entendo existente, portanto, o dano, o nexo causal e a culpa, se apresentando esta na modalidade negligência (por parte dos representantes da Rés, que não tomaram as precauções necessárias para o transporte do Sr. Fernando), tudo isto sabendo-se que é dever das mesmas assegurar a segurança dos passageiros, ainda mais se tratando de pessoa com mobilidade reduzida.</i> |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Assim, entendo que encontra-se configurado o dano moral, resultante da angústia e do abalo psicológico, não havendo, portanto, qualquer dívida a respeito do direito invocado, restando caracterizado o dano, o nexo causal e a culpa.</i> |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Desta forma, julgo parcialmente procedente o pedido, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e condeno a INFRAERO e a VGR Linhas Aéreas S.A. a pagar solidariamente, aos autores Sra. Maria Sylvia Castro de Vasconcelos e Sr. Fernando Porto de Vasconcelos - espólio, o valor de R\$ 250.000,00 (...) para cada autor, totalizando o montante de R\$ 500.000,00 (...) corrigido monetariamente desde a data do evento danoso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após o trânsito em julgado da sentença.</i> |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | DECLARO EXTINTO O FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 485, INCISO VI DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE PAGAMENTO DO SEGURO RETA. |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Tendo em vista a ação ter sido proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973, cujas regras para fixação dos honorários advocatícios eram diferentes das atuais e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação a ser pago pelas Rés ao advogado dos Autores e fixo honorários a ser pago pelos Autores aos advogados das Rés em R\$ 1.000,00 (um mil reais).</i> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|--|
| | |
|--|--|

| | |
|--|--------------------------------|
| | (os destaques são do original) |
|--|--------------------------------|

Interpostos embargos de declaração pela MAPFRE às fls. 1067/1070, pela INFRAERO às fls. 1071/1073, conhecidos e providos às fls. 1123/1123v.

Interposta apelação pelos autores que, em suas razões recursais de fls. 1074/1083, sustentam, em síntese, o seguinte: que no que tange à correção monetária e aos juros de mora devem ser observadas as Súmulas 362 e 54 do C. STJ e invoca o art. 398 do Código Civil; insurge-se contra o valor fixado a título de indenização por danos morais e cita a jurisprudência do C. STJ e requerem a sua majoração para, pelo menos, 600 salários mínimos.

Interposta apelação pela VRG que, em suas razões recursais de fls. 1101/1121 e 1126/1146, sustenta, em síntese, o seguinte: que a sua funcionária apenas acompanhou o Sr. Fernando, em sua própria cadeira de rodas, que quem acomodou a cadeira e conduziu o veículo foi o funcionário da INFRAERO; afirma que o veículo é parte da infraestrutura aeroportuária e que somente o funcionário da INFRAERO possuía conhecimento técnico específico para operar o equipamento; sustenta que a VRG responde apenas e tão somente pelo transporte aéreo do passageiro e nada mais; aduz que a INFRAERO é quem recebe o valor relativo à taxa de embarque como pagamento pelos seus serviços e invoca o art. 16 da Resolução ANAC Nº 09/2007; afirma que com base no § 2º do art. 20 da Resolução ANAC Nº 09/2007, contrata o serviço junto à INFRAERO; alega que a funcionária que foi disponibilizada para acompanhar o Sr. Fernando estava devidamente treinada e capacitada para exercer a função de acompanhante, com participação em cursos específicos, mas que não interviu e nem poderia na acomodação do passageiro no veículo, por entender que era obrigação da INFRAERO, que é contratada para isso; defende a tese de que o dano ocorrido não se relaciona com qualquer conduta ilícita da apelante, afastando, portanto, o nexo de causalidade; sustenta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro, sob o fundamento de que a responsabilidade pela prestação daquele serviço de transporte é da INFRAERO; afirma que o inquérito policial concluiu pela responsabilidade penal do funcionário da INFRAERO, por lesão corporal culposa; insurge-se contra o valor fixado a título de indenização por danos morais e requer a sua minoração e invoca os arts. 884 e 944 do Código Civil; insurge-se, ainda, contra a sistemática adotada pela r. sentença para a fixação do termo inicial da correção monetária; e afirma que a sucumbência é regida pela lei vigente ao tempo de sua imposição, aduzindo que a r. sentença não observou a proporcionalidade ao fixar honorários e invoca a Súmula 306 do STJ e o art. 86 do CPC.

Interposto agravo de instrumento pelos autores às fls. 1150/1164. Contrarrazões da GOL e da VRG às fls. 1165/1174, da Infraero às fls. 1175/1182 e da MAPFRE às fls. 1186/1187. Negado Seguimento ao agravo às fls. 1193/1196v.

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004281-27.2011.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS, FERNANDO PORTO DE VASCONCELLOS, GOLLINHAS AEREAS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802
Advogado do(a) APELANTE: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA - SP166802
Advogado do(a) APELANTE: MARCELO QUEIROZ MARQUES DE MENDONCA - SP392310
APELADO: GOLLINHAS AEREAS INTELIGENTES S.A., MAPFRE SEGUROS GERAIS S.A., EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUARIA
Advogado do(a) APELADO: SIMONE HAIDAMUS - SP112732
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO - SP169709-S
Advogado do(a) APELADO: DANIELA DE OLIVEIRA STIVANIN - SP157460-A
OUTROS PARTICIPANTES:
TERCEIRO INTERESSADO: MOIRA DE CASTRO VASCONCELLOS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: TRICIA CAMARGO DE OLIVEIRA

VOTO

"EMENTA"

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. ACIDENTE NO DESLOCAMENTO DE PASSAGEIRO DA AERONAVE PARA O TERMINAL DE PASSAGEIROS. PASSAGEIRO COM MOBILIDADE REDUZIDA. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRADORA DO AEROPORTO E DA EMPRESA AÉREA. DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO DOS AUTORES NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA VRG, PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo acidente descrito na inicial, envolvendo o deslocamento de passageiro com mobilidade reduzida, ocorrido em 11/12/2010, no trecho entre aeronave/terminal de passageiros, nas dependências do Aeroporto de Congonhas/SP, deve ser atribuída às rés, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

2. De plano há que se reconhecer que o dano e o fato danoso efetivamente ocorreram e são incontroversos.

3. Ainda que do Laudo Pericial não conste a conclusão de que o óbito tenha se dado em razão do acidente, é evidente que o fato teve consequência médicas avassaladoras para quem possuía um quadro clínico/médico já bastante complexo. Como dito, e isso fica bastante claro diante do conjunto probatório constante dos autos, com tantos agravamentos provocados pelo acidente, ainda que não se possa tê-lo com causa direta é, sem sombra de dúvidas, o maior responsável pelo desfecho do quadro clínico/médico do autor, que o levou a óbito, o que comprova o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso. Portanto, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, fica inequivocamente comprovado, incontroverso e incontestado o dano ocorrido, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles.

4. É possível concluir, com absoluta clareza, que a responsabilidade pela movimentação segura das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre as aeronaves e o terminal de passageiros, é das empresas aéreas ou dos operadores de aeronaves (art. 20 caput da NOAC).

5. A celebração dos contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos de que cuida o § 2º do art. 20 da NOAC, não excluem ou transferem a responsabilidade da contratante. A empresa aérea ou o operador de aeronaves não transfere para o contratado essa responsabilidade. O documento pode sim garantir o direito de regresso, mas não exime a contratante de sua responsabilidade estabelecida em lei, o que descarta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

6. A norma exige que as administrações aeroportuárias, as empresas aéreas, os operadores de aeronaves, os seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotem todas as medidas necessárias para garantir a integridade física das pessoas que necessitam de assistência especial, no aeroporto de destino e em qualquer outra etapa da viagem não prevista pela própria norma (art. 11, incisos IX e X, da NOAC).

7. A funcionária da VRG, diante do fato de que, naquele momento, representava a empresa aérea, não estava ali cumprindo o papel de acompanhante, mas sim de preposto daquela que tinha a obrigação de

designar funcionário altamente treinado (art. 34 da NOAC) para garantir a segurança do passageiro em seu deslocamento da aeronave, até o terminal de passageiros e deveria estar qualificada, sim, para opinar sobre as condições de segurança do deslocamento do passageiro com mobilidade reduzida, como determina o art. 33 e 34 da NOAC, até porque, na condição de preposta da contratante, poderia ter exigido o efetivo cumprimento das cláusulas contratuais de segurança, por parte do preposto da contratada. Além disso, acompanhante é aquele que o passageiro requer que, na hipótese dos autos, era a esposa do Sr. Fernando, como regulamentam os arts. 47 e 48 da norma e não a funcionária da empresa aérea que, repis, ali estava na condição de preposto.

8. Comprovado e devidamente demonstrado nos autos, o dano, o evento danoso, o nexo de causalidade entre eles e a conduta das rés, resta configurada, portanto, a responsabilidade solidária da VRG Linhas Aéreas S/A. e da INFRAERO, ensejando o dever de indenizar por danos.

9. Nega-se provimento à apelação dos autores e dá-se parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo acidente descrito na inicial, envolvendo o deslocamento de passageiro com mobilidade reduzida, ocorrido em 11/12/2010, no trecho entre aeronave/terminal de passageiros, nas dependências do aeroporto de Congonhas/SP, deve ser atribuída às rés, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

De plano há que se reconhecer que o dano e o fato danoso efetivamente ocorreram e são incontroversos.

O autor, Fernando Porto de Vasconcellos, que tinha mobilidade reduzida e se locomovia com o auxílio de cadeira de rodas, em 11/12/2010, ao chegar no aeroporto de Congonhas/SP, em um voo da GOL Linhas Aéreas Inteligentes, procedente de Brasília/SF, estacionado na área remota, teve que ser transportado, da aeronave até o sagão do aeroporto, com o auxílio do veículo *ambulift*, e em razão de uma freada brusca a cadeira de rodas tombou e o Sr. Fernando caiu, batendo a cabeça no chão, acidente que provocou uma série de complicações, incluindo traumatismo crânio encefálico, conforme conta dos relatórios médicos juntados aos autos, bem relatados no Laudo Pericial Médico produzido em juízo e acostado às fls. 880/895.

O Sr. Fernando vinha sendo submetido a tratamento no Hospital Sarah Kubitschek, em Brasília/DF, com um quadro neurológico complexo, conforme se depreende dos relatórios e prontuários médicos de fls. 699/701 e 720/787v.

Nesse passo vale transcrever parte da conclusão a que chegou o perito judicial às fls. 888/889 do Laudo:

[...]

| | |
|--|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Segundo os dados contidos no prontuário médico do Hospital Santa Paulo, o periciando apresentou traumatismo crânio encefálico, com identificação de uma hemorragia subaracnóideia difusa, evoluindo com quadro de hipertensão intracraniana e consequente rebaixamento do nível de consciência, demandando a implantação de cateter de PIC para a monitorização da pressão intracraniana e intubação traqueal para ventilação mecânica. O periciando também apresentou hipotensão e choque (queda acentuada da pressão arterial), sendo iniciada droga vasoativa para melhora hemodinâmica.</i> |
| | <i>Posteriormente, o periciando foi submetido à procedimento neurocirúrgico de colocação de derivação ventricular externa e drenagem de hematoma intracraniana em 27 de dezembro de 2010 e realização de traqueostomia para facilitar a ventilação e gastrostomia para alimentação enteral em 04 de janeiro de 2011, evoluindo em estado vegetativo.</i> |
| | <i>Em 07 de maio de 2011 o periciando foi transferido do Hospital Israelita Albert Einstein, onde permaneceu internado até a ocasião de seu óbito, ocorrido em 19 de fevereiro de 2014.</i> |
| | <i>Faz-se importante ressaltar que previamente ao acidente ocorrido em 11 de dezembro de 2010, que inclusive ocorreu quando o periciando se encontrava sobre uma cadeira de rodas, o mesmo já era portador de sequelas neurológicas decorrentes de um acidente vascular cerebral (AVC) hemorrágico ocorrido em 05 de dezembro de 2006, com acometimento do tronco encefálico, especificamente da região pontinha à esquerda.</i> |
| | <i>Por conta deste evento encefálico, o periciando manteve acompanhamento regular e tratamento especializado no Hospital Sarah Kubitschek a partir de março de 2007, com alta definitiva em 11 de dezembro de 2010, dia do acidente.</i> |
| | <i>Segundo as informações médicas deste serviço, o periciando evoluiu com seqüela motora e cognitiva, caracterizadas por hemiparesia à direita com dificuldade de locomoção, realizada em andador em pequenas distâncias (residência) e cadeira de rodas com assistência em distâncias maiores (quando saía de casa). Além disso, o periciando também evoluiu com prejuízo cognitivo, respondendo apenas a ordens simples, com desatenção, apatia e desorientação tempo-espacial parcial.</i> |
| | <i>Ao longo do tratamento realizado no Hospital Sarah Kubitschek, o periciando evoluiu de maneira oscilatória, apresentando um ganho funcional e intelectual inicial, porém com recaída já no período final de acompanhamento, quando as funções mentais superiores voltaram a se deteriorar.</i> |
| | <i>Portanto, pode-se concluir que o periciando já era portador de seqüela neurológica com comprometimento da transferência corporal, demandando uso de cadeira de rodas e apresentava dano cognitivo significativo, com caracterização de incapacidade laborativa total e permanente e com dependência de terceiros para a realização das atividades de vida diária.</i> |

De fato, após o acidente o periciando apresentou piora do quadro neurológico, especialmente pelo rebaixamento do nível de consciência que o deixou inicialmente em coma e posteriormente em estado vegetativo, com pobre contato com o meio e com perda das capacidades básicas, como de respiração espontânea e alimentação independente, permanecendo hospitalizado desde o acidente ocorrido em 11 de dezembro de 2010 até seu óbito, ocorrido em 19 de fevereiro de 2014.

[...]

Ou seja, trata-se de uma pessoa com um quadro complexo, iniciado com um AVC em 05/12/2006; que vinha se tratando desde março/2007, no Hospital Sarah Kubitchek, reconhecido internacionalmente como referência em diversas enfermidades; recebe alta médica definitiva em 11/12/2010; retorna para São Paulo no mesmo dia e sofre o acidente descrito na inicial.

É imprescindível destacar que o autor, mesmo diante da gravidade de sua enfermidade, tinha capacidade de locomoção, por iniciativa própria, ainda que bastante reduzida, haja vista que, como relata o Laudo Pericial, ele se locomovia sozinho, por meio de andador e se alimentava, normalmente.

Após o acidente passou do coma ao estado vegetativo, permanecendo nessa condição por 3 (três) anos e 3 (três) meses, aproximadamente, até o seu óbito, ocorrido em 19/02/2014.

Ainda que do Laudo Pericial não conste a conclusão de que o óbito tenha se dado em razão do acidente, é evidente que o fato teve consequência médicas avassaladoras para quem possuía um quadro clínico/médico já bastante complexo. Como dito, e isso fica bastante claro diante do conjunto probatório constante dos autos, com tantos agravamentos provocados pelo acidente, ainda que não se possa tê-lo com causa direta é, sem sombra de dúvidas, o maior responsável pelo desfecho do quadro clínico/médico do autor, que o levou a óbito, o que comprova o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso.

Portanto, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, fica inequivocamente comprovado, incontroverso e incontestado o dano ocorrido, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles.

Dito isso, passo a análise da responsabilidade das rés no que se refere ao evento danoso.

As Leis nos 10.048 e 10.098, ambas de 2000, regulamentam a prioridade de atendimento às pessoas com algum tipo de deficiência e estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade dessas pessoas e das que possuem mobilidade reduzida.

Diante disso, foi editado o Decreto nº 5.296, de 2004, que regulamenta as leis acima mencionadas e trata especificamente da acessibilidade em relação aos usuários dos meios de transporte coletivo aéreo (art. 44), remetendo o detalhamento da norma às orientações que até então eram expedidas pelo Departamento de Aviação Civil do Comando da Aeronáutica e pelas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.

No entanto, em 27 de setembro de 2005, foi editada a Lei nº 11.182, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, autarquia federal, autoridade de aviação civil, com competência para regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Diante dessa atribuição legal e no exercício de sua competência, a ANAC edita normas que regulamentam as atividades da aviação civil e dentre elas, foi expedida a Resolução ANAC 09/2007, que aprova a Norma Operacional de Aviação Civil - NOAC, que dispõe sobre o acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial.

Peço vênia para transcrever parte da norma de referência para facilitar a apreciação da matéria:

[...]

Art. 1º Esta Norma Operacional de Aviação Civil - NOAC estabelece os procedimentos que assegurem aos passageiros com necessidade de assistência especial o acesso adequado ao transporte aéreo.

[...]

Art. 2º Para efeito desta NOAC considera-se:

1 - administração aeroportuária: estrutura organizacional do aeroporto, responsável pela sua administração, operação, manutenção e exploração.

[...]

III - empresa aérea ou operador de aeronaves: empresa constituída que explora ou se propõe a explorar aeronaves para prestação dos serviços públicos de transporte aéreo regular ou não regular. IV - passageiros com necessidade de assistência especial: pessoas portadoras de deficiência, idosos com idade igual ou superior a sessenta (60) anos, gestantes, lactantes e pessoas acompanhadas por crianças de colo, crianças desacompanhadas e pessoas com mobilidade reduzida.

[...]

VI - Pessoa com deficiência dependente: pessoa incapaz de acessar ou abandonar a aeronave por conta própria.

VII - Pessoa com mobilidade reduzida: aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

[...]

||

Art. 3º Os procedimentos estabelecidos nesta NOAC deverão ser observados pelas empresas aéreas e pelas administrações aeroportuárias, sendo aplicáveis aos elos do Sistema de Aviação Civil, no que for compatível.

[...]

||

Art. 7º Os passageiros portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida, têm o direito a um tratamento igual ao dispensado aos demais passageiros e a receber os mesmos serviços que são prestados costumeiramente aos usuários em geral, observadas as suas necessidades especiais de atendimento. Esse direito inclui o atendimento prioritário e o acesso às informações e instruções, às instalações, às aeronaves e aos demais veículos à disposição dos passageiros nos terminais.

||

Art. 8º A fim de melhor prestar os serviços proporcionados às pessoas que necessitam de assistência especial, empresas aéreas ou operadores de aeronaves, seus prepostos, as administrações aeroportuárias e as empresas de serviços auxiliares de transporte aéreo deverão empregar uma definição comum para as distintas categorias de pessoas que necessitam dessa assistência.

[...]

§ 3º Serão assegurados a esses passageiros a assistência especial necessária durante todo o trajeto da viagem, independentemente do tipo de deficiência ou do motivo da redução de sua mobilidade.

[...]

||

Art. 9. As administrações aeroportuárias e as empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão estabelecer programas de treinamento, visando assegurar disponibilidade de pessoal, de terra e de bordo, especialmente treinado para lidar com pessoas que necessitem de assistência especial.

[...]

| |
|--|
| |
|--|

| |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Art. 11. As administrações aeroportuárias, as empresas aéreas e operadores de aeronaves, seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotarão as medidas necessárias para garantir a integridade física e moral das pessoas que necessitam de assistência especial informando-as acerca dos procedimentos a serem adotados nas seguintes situações:</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|----------------------------------------|
| | <i>LX - no aeroporto de destino; e</i> |
|--|----------------------------------------|

| | |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>X - em qualquer outra etapa da viagem não prevista nos itens acima em decorrência de situações emergenciais.</i> |
|--|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| |
|--|
| |
|--|

| | |
|--|-------------------------------------------------------------------------|
| | CAPÍTULO II Das Responsabilidades da Administração Aeroportuária |
|--|-------------------------------------------------------------------------|

| |
|--|
| |
|--|

| |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Artigo 16 As administrações aeroportuárias adotarão, no âmbito de sua competência, medidas necessárias para assegurar que as instalações e os serviços prestados nos aeroportos, onde opere aviação regular, estejam acessíveis para os passageiros que necessitam de assistência especial, conforme previsto no Dec. N° 5296, de 2 de dezembro de 2004.</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| |
|--|
| |
|--|

| |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Artigo 17 As administrações aeroportuárias eivarão esforços para delimitar áreas específicas, o mais próximo possível das entradas principais dos terminais de passageiros para o desembarque e embarque de passageiros portadores de deficiência ou mobilidade reduzida. Parágrafo Único. As áreas a que se refere o caput deverão estar sinalizadas com o símbolo internacional de acesso, conforme previsto na Lei 7.405, de 10 de julho de 2001, e livre de obstáculos para a circulação de passageiro portador de deficiência ou mobilidade reduzida de forma a preservar sua segurança e autonomia, observando-se, ainda, as legislações de trânsito.</i> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| |
|--|
| |
|--|

| | |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------|
| | CAPÍTULO III Das Responsabilidades da Empresa Aérea ou Operador de Aeronaves |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------|

| |
|--|
| |
|--|

| |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Art. 20. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão assegurar o movimento de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida entre as aeronaves e o terminal.</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>§ 1º As empresas aéreas ou operadores de aeronaves deverão oferecer veículos equipados com elevadores ou outros dispositivos apropriados para efetuar, com segurança, o embarque e desembarque de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, nos aeroportos que não disponham de pontes de embarque, ou quando a aeronave estacionar em posição remota.</i> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>§ 2º Para o cumprimento do disposto no § 1º, as empresas aéreas ou operadores de aeronaves ficam autorizadas a celebrarem contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos.</i> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[...]]

]

Art. 22. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves efetuarão o desembarque dos passageiros que necessitam de assistência especial, logo após o desembarque dos demais, exceto nas situações previstas no art. 19.

Parágrafo Único. O pessoal de bordo comandará o processo de desembarque, o qual deverá ser acompanhado por funcionários das empresas aéreas ou operadores de aeronaves, ou por elas contratados, devidamente treinados.

[...]]

]

CAPÍTULO IV Dos Procedimentos e Orientações de Caráter Geral

]

Art. 33. As operações de embarque e desembarque de passageiros que necessitam de assistência especial serão executadas por funcionários das empresas aéreas ou por elas contratados.

]

Art. 34. Todo o pessoal, de terra e de bordo, diretamente envolvido no atendimento às pessoas que necessitam de assistência especial ou com o manuseio de seus equipamentos e auxílios, durante as diversas fases de uma viagem, deverá receber treinamento especializado. Parágrafo Único O treinamento de que trata o caput deve incluir as técnicas de atendimento adequado às estas pessoas, sendo responsabilidade das empresas envolvidas, ou seus prepostos, providenciá-lo.

[...]]

]

Art. 41. Fica assegurado aos usuários de cadeira de rodas utilizarem suas próprias cadeiras para se locomoverem até a porta da aeronave, após passarem pela inspeção especial de passageiro, nos controles de segurança dos aeroportos, conforme estabelecido no Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil - PNAVSEC.

[...]]

]

Art. 47. Caberá aos passageiros portadores de deficiência, a fim de resguardar-lhes o direito à autonomia e ao livre arbítrio, definir, junto à empresa aérea, se necessitam ou não de um acompanhante, observando o que consta no art. 10.

]

Art. 48. As empresas aéreas ou operadores de aeronaves só poderão exigir um acompanhante para o passageiro portador de deficiência, independentemente da manifestação de seu interesse, quando a critério da empresa aérea ou das operadoras de aeronaves, por razões técnicas e de segurança de voo, mediante justificativa expressa, por escrito, considere essencial a presença de um acompanhante.

| | |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | § 1º. Na hipótese da empresa aérea exigir a presença de um acompanhante para o passageiro portador de deficiência, deverá oferecer para o seu acompanhante, desconto de, no mínimo, 80% da tarifa cobrada do passageiro portador de deficiência. |
|--|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | § 2º O acompanhante deverá viajar na mesma classe e em assento adjacente ao da pessoa portadora de deficiência. |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

Diante do que estabelece o texto normativo, acima transcrito, é possível concluir, com absoluta clareza, que a responsabilidade pela movimentação segura das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre as aeronaves e o terminal de passageiros, é das empresas aéreas ou dos operadores de aeronaves (art. 20 *caput*); o § 1º do art. 20 determina que a locomoção desses passageiros deve ser feita com segurança, seja no embarque ou no desembarque, estando a aeronave estacionada nas pontes de embarque ou em posição remota; e o § 2º do mesmo art. 20 autoriza que os operadores de aeronaves e as empresas aéreas celebrem contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos para garantir essa locomoção com a segurança devida e exigida.

Cabe aqui um parêntese para esclarecer que a celebração dos contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos de que cuida o § 2º do art. 20 do normativo não excluem ou transferem a responsabilidade da contratante. A empresa aérea ou o operador de aeronaves não transfere para o contratado essa responsabilidade. O documento pode sim garantir o direito de regresso, mas, repito, não exime a contratante de sua responsabilidade estabelecida em lei, o que descarta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

Além disso, a norma exige que as administrações aeroportuárias, as empresas aéreas e os operadores de aeronaves, seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotem todas as medidas necessárias para garantir a integridade física das pessoas que necessitam de assistência especial, no aeroporto de destino e em qualquer outra etapa da viagem não prevista pela própria norma (art. 11, incisos IX e X).

Ao contrário do que defende a VRG, a responsabilidade pelo desembarque desses passageiros é dos funcionários das empresas aéreas, ou de empresas por ela contratada (art. 33), repito, contrato que não transfere nem exclui a sua responsabilidade.

Outro ponto abordado pela VRG e que não condiz com as determinações normativas, é a questão do acompanhante.

A funcionária da empresa, Sra. Deise Florindo, diante do fato de que, naquele momento, representava a empresa aérea, não estava ali cumprindo o papel de acompanhante, mas sim de preposto daquela que tinha a obrigação de designar funcionário altamente treinado (art. 34) para garantir a segurança do passageiro em seu deslocamento da aeronave, até o terminal de passageiros e deveria estar qualificada, sim, para opinar sobre as condições de segurança do deslocamento do passageiro, como determina o art. 33 e 34 da NOAC, até porque, na condição de preposta da contratante, poderia ter exigido o efetivo cumprimento das cláusulas contratuais de segurança, por parte do preposto da contratada.

Além disso, acompanhante é aquele que o passageiro requer, sendo que, na hipótese dos autos, era a esposa do Sr. Fernando, como regulamentam os arts. 47 e 48 da norma e não a funcionária da empresa aérea que, repito, ali estava na condição de preposto.

De igual modo, o fato do Sr. Fernando estar usando a cadeira de rodas de sua propriedade, em nada modifica a irregularidade dos procedimentos adotados, haja vista que a própria norma, em seu art. 41, prevê e autoriza o passageiro com mobilidade reduzida a fazer uso de "suas próprias cadeiras".

Ademais, se a VRG designou funcionário ou preposto seu que não tinha condições técnicas para garantir a segurança do passageiro, ao tempo em que afirma que a funcionária não tinha conhecimento técnico para operar o equipamento, condição que somente o condutor do veículo possuía, está descumprindo a determinação normativa contida no art. 33 e 34 da NOAC.

Além disso, as determinações contidas no art. 16 da NOAC não excluem a responsabilidade da VRG, e sim, reafirma a corresponsabilidade da INFRAERO, na condição de administradora do aeroporto.

Saliento, ainda, que o resultado do inquérito policial e a conclusão na esfera penal pela responsabilidade do funcionário da INFRAERO, por lesão corporal culposa, não exclui a responsabilidade da VRG, no que diz respeito às suas obrigações legais para garantir a movimentação segura dos passageiros com mobilidade reduzida.

Diante de todo o exposto, comprovado e devidamente demonstrado o dano, o evento danoso, o nexo de causalidade entre eles e a conduta das rés, resta configurada, portanto, a responsabilidade solidária da VRG Linhas Aéreas S/A. e da INFRAERO, ensejando o dever de indenizar por danos.

Do Dano Moral

Insurgem-se os autores contra o valor fixado, na r. sentença, a título de danos morais e requerem sua majoração, enquanto a VRG, ao contrário, defende a sua minoração.

A r. sentença, ao fixar o *quantum* indenizatório, assim fundamentou seu entendimento:

[...]

Determinada a responsabilidade das Réis, cumpre fixar o valor da indenização a ser paga. A reparação dos danos, contudo, deve observar parâmetros que não permitam o enriquecimento sem causa, vedado pelo nosso sistema jurídico. Há que se levar em conta que a indenização pelo dano moral, prevista no Art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, independe de eventual dano material sofrido e tem por meta reparar, mediante o pagamento de um valor estimado em pecúnia, a lesão ou estrago causado à imagem, honra ou estética de quem foi prejudicado pela atitude de outro.

No presente caso, há que se considerar que houve morte aliada à injustiça e o desconforto causado pela omissão persistente do Poder Público, que trata com notório descaso a situação dos aeroportos que servem o país. Assim, o valor deve ser razoável para compensar o dano sofrido, correspondendo a soma que irá, de alguma forma, beneficiar os Requerentes sem configurar enriquecimento indevido e, ao mesmo tempo, deve representar medida educadora para os Réus.

A parte autora pleiteia, na inicial, indenização no valor de 2000 salários mínimos para cada autor (Sra. Maria Sylvia Castro de Vasconcellos e Sr. Fernando Porto de Vasconcelos - espólio), o que equivale a R\$ 1.760.000,00 (...) para cada autor.

Apesar de entender devida a indenização pelos danos morais causados, é ser excessivo o valor pretendido.

No presente caso, tenho em vista todas as circunstâncias do evento descrito e também balizando-se pela impossibilidade de determinar em enriquecimento indevido, fixo o valor de R\$ 250.000,00 (...) para cada autor, totalizando o montante de R\$ 500.000,00 (...), quantia suficiente para que a Autora supra necessidades financeiras e encontre algum conforto na punição dos Réus.

[...]

Saliento, de início, que os valores devidos por danos morais, como bem afirmou a r. sentença, têm natureza compensatória e não de ressarcimento pela perda sofrida, tampouco de recomposição patrimonial.

Por outro lado, ainda que se considere o alto grau de subjetividade que envolve a fixação do *quantum* indenizatório, na hipótese de danos morais, é preciso ter em mente critérios bem definidos no sentido de se estabelecer valores que tenham o condão de inibir, de desestimular o ofensor à reiteração daquela conduta, seja comissiva ou omissiva, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito e indevido por parte do ofendido, observados, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Na hipótese dos autos, é evidente a dor e o sofrimento provocados pelo acidente que transformou o quadro da vítima que acabara de receber alta médica do tratamento de doença com recuperação altamente complexa, em uma situação de coma que evoluiu para um quadro vegetativo e que, após 3 anos e 3 meses, culminou como óbito do Sr. Fernando.

Como se vê, avaliar o *quantum* indenizatório para compensar essa dor e esse sofrimento não é tarefa fácil, razão pela qual, no âmbito do C. STJ, foi realizado um minucioso estudo a cerca desse assunto e essa foi a decisão daquela Corte Superior, para a fixação de parâmetros aceitáveis:

[...]

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp n. 959.780/ES, Terceira Turma, DJe 6/5/2011, realizou estudo minudente acerca dos precedentes deste Tribunal a respeito do tema. Na oportunidade ele demonstra que as condenações impostas por esta Corte Superior nas hipóteses de dano-morte, com ressalva de casos excepcionais, tem variado entre 300 e 500 salários mínimos. Confira-se, nesse sentido, os seguintes julgados: REsp n. 1.095.575/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26/3/2013 (300 salários mínimos); AgRg no Ag n. 1.413.118/RJ, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 17/10/2011 (R\$ 300.000,00); REsp n. 959.780/ES, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 6/5/2011 (500 salários mínimos); AgRg no REsp n. 734.987/CE, Relator o Ministro Sidnei Beneti, DJe de 29/10/2009 (500 salários mínimos); e REsp n. 731.527/SP, Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJe de 17/8/2009 (500 salários mínimos).

[...]

[...]

(REsp 1325034/SP RECURSO ESPECIAL 2012/0103913-0 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 16/04/2015 - Publicado no DJe de 11/05/2015)

Nos termos da r. sentença, ao tempo de sua prolação, novembro de 2016, considerando que o valor do salário mínimo, à época, era de R\$ 880,00, o *quantum* indenizatório fixado representava algo entorno de 284 salários mínimos, para cada uma das rés.

Portanto, se algo entorno de 300 salários mínimos é aceitável, como compensação nas hipóteses de indenização por morte, segundo o estudo realizado no âmbito do C. STJ, o valor fixado na r. sentença, de 284 salários mínimos, para cada uma das rés, está perfeitamente adequado, pois, encontra-se dentro dos limites do razoável, observada a proporcionalidade, o caráter inibidor da condenação e as condições financeiras das rés, não configurando, portanto, a hipótese de enriquecimento ilícito, suscitada pela VRG.

Do Termo Inicial da Incidência dos Juros

Insurge-se a VRG contra a condenação em "juros de mora de 1% ao mês a contar da data do evento danoso" (fl. 1142) e sustenta que "estes deverão ser contados a partir da data do julgado que os fixar".

Diante da simples leitura da parte dispositiva da r. sentença, é forçoso concluir que algum equívoco ou falha de leitura ou compreensão, por parte da VRG, ocorreu, pois, veja-se como está posta esta matéria na r. sentença:

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | (...) corrigido monetariamente desde a data do evento danoso e acrescido de juros de mora de 1% ao mês após o trânsito em julgado da sentença. |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

Ou seja, a condenação segue exatamente no sentido defendido pela apelante, qual seja, os juros de mora incidirão "após o trânsito em julgado da sentença".

Da correção monetária e dos juros de mora

Insurgem-se os autores contra a sistemática utilizada pela r. sentença no que se refere a correção monetária e dos juros de mora.

Essa matéria vinha sendo alvo de muitos questionamentos em face da diversidade de entendimento a respeito da aplicação desses índices.

No entanto, em 20/03/2018, o C. STJ, em sede de Recursos Repetitivos, firmou o Tema 905, ao julgar o REsp 1.492.221/PR e o REsp 1.495.144/RS, da relatoria do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, estabelecendo a forma e os índices a serem aplicados nas hipóteses que menciona, ou seja, apenas quando a execução se dá em desfavor da fazenda pública.

Assim, na hipótese dos autos, observe-se o disposto no Tema 905 do C. STJ.

Da sucumbência

A apelante, VRG, afirma que o ônus da sucumbência, na espécie, em que pese o fato da ação ter sido proposta na vigência do CPC de 1973, a r. sentença foi prolatada na vigência do CPC de 2015, que teria aplicação imediata, em face do que estabelece o seu art. 1046.

De fato, esse tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito desse assunto, como consta dos seguintes julgados:

| | |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VIGÊNCIA DO CPC DE 1973. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. MOMENTO DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À VERBA HONORÁRIA INICIAL. SENTENÇA PUBLICADA AINDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. COMPENSAÇÃO. HONORÁRIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 306/STJ. |
|--|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

[...]]

2. "Fixada a compensação de honorários na vigência do CPC/1973, deve ser mantida uma vez que acolhida até então pelo ordenamento jurídico, conforme elucidado no enunciado da Súmula n. 306/STJ, tendo em vista que a sucumbência é regida pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou modifica" (AgInt no REsp 1.597.440/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9/4/2018).

[...]]

[...]

(AgInt no REsp 1741941/PR AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2018/0116860-0 - Ministro OG FERNANDES - SEGUNDA TURMA - Julgado em 09/10/2018 - Publicado no DJe de 15/10/2018)

[...]

[...]

AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO EVISIONAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. DECISÃO QUE IMPÕE OU MODIFICA SUCUMBÊNCIA. MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CPC/15. NÃO CABIMENTO. AGRADO NÃO PROVIDO.

I. A sucumbência é regida pela lei vigente à data da decisão que a impõe ou modifica.

2. Em fase de cumprimento de sentença, os honorários advocatícios podem ser fixados no início ou ao final, considerando-se inclusive que o valor fixado inicialmente tem caráter provisório, ante a influência sobre a verba de outros fatores no curso do cumprimento de sentença.

3. Na hipótese dos autos, a decisão que fixou os honorários advocatícios foi proferida na vigência do CPC/15, de modo que os critérios para fixação dos honorários sucumbenciais deveriam obedecer ao disposto no novo CPC.

[...]]

[...]

(AgInt no AREsp 1279272/SC AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2018/0087922-5 - Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - QUARTA TURMA - Julgado em 23/08/2018 - Publicado no DJe de 29/08/2018)

Diante disso, a sucumbência, na hipótese dos autos, deve ser regida pelo Código de Processo Civil de 2015, tempo em que foi prolatada a r. sentença.

Por outro lado, não assiste razão à VRG, no que se refere à alegada desproporcionalidade do arbitramento dos honorários advocatícios.

Os autores sucumbiram em parte mínima, que diz respeito exatamente ao pagamento do seguro RETA, e desse mínimo foram condenados em honorários, a respeito do qual a r. sentença concluiu:

[...]]

A comprovação da contratação do seguro será feita mediante a apresentação da apólice de seguro ou certificação de seguro aeronáutico, em que conste o nome do segurado, explorador, a especificação das classes seguradas de acordo com a categoria de registro, o prazo de vigência e o comprovante de pagamento do prêmio.

| | |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Desta feita, entendo que a RE VGR linhas Aéreas S.A é parte ilegítima para a pretensão relativa à exigibilidade do pagamento do valor relativo ao seguro, haja vista que a lei exige a contratação e o pagamento do valor estipulado para a contratação do seguro. O sinistrado deve obter o pagamento do valor do prêmio diretamente com a seguradora contratada pela companhia aérea.</i> |
|--|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

E assim fundamentou a condenação em honorários:

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

| | |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | <i>Tendo em vista a ação ter sido proposta na vigência do Código de Processo Civil de 1973, cujas regras para fixação dos honorários advocatícios eram diferentes das atuais e, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, fixo honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação a ser pago pelas Rés ao advogado dos Autores e fixo honorários a ser pago pelos Autores aos advogados das Rés em R\$1.000,00 (um mil reais).</i> |
|--|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

| | |
|--|-------|
| | [...] |
|--|-------|

Em que pese o fato de se ter reconhecido que a sucumbência, na espécie, deve ser regida pelas disposições do CPC de 2015, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devem continuar a serem observados.

Além disso, o percentual de 10% está perfeitamente em sintonia com o que estabelece o inciso II do § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil, de 2015, haja vista que o valor da condenação, seja por parte ou no seu total, não ultrapassou os limites estabelecidos, quais sejam acima de 200 até 2.000 salários mínimos.

De igual modo, a aplicação da Súmula 306 do C. STJ é perfeitamente aplicável à hipótese, haja vista que afirma que "os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

Ante o exposto, nego provimento à apelação dos autores e dou parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo:

Ab initio destaco que no caso da Infraero a responsabilidade civil é objetiva (art. 37, ª 6º, CF); da companhia aérea VGR também, a teor do art. 14 do CDC, pois o fornecedor de serviços responde, objetivamente, pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ela fornecido, o que ocorreu na hipótese (REsp 1611915/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019).

O pai da autora entrou em estado vegetativo à conta de traumatismo crânio encefálico, com identificação de uma hemorragia subaracnóidea difusa, evento oriundo do acidente ocorrido nas dependências do Aeroporto de Congonhas e cuja causalidade deve - sem dúvidas - ser imputada à Infraero e à companhia aérea VRG, por conta da situação da cadeira que transportava o deficiente e da conduta destemperada e descuidada dos seus respectivos funcionários. Como foi bem descrito no voto da e. relatora, aquele senhor "recebe alta médica definitiva em 11/12/2010; retoma para São Paulo no mesmo dia e sofre o acidente descrito na inicial"; ou seja, sequer teve tempo de desfrutar da relativa melhora do quadro do quadro complexo de saúde que portava (sequela neurológica). Após o acidente, Francisco - que tinha saúde muito deficiente, mas ainda assim era lúcido e tinha capacidade de locomoção, por iniciativa própria passou do coma ao estado vegetativo, permanecendo nessa condição por 3 (três) anos e 3 (três) meses, aproximadamente, até o seu óbito ocorrido em 19/02/2014. Da alta em relativo estado de saúde para o desastre completo do estado sanitário do paciente, foi um passo apenas, graças ao desprezo dos agentes das rés pela condução de deficiente/cadeirante nas dependências do aeroporto e da relação de consumo consistente na prestação de serviços aéreos. Destaco que o mau comportamento das rés tornou miserável a vida do sr. Francisco, que já era ruim, pondo-o naquilo que é pior do que a morte: a vida vegetativa, que traz mais apreensão e angústia para os parentes do que a certeza de que a vítima definitivamente descansa. Estar em vida vegetativa é o mais terrível dos castigos e uma fonte inesgotável de sofrimento para esposos, filhos, irmãos, para qualquer um que tenha carinho pela vítima. E Francisco ficou mais de 3 anos nesse situação, sendo fácil imaginar o calvário suportado pela coautora MARIA SYLVIA CASTRO DE VASCONCELOS. Nesse cenário fático, entendo que a indenização de 284 salários mínimos, que se aproxima do mínimo (330 salários-mínimos) indicado pelo STJ (REsp 1325034/SP RECURSO ESPECIAL 2012/0103913-0 - Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - TERCEIRA TURMA - Julgamento em 16/04/2015 - Publicado no DJe de 11/05/2015) não faz justiça ao quanto de sofrimento foi experimentado por conta da má conduta das corrés. Como o próprio STJ ressalta "situações excepcionais", vejo aqui uma delas e dou provimento ao apelo dos coautores para fixar indenização de 500 salários-mínimos para cada um deles, o que equivale a R\$ 440.000,00, que deverá ser corrigido e atualizado conforme a Res. 267/CJF. No ponto, beira o grotesco a afirmação da ré VGR de que a indenização mais doce - R\$ 250.000,00 - ensejaria enriquecimento sem causa. A meu ver, manter esse patamar de 284 salários-mínimos é que geraria enriquecimento ilícito da VGR. Correta a d. relatora quando julga que juros e correção monetária obedecerão o Tema 905 do C. STJ.

Ora, se num caso em que um cadeirante recebeu "tratamento indigno" por conta da companhia aérea, ou noutro evento em que o passageiro foi maltratado na aquisição do serviço, fixou-se indenização de R\$ 15.000,00 (REsp 1611915/RS e AgInt no REsp 1676641/RO), se nos casos de mero atraso de voo o STJ pune a companhia com indenização de R\$ 10.000,00 (AgRg no AREsp 610.815/RJ) o que dizer do caso em que o cadeirante entra em coma vegetativo por 3 anos à causa do "tratamento indigno" a ele deferido?

Aduzo que os autores sucumbem em parte mínima e, pelo meu voto, ainda saem vencedores quanto ao aumento do valor da indenização pela dor moral; logo, ainda que se aplique o NCPC, não há que se mexer na verba honorária.

Assim, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES para aumentar o valor da indenização e PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da VGR apenas e tão somente para declarar aplicável o NCPC.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. ACIDENTE NO DESLOCAMENTO DE PASSAGEIRO DA AERONAVE PARA O TERMINAL DE PASSAGEIROS. PASSAGEIRO COM MOBILIDADE REDUZIDA. DANO, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ADMINISTRADORA DO AEROPORTO E DA EMPRESA AÉREA. DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO DOS AUTORES NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DA VRG, PARCIALMENTE PROVIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo acidente descrito na inicial, envolvendo o deslocamento de passageiro com mobilidade reduzida, ocorrido em 11/12/2010, no trecho entre aeronave/terminal de passageiros, nas dependências do Aeroporto de Congonhas/SP, deve ser atribuída às rés, ensejando o dever de indenizar por danos morais.

2. De plano há que se reconhecer que o dano e o fato danoso efetivamente ocorreram e são incontroversos.

3. Ainda que do Laudo Pericial não conste a conclusão de que o óbito tenha se dado em razão do acidente, é evidente que o fato teve consequência médica avassaladora para quem possuía um quadro clínico/médico já bastante complexo. Como dito, e isso fica bastante claro diante do conjunto probatório constante dos autos, com tantos agravamentos provocados pelo acidente, ainda que não se possa tê-lo com causa direta é, sem sombra de dúvidas, o maior responsável pelo desfecho do quadro clínico/médico do autor, que o levou a óbito, o que comprova o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso. Portanto, considerando o conjunto probatório acostado aos autos, fica inequivocamente comprovado, incontroverso e incontestado o dano ocorrido, o evento danoso e a relação de causalidade entre eles.

4. É possível concluir, com absoluta clareza, que a responsabilidade pela movimentação segura das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre as aeronaves e o terminal de passageiros, é das empresas aéreas ou dos operadores de aeronaves (art. 20 *caput* da NOAC).

5. A celebração dos contratos, acordos, ou outros instrumentos jurídicos de que cuida o § 2º do art. 20 da NOAC, não excluem ou transferem a responsabilidade da contratante. A empresa aérea ou o operador de aeronaves não transfere para o contratado essa responsabilidade. O documento pode sim garantir o direito de regresso, mas não exime a contratante de sua responsabilidade estabelecida em lei, o que descarta a hipótese de culpa exclusiva de terceiro.

6. A norma exige que as administrações aeroportuárias, as empresas aéreas, os operadores de aeronaves, os seus prepostos e as empresas de serviços auxiliares adotem todas as medidas necessárias para garantir a integridade física das pessoas que necessitam de assistência especial, no aeroporto de destino e em qualquer outra etapa da viagem não prevista pela própria norma (art. 11, incisos IX e X, da NOAC).

7. A funcionária da VRG, diante do fato de que, naquele momento, representava a empresa aérea, não estava ali cumprindo o papel de acompanhante, mas sim de preposto daquela que tinha a obrigação de designar funcionário altamente treinado (art. 34 da NOAC) para garantir a segurança do passageiro em seu deslocamento da aeronave, até o terminal de passageiros e deveria estar qualificada, sim, para opinar sobre as condições de segurança do deslocamento do passageiro com mobilidade reduzida, como determina o art. 33 e 34 da NOAC, até porque, na condição de preposta da contratante, poderia ter exigido o efetivo cumprimento das cláusulas contratuais de segurança, por parte do preposto da contratada. Além disso, acompanhante é aquele que o passageiro requer que, na hipótese dos autos, era a esposa do Sr. Fernando, como regulamentam os arts. 47 e 48 da norma e não a funcionária da empresa aérea que, repiso, ali estava na condição de preposto.

8. Comprovado e devidamente demonstrado nos autos, o dano, o evento danoso, o nexo de causalidade entre eles e a conduta das rés, resta configurada, portanto, a responsabilidade solidária da VRG Linhas Aéreas S/A. e da INFRAERO, ensejando o dever de indenizar por danos.

9. Nega-se provimento à apelação dos autores e dá-se parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, no mais, mantida a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, realizado nos moldes do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento à apelação dos autores e dou parcial provimento à apelação da VRG, para reformar a r. sentença, apenas e tão somente, no que se refere à lei de regência para fins de sucumbência, devendo ser aplicado o disposto no Código de Processo Civil de 2015, em face do tempo em que foi prolatada a r. sentença, nos termos do voto da então Relatora, Desembargadora Federal Diva Malerbi, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Consuelo Yoshida e Fábio Prieto e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Johnson Di Salvo, que dava parcial provimento ao apelo dos autores para aumentar o valor da indenização e parcial provimento ao recurso da VGR apenas e tão somente para declarar aplicável o NCPC. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal Souza Ribeiro, sucessor da Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000192-58.2017.4.03.6133

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: NEUSA MARY HOSAMI MORIKAWA - ME

Advogados do(a) APELANTE: MANUELEDUARDO CRUVINEL MACHADO BORGES - SP280216-A, MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000192-58.2017.4.03.6133
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: NEUSAMARY HOSAMI MORIKAWA - ME
Advogados do(a) APELANTE: MANUEL EDUARDO CRUVINEL MACHADO BORGES - SP280216-A, MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 932 do NCPC, negou provimento à apelação.

Alega o agravante, em síntese, que aditou a inicial para excluir o pedido de declaração do direito de compensar, mantendo apenas o pedido de declaração da inexigibilidade do PIS/COFINS com a inclusão do imposto estadual em suas bases de cálculo. Assim, não haveria necessidade de retificação do valor da causa e, tampouco, de complementação das custas já recolhidas, dado que o proveito econômico pretendido seria inestimável, tendo em vista que o pedido agora se limitava à declaração da inexigibilidade das contribuições, com efeitos meramente prospectivos.

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000192-58.2017.4.03.6133
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: NEUSAMARY HOSAMI MORIKAWA - ME
Advogados do(a) APELANTE: MANUEL EDUARDO CRUVINEL MACHADO BORGES - SP280216-A, MARCELO GUARITA BORGES BENTO - SP207199-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

"Trata-se de apelação interposta, em face de sentença que indeferiu a petição inicial, extinguiu o processo sem exame de mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil.

A autora pleiteia a anulação da r. sentença, pois que a causa vez reporta-se o pedido apenas a período futuro.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

*Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.*

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.

("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Saliente que o cerne da questão cinge-se à declaração de inexistência de relação jurídico tributária que tenha por exigência o pagamento de PIS e COFINS que inclua em sua base de cálculo o ICMS.

O MM. Juiz "a quo" determinou a emenda da inicial, adequando o valor da causa à pretensão econômica, demonstrando por meio de planilha.

Ao fundamento de que a impetrante deixou de indicar o valor da causa, conforme solicitado, o juiz extinguiu o processo sem exame do mérito.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, inclusive em ações declaratórias, o valor da causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido.

Confira-se:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMUNIDADE. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO. CORRESPONDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. Este Tribunal consolidou o entendimento de que o valor da causa, inclusive nas ações declaratórias, deve corresponder ao conteúdo econômico da demanda, e dizer, ao benefício econômico que se pretende auferir, não sendo possível atribuir-lhe valor aleatório. 2. Recurso especial improvido. ..EMEN:(RESP 200500535887, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:03/10/2005 PG:00221 ..DTPB:.)

Assim, há benefício econômico almejado na presente demanda, devendo o valor da causa guardar correspondência, mesmo por estimativa, a seu conteúdo econômico.

Nesse sentido:

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO ARESP. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO DECLARATÓRIA COM CARGA CONDENATÓRIA. EQUIVALÊNCIA AO CONTEÚDO ECONÔMICO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Na ação declaratória de inexigibilidade de tributo, exsurge evidente proveito econômico da demanda, qual seja, a desconstituição da execução, pelo valor nela atribuído. 2. "A impossibilidade de apurar o valor total do benefício econômico não justifica a aceitação de valor meramente simbólico, muito inferior ao mínimo do benefício já conhecido" (REsp 981.587/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 15/04/2009). 3. Agravo regimental não provido. ..EMEN:(AGARESP 201200772053, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:18/06/2012 ..DTPB:.)

..EMEN: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. VALOR DA CAUSA. CONTEÚDO ECONÔMICO DA DEMANDA. CORRESPONDÊNCIA. 1. O valor da causa, inclusive em ações declaratórias, deve corresponder, em princípio, ao do seu conteúdo econômico, considerado como tal o valor do benefício econômico que o autor pretende obter com a demanda. A impossibilidade de avaliar a dimensão integral desse benefício não justifica a fixação do valor da causa em quantia meramente simbólica, muito inferior ao de um valor mínimo desde logo estimável. 2. Recurso especial a que se dá provimento. ..EMEN:(RESP 200500362590, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:09/05/2005 PG:00315 ..DTPB:.)

No mesmo sentido o seguinte precedente desta E. Corte:

"(...)

No caso dos autos, a declaração de nulidade do processo administrativo de demarcação de reserva indígena Iguatemepegua I é pleiteada com o intuito de assegurar a propriedade, do que se extrai o eminente caráter patrimonial da demanda. De outro lado, no caso de eventual improcedência, o processo demarcatório poderá alterar a titularidade e o regime jurídico da área, passando esta a integrar patrimônio da União na qualidade de bem público.

Há, pois, ainda que de maneira reflexa, benefício econômico almejado na presente demanda. Deveras, na presente demanda o valor da causa guarda correspondência com o bem jurídico discutido, o qual tem expressão patrimonial. (...)"

(TRF - 3ª Região, AI 0005565-32.2014.4.03.0000/MS, Rel. Des. Federal JOSÉ LUNARDELLI, Decisão DISPONIBILIZADA NO DIÁRIO ELETRÔNICO no dia 01/09/2014).

O artigo 284, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determina:

Art. 284 - Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único - Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. (Destaquei)

Ora, tendo sido devidamente intimado a sanar as irregularidades apontadas pelo Juízo, cumpria ao autor fazê-lo integralmente, apresentado a planilha dos valores devidos, com vistas ao magistrado conferir a compatibilidade entre o valor dado à causa e o benefício econômico visado.

Insistindo em descumprir a ordem judicial, resta correta a extinção do processo, mormente no que diz respeito ao valor da causa o qual, dentre outras coisas, é parâmetro de definição de competência.

Desse modo, não merece reforma a sentença proferida pelo juízo a quo, que indeferiu a petição inicial e extinguiu a presente ação sem resolução de mérito.

Transcrevo a seguir precedentes análogos ao caso concreto:

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 284. INDEFERIMENTO DA INICIAL.

1. O art. 284 do Código de Processo Civil prescreve que, verificando a ausência de um dos requisitos dos arts. 282 ou 283, mandará o juiz que o autor emende a inicial, no prazo de 10 (dez) dias. O referido artigo é aplicável na hipótese de não preenchimento ou preenchimento incompleto de um ou mais desses requisitos. Na falta de regularização, aplica-se o parágrafo único do art. 284. A falta de oportunidade para emendar a petição inicial gera nulidade, no entanto, não é obrigatória a intimação pessoal. Por outro lado, a necessidade ou não de emenda deve ser analisada em cada situação.

2. A sentença impugnada extinguiu o processo sem resolução do mérito, uma vez que os autores não cumpriram a determinação para trazer os documentos pessoais de intimação (RG e CPF) e a planilha dos valores a serem restituídos de cada autor; retificar o valor da causa, devendo complementar e recolher corretamente as custas iniciais, e regularizar os documentos juntados (fl. 412).

3. Intimados, os autores requereram prazo de mais 30 (trinta) dias para o cumprimento integral das determinações (fl. 413), e, posteriormente, mais 60 (sessenta) dias (fl. 415), os quais foram deferidos às fls. 414 e 416, respectivamente.

4. Decorrido o prazo concedido, os autores limitaram-se a reiterar os pedidos da inicial, abstendo-se de cumprir quaisquer das determinações do referido despacho (fls. 423/424). Desse modo, a sentença não merece reforma.

5. Apelação não provida.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AC 0005047-54.2010.4.03.6120, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 10/12/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/12/2012)

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRÉVIA OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA À INICIAL. VÍCIOS NÃO SANADOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Eventual dificuldade na obtenção dos documentos, caso comprovada, o que não é a hipótese, não justifica a perda do prazo fixado para o cumprimento da determinação judicial. Na ocasião, afigurava-se lícito ao autor expor o problema ao juízo, solicitando-lhe dilação de prazo. Contudo, tenha requerido o recorrente dilação de prazo, não está obrigado o magistrado a acolher o pleito, especialmente porque não apresentado justo motivo e descumpridas outras determinações.

Perícia contábil prescindível para a apresentação de cálculo, cuja simulação encontra-se disponível no site da previdência social.

O art. 284 do CPC encontra-se em harmonia com os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual.

Entendimento firmado pelo E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que a ausência de emenda à petição inicial, para retificação do valor da causa, enseja o indeferimento da exordial.

Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0003800-43.2010.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 16/08/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/08/2011 PÁGINA: 1225)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - ART. 284, PARÁGRAFO ÚNICO - EMENDA À INICIAL - CORREÇÃO DO VALOR DA CAUSA.

1 - Determinada a emenda da inicial para retificação do valor da causa, quedou-se inerte a parte autora, apesar de intimada para cumprir a providência.

2 - Pode o Juiz, com base no parágrafo único do artigo 284 do Código de Processo Civil, indeferir a petição inicial diante do descumprimento da determinação, não havendo que se falar em necessidade de intimação pessoal.

3 - Havendo pluralidade de advogados da mesma parte e não existindo pedido para as publicações sejam efetuadas em nome de apenas um deles, regular a publicação de intimação onde conste apenas o nome de um dos advogados constituídos.

4 - Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AC 0203479-97.1992.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, julgado em 09/11/2005, DJU DATA:02/12/2005)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL, VALOR DA CAUSA. DESPACHO DETERMINANDO A EMENDA NÃO CUMPRIDO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. ART. 267, I E 284, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.

Quando se dá a extinção do feito com base no art. 284, parágrafo único c/c o art. 267, I do CPC (indeferimento da inicial por inobservância ao correto valor atribuído à causa), desnecessária a intimação pessoal das partes. Recurso provido, com a manutenção da decisão monocrática.

(REsp 201.048/RJ, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/1999, DJ 04/10/1999, p. 93)

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRÉVIA OPORTUNIZAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL. VÍCIO NÃO SANADO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 267 E 284 DO CPC NÃO CARACTERIZADA.

1. O art. 284, do CPC, prevê que: "Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial." 2. O indeferimento da petição inicial, quer por força do não preenchimento dos requisitos exigidos nos artigos 282 e 283, do CPC, quer pela verificação de defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, reclama a concessão de prévia oportunidade de emenda pelo autor. Precedentes desta Corte: REsp 951.040/RS (DJ de 07.02.2008); REsp 901.695/PR (DJ de 02.03.2007); REsp 866.388/RS (DJ de 14.12.2006); REsp 827.289/RS (DJ de 26.06.2006).

3. In casu, o Juízo de primeiro grau concedeu, por três vezes, oportunidade à recorrente de emendar a sua petição inicial, adequando o valor atribuído à causa (valores que efetivamente a autora pretendia ver condenada a parte ré). No entanto, haja vista o descumprimento das oportunidades para emenda deferidas, bem agiu o magistrado em extinguir o processo sem resolução do mérito nos termos dos arts. 267, inc. I e III, 284 e 295, inc. VI, do CPC.

4. O valor da causa extrai-se do benefício econômico pretendido através da tutela jurisdicional. Exegese dos arts. 258, 259 e 260 do CPC. Possibilidade do Juízo de primeiro grau determinar a emenda da inicial, para que a parte ajuste o valor da causa ao conteúdo econômico da demanda. Precedentes: REsp. 572.536/PR, DJU 27.06.05, AgRg no Ag 460.638/RJ, DJU 23.06.03 e REsp. 165.355/MG, DJU 14.12.98.

5. Leciona a doutrina que "o valor da causa não corresponde necessariamente ao valor do objeto imediato material ou imaterial, em jogo no processo, ou sobre o qual versa a pretensão do autor perante o réu. É o valor que se pode atribuir à relação jurídica que se afirma existir sobre tal objeto" (...) Determina-se, portanto, o valor da causa apurando-se a expressão econômica da relação jurídica material que o autor quer opor ao réu. O valor do objeto imediato pode influir nessa estimativa, mas nem sempre será decisivo" (in Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pg.325).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1089211/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 21/02/2011)

Ante o exposto, **nego provimento à apelação.**"

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Diante do exposto, **voto por negar provimento ao agravo interno interposto.**

EMENTA

AGRAVO INTERNO, PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA COM BENEFÍCIO ECONÔMICO. EMENDA À INICIAL PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA NÃO EFETUADO. RECURSO DESPROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, inclusive em ações declaratórias, o valor da causa deve corresponder ao benefício econômico pretendido (RESP 200500535887).
- Há benefício econômico almejado na presente demanda, devendo o valor da causa guardar correspondência, mesmo por estimativa, a seu conteúdo econômico.
- Não merece reforma a sentença proferida pelo juízo a quo, que indeferiu a petição inicial e extinguiu a presente ação sem resolução de mérito.
- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009504-71.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009504-71.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos pela NESTLÉ BRASIL LTDA, em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA: DESNECESSIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES METROLÓGICAS. SUBSISTÊNCIA DA MULTA APLICADA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ARTIGO 12, CDC.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa pela negativa de produção de prova pericial tal como requerida pela embargante. Novas averiguações sobre os produtos distintos dos lotes fiscalizados seriam inúteis, pois não infirmariam a conclusão de que os primeiros produtos estavam irregulares.
2. Consta do auto de infração todos os elementos necessários, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO.
3. Não há que se falar em Princípio da Insignificância, tendo em vista que várias unidades do mesmo produto foram submetidas à medição e reprovadas pelo critério da média, no qual é levado em consideração um desvio padrão do conjunto, que se consubstancia numa tolerância permitida pela norma técnica e, ainda, tendo em conta que o resultado obtido no exame pericial não dá margem para interpretações subjetivas.
4. A responsabilidade do fabricante é objetiva, conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor. A alegação genérica de que a embargante efetua o controle em sua fábrica para que não haja comercialização de produtos com peso abaixo do normal e que eventual variação de peso existente somente poderia se dar em razão de fatores externos não possui o condão de afastar a presunção de veracidade do auto de infração.
5. A escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade - incluída aqui a proporcionalidade da medida. Precedentes do STJ.
6. O valor fixado ficou dentro dos parâmetros legais bem como foram considerados os elementos constantes do processo. Não se verifica nenhuma ilegalidade na fixação da multa em cobro.
7. Matéria preliminar rejeitada. Apelação improvida.

Sustenta a embargante que o v. acórdão restou *omisso* quanto ao preenchimento incorreto do Quadro de Estabelecimento de Penalidades (processos administrativos nº 52613.002267/2016-01 e 471/2015), se tratando de nulidade absoluta, bem como *obscura* no que diz respeito à fixação da multa aplicada diante da não utilização do regulamento mencionado pelo artigo 9º-A da Lei nº 9933/99.

Requeru o prequestionamento explícito das matérias versadas no recurso, especificamente dos artigos 8, 9º e 9º-A, todos da Lei nº 9.933/99 e artigos 11 e 12 da Resolução CONMETRO nº 08/2006.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009504-71.2018.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NESTLE BRASIL LTDA.
Advogado do(a) APELANTE: CELSO DE FARIA MONTEIRO - SP138436-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsondi Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* caçados no entendimento de que a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valoração da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do mérito administrativo, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade.

No tocante à alegada omissão quanto ao alegado preenchimento incorreto do quadro demonstrativo de irregularidades, em seu apelo a ora embargante requereu a reforma da r. sentença para “*III. seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado, diante do preenchimento errôneo do Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades, diante da ausência de informações sobre a origem e data de fabricação dos produtos que compuseram as amostras examinadas e especificação do tipo de penalidade a ser aplicada*”; não há que se falar em omissão.

Consta do voto do Relator que “*o que se extrai do “termo de coleta de produtos pré-medidos” constante dos processos administrativos é que há a identificação necessária dos produtos fiscalizados, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO” e que “o auto de infração contém todos os requisitos legais necessários e as informações constantes foram suficientes para a defesa da embargante” e, ainda, que “se faz desnecessário constar do auto de infração a penalidade que será aplicada no curso do processo administrativo.”*

Transcrevo os dispositivos legais apontados pela embargante.

Resolução CONMETRO nº 08, de 20 de dezembro de 2006:

“Art. 11. A existência de defeitos extrínsecos no auto de infração, que não prejudiquem a caracterização da infração e a identificação do autuado, não acarretarão a sua nulidade, desde que devidamente saneados.

Parágrafo único. Não se aplicará o disposto no “caput” deste artigo quando alguma circunstância implicar cerceamento de defesa, caso em que será dada ciência ao autuado da retificação efetuada, com devolução do prazo para defesa.

Art. 12. Observado erro essencial na lavratura do auto de infração, o mesmo deverá ter sua nulidade declarada, mediante justificativa por termo nos autos do processo, os quais deverão ser encaminhados ao agente autuante para ciência e posterior arquivamento.

Parágrafo único. Dar-se-á conhecimento ao autuado da nulidade prevista no “caput” deste artigo, sempre que já houver sido efetivada a notificação de autuação.”

Lei nº 9.933/1999:

“Art. 8º. Caberá ao Inmetro ou ao órgão ou entidade que tiver delegação de poder de polícia processar e julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes penalidades: (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

I - advertência;

II - multa;

III - interdição;

IV - apreensão;

V - inutilização; (Redação dada pela Lei nº 12.545, de 2011).

VI - suspensão do registro de objeto; e (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

VII - cancelamento do registro de objeto. (Incluído pela Lei nº 12.545, de 2011).

Parágrafo único. Na aplicação das penalidades e no exercício de todas as suas atribuições, o Inmetro gozará dos privilégios e das vantagens da Fazenda Pública.

Art. 9º. A pena de multa, imposta mediante procedimento administrativo, poderá variar de R\$ 100,00 (cem reais) até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

§ 1º. Para a gradação da pena, a autoridade competente deverá considerar os seguintes fatores:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida pelo infrator;

III - a condição econômica do infrator e seus antecedentes;

IV - o prejuízo causado ao consumidor; e

V - a repercussão social da infração.

§ 2º. São circunstâncias que agravam a infração:

I - a reincidência do infrator;

II - a constatação de fraude; e

III - o fornecimento de informações inverídicas ou enganosas.

§ 3º. São circunstâncias que atenuam a infração:

I - a primariedade do infrator; e

II - a adoção de medidas pelo infrator para minorar os efeitos do ilícito ou para repará-lo.

§ 4º. Os recursos eventualmente interpostos contra a aplicação das penalidades previstas neste artigo e no art. 8º deverão ser devidamente fundamentados e serão apreciados, em última instância, por comissão permanente instituída pelo Conmetro para essa finalidade.

§ 5º. Caberá ao Conmetro definir as instâncias e os procedimentos para os recursos, bem assim a composição e o modo de funcionamento da comissão permanente.

Art. 9º-A. O regulamento desta Lei fixará os critérios e procedimentos para aplicação das penalidades de que tratamos arts. 8º e 9º.”

Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alegada *obscuridade* do acórdão embargado.

Os exatos limites desses “omissos” embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que “não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa” (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. **MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER** - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "hão se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011). (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (valor da causa: RS 43.270,79), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTTELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incoerentes, tomam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **incoerentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (**dois por cento**) sobre o valor atualizado da causa. (RE **898060 ED**, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)**

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É com voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSÃO E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTTELATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que a escolha da sanção mais adequada ao caso concreto, assim como a valorização da multa administrativa dentro dos limites permitidos no ordenamento, inserem-se no âmbito do *mérito administrativo*, cuja apreciação pelo Judiciário fica restringida a sua legalidade.

3. No tocante à alegada omissão quanto ao alegado **preenchimento incorreto do quadro demonstrativo de irregularidades**, em seu apelo a ora embargante requereu a reforma da r. sentença para "*III. seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração e processo administrativo instaurado pelo órgão Apelado, diante do preenchimento errôneo do Quadro Demonstrativo para Estabelecimento de Penalidades, diante da ausência de informações sobre a origem e data de fabricação dos produtos que compuseram as amostras examinadas e especificação do tipo de penalidade a ser aplicada*", ao passo que consta do voto do Relator que "*o que se extrai do "termo de coleta de produtos pré-medidos" constante dos processos administrativos é que há a identificação necessária dos produtos fiscalizados, nos termos do artigo 7º da Resolução 8 de 20/12/2006 do CONMETRO" e que "o auto de infração contém todos os requisitos legais necessários e as informações constantes foram suficientes para a defesa da embargante" e, ainda, que "se faz desnecessário constar do auto de infração a penalidade que será aplicada no curso do processo administrativo."* Não há que se falar em omissão

4. Em que pese a embargante ter apontado diversos dispositivos legais, não apontou em que consistiria a alega *obscuridade* do acórdão embargado. Os exatos lindes desses "omissos" embargos de declaração não permitem no caso dos autos reconhecer a ocorrência de alguma carência para rediscussão da matéria ou forçar o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais.

5. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

6. É preciso esclarecer que "hão se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

7. É que "hão se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

8. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

9. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011). (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

10. Se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019).

11. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002564-43.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAN STORE ENTRETENIMENTO S.A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO MASSAMI PAVAO MIYAHARA - SP228672-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002564-43.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAN STORE ENTRETENIMENTO S.A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO MASSAMI PAVAO MIYAHARA - SP228672-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (13741424).

Resposta (129775357).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002564-43.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: FAN STORE ENTRETENIMENTO S.A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO MASSAMI PAVAO MIYAHARA - SP228672-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004336-56.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EFP TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TARTALIA MURARO - SP319288-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004336-56.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EFP TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TARTALIA MURARO - SP319288-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (125595067).

Resposta (132173314).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004336-56.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EFP TRANSPORTES LTDA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA TARTALIA MURARO - SP319288-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Atente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026185-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DIGITAL REACTOR BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ANDREIA CRISTINA MARTINS DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S, GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026185-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: DIGITAL REACTOR BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ANDREIA CRISTINA MARTINS DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S, GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestrar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (124952496).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5026185-71.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: DIGITAL REACTOR BRASIL LTDA
Advogados do(a) APELANTE: ANDREIA CRISTINA MARTINS DARROS - RS74050-A, CELSO FERRAREZE - SP219041-S, GILBERTO RODRIGUES DE FREITAS - SP191191-S
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Atente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5029013-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMDI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
APELADO: DAIRIX EQUIPAMENTOS ANALITICOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5029013-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DAIRIX EQUIPAMENTOS ANALITICOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo. Segue sua ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. SITUAÇÕES JURÍDICAS IDÊNTICAS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE REPETIR OS INDÉBITOS. RECURSO DESPROVIDO.

A União reitera a necessidade de sobrestamento do feito enquanto não julgado o RE 592.616, restando ainda aplicável a tese fixada pelo STJ em sede de repetitivos. Quanto ao RE 574.706, apontou decisões monocáticas proferidas por Ministros do STF suspendendo feitos até o exame dos aclaratórios ali opostos. Defendeu ainda a constitucionalidade da inclusão dos valores do imposto municipal na base de cálculo do PIS/COFINS (123623581).

Resposta (131298101).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5029013-40.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DAIRIX EQUIPAMENTOS ANALITICOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: MAURICIO ANTONIO PAULO - SP201269-A, ALVARO CESAR JORGE - SP147921-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos não merecem prosperar.

Ficou devidamente registrado que:

"(É certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Mello), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsps 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)..." (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017).

Ainda, afirmou-se a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tomou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada. Ademais, como já dito, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tomando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vema utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000071-80.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: NATAM EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogados do(a) APELADO: DIRCEU HELIO ZACCHEU JUNIOR - SP162998-A, RICARDO CHAMMARIBEIRO - SP204996-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000071-80.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: NATAM EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogados do(a) APELADO: DIRCEU HELIO ZACCHEU JUNIOR - SP162998-A, RICARDO CHAMMARIBEIRO - SP204996-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS E ISS FATURADOS DEVEM SER EXCLUÍDOS, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com fins de prequestionamento, apontou: a necessidade de sobrestamento do feito, ante a situação processual dos RE's 574.706 e 592.616, ressaltando decisões monocráticas de Ministros do STF pela suspensão de feitos de mesma matéria; a inovação recursal do *decisum* ao identificar o ICMS destacado como nota contábil a ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS; e, no ponto, que o ICMS a recolher seja excluído (123618937).

Resposta (129169666).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000071-80.2019.4.03.6126
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: NATAM EXPRESS TRANSPORTES LTDA
Advogados do(a) APELADO: DIRCEU HELIO ZACCHEU JUNIOR - SP162998-A, RICARDO CHAMMARIBEIRO - SP204996-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tornou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada.

Ademais, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

No que tange ao ISS, registrou-se que:

"(é) certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Mello), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)..."(AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017)".

No mais, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009496-83.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA, ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009496-83.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA, ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS E ISS FATURADOS DEVEM SER EXCLUÍDOS, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com fins de prequestionamento, apontou a necessidade de sobrestamento do feito, ante a situação processual dos RE's 574.706 e 592.616, ressaltando decisões monocráticas de Ministros do STF pela suspensão de feitos de mesma matéria; a inovação recursal do *decisum* ao identificar o ICMS destacado como nota contábil a ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS; e, no ponto, que o ICMS a recolher seja excluído (127332931).

Resposta (129165082).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009496-83.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA, ASCENDANT COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
Advogado do(a) APELADO: CYLMAR PITELLI TEIXEIRA FORTES - SP107950-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tomou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada.

Ademais, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

No que tange ao ISS, registrou-se que:

"(é) certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Mello), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp's 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)..." (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017)".

No mais, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008413-89.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SUPER MATRIZ ACOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL VIEIRA - SP283437-A, DANIEL PADULA ANTABI - RJ185876-A, EDUARDO LANDI DE VITTO - SP237806-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008413-89.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SUPER MATRIZ ACOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL VIEIRA - SP283437-A, DANIEL PADULA ANTABI - RJ185876-A, EDUARDO LANDI DE VITTO - SP237806-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **embargos de declaração** opostos por SUPER MATRIZ AÇOS LTDA., em face de acórdão prolatado por esta C. 6ª Turma, que restou assimmentado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - SUCESSÃO EMPRESARIAL CARACTERIZADA - EMPRESAS QUE ATUAM NO RAMO DE VENDA DE MÓVEIS PARA ESCRITÓRIO - AQUISIÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO - CAPACIDADE DO JUÍZO EXECUTIVO PARA RESOLVER SOBRE "SUCESSÃO TRIBUTÁRIA" ("IN CASU", TEMA DE DIREITO FISCAL). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Apesar de ter sido decretada a falência da empresa executada, o Juízo Federal continua com a competência para julgar a execução fiscal ajuizada pela União; logo, ele é o Juízo competente para decidir acerca do redirecionamento do feito em face da empresa considerada sucessora tributária da empresa executada. A afetar apenas a ação de sua competência. A questão é de índole fiscal-administrativa, e não de direito privado referente a matéria falitária.

2. A interrupção da prescrição operada pela citação da empresa sucedida e todos os demais atos praticados aproveitarão a empresa sucessora. Não há falar-se em ocorrência da prescrição intercorrente para o redirecionamento da execução fiscal à empresa sucessora.

3. No tocante à questão da responsabilidade tributária, nos termos do artigo 133 do Código Tributário Nacional, haverá a responsabilidade por sucessão tributária quando estiver caracterizada a transferência de elementos do "fundo de comércio", o qual corresponde a uma universalidade jurídica passível de alienação, que engloba o ativo e passivo da empresa, desde seus utensílios e bens móveis até funcionários e clientela.

4. Os documentos constantes dos autos revelam a semelhança do objeto social das empresas, que atuam no ramo de venda de móveis para escritório, bem como que a empresa embargante funciona no mesmo endereço que a executada original. Houve aquisição do fundo de comércio da sucessora J MIKAWA E CIA/ LTDA, já que a SUPER MATRIZ ACOS LTDA utiliza bens da sucedida, tais como modelos de móveis, projetos, desenhos, marca, nos próprios móveis de escritório que vende na sua atividade empresarial. Logo, está devidamente comprovada a aquisição e continuidade da atividade empresarial.

5. A embargante arrematou em reclamação trabalhista o imóvel sede da devedora originária no importe de R\$ 450.100,00 conforme carta de arrematação datada de 07/08/2006; a própria embargante trouxe laudo de avaliação aos autos, datado de 27/09/2016, que atesta que o imóvel já teria o valor estimado de R\$ 7.000.000,00. Sendo assim, pouco mais de 10 (dez) anos, ter-se-ia uma valorização superior a 1.500% (um mil e quinhentos por cento).

6. Afastada as alegações de aquisição originária e alienação judicial em processo de falência, com vistas a impedir a sucessão empresarial tributária considerada, haja vista que os argumentos expostos nos autos não se vinculam somente à aquisição do bem imóvel objeto da sede da atividade empresarial, mas relacionam-se diretamente aos demais bens móveis que integram o fundo de comércio, não objetos da alienação em hasta pública. Por todos estes argumentos supramencionados, verifica-se estar configurada a fraude ensejadora da sucessão tributária nestes autos.

7. A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceito do artigo 333, I, do CPC/1973 (artigo 373, I, do CPC/2015). Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado na inicial dos embargos.

8. Preliminar rejeitada. Apelação improvida

Sustenta a embargante que o v. acórdão é omissivo e obscuro.

Requer seja sanada a: a) obscuridade e a omissão no que tange à existência de documentos demonstrando não haver mais fundo de comércio quando da aquisição em hasta pública, além de não haver identidade entre as atividades da devedora originária e da Embargante; b) omissão e a obscuridade em razão das considerações feitas sobre a valorização do imóvel sem demonstrar expressamente qual seria a correlação lógica e o fundamento legal tendentes a conectar as induções sobre a valorização com a conclusão de que houve a aquisição do fundo de comércio; c) omissão no que tange à impossibilidade de haver continuidade da atividade exercida pela devedora originária, posto que suas atividades acabaram sete anos da arrematação do imóvel, além de elencar quais seriam os bens móveis adquiridos pela Embargante.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008413-89.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SUPER MATRIZ ACOS LTDA
Advogados do(a) APELANTE: RAFAEL VIEIRA - SP283437-A, DANIEL PADULA ANTABI - RJ185876-A, EDUARDO LANDI DE VITTO - SP237806-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

São possíveis embargos de declaração somente se a decisão judicial ostentar pelo menos um dos vícios elencados no art. 1.022 do CPC/15, o que não ocorre no presente caso.

O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada pela Turma julgadora.

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que *apesar de ter sido decretada a falência da empresa executada, o Juízo Federal continua com a competência para julgar a execução fiscal ajuizada pela União, sendo ele o Juízo competente para decidir acerca do redirecionamento do feito em face da empresa considerada sucessora tributária da empresa executada, bem como que Os documentos constantes dos autos revelam a semelhança do objeto social das empresas, que atuam no ramo de venda de móveis para escritório, bem como que a empresa embargante funciona no mesmo endereço que a executada original e que houve aquisição do fundo de comércio da sucessora J MIKAWA E CIA/LTDA, já que a SUPER MATRIZ ACOS LTDA utiliza bens da sucedida, tais como modelos de móveis, projetos, desenhos, marca, nos próprios móveis de escritório que vende na sua atividade empresarial.*

A embargante afirma nos embargos que não é uma indústria, que apenas comercializa móveis, no entanto consta de seu contrato social, além do comércio, "Indústria de móveis com predominância de madeira".

Ainda, a embargante se utiliza do nome da sucedida para divulgação de seus produtos, conforme anúncio trazido aos autos pela embargada.

Portanto, o acórdão não padece de qualquer vício, daí porque que se a embargante pretende obter a reforma do julgado, deve manejar o recurso adequado a tal desiderato.

O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

À situação aqui tratada cabe o recente aresto do STF, que coloca as coisas nos seus devidos lugares:

E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, OMISSÃO OU ERRO MATERIAL (CPC/15, ART. 1.022) - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE NO CASO - CARÁTER PROCRASTINATÓRIO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA (1% SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA) - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SE REVESTEM, ORDINARIAMENTE, DE CARÁTER INFRINGENTE - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou erro material (CPC/15, art. 1.022) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância máculosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 1.026, § 2º, do CPC/15 possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (ARE 938171 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

Destarte, ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

"Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011).". (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa originária (valor da causa: R\$ 52.133,50), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTRELATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incoerentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015. 2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando **incoerentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016. 3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protelatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)**

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa.**

É com voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ARTIGO 1.022 DO CPC/15, JÁ QUE A DECISÃO EMBARGADA TRATOU SUFICIENTEMENTE DOS TEMAS DEVOLVIDOS À CORTE PELO RECURSO INTERPOSTO, INEXISTINDO A MATÉRIA DITA CONTRADITÓRIA, OMISSA E/OU OBSCURA PELA PARTE, QUE LITIGA DE MODO PROTRELATÓRIO E MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE, ASSIM ABUSANDO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO - RECURSO IMPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O julgado embargado tratou com clareza da matéria posta em sede recursal, com fundamentação suficiente para seu deslinde, nada importando - em face do art. 1.022 do Código de Processo Civil - que a parte discorde da motivação ou da solução dada em 2ª instância.

2. As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo da recorrente com os fundamentos adotados no *decisum* calçados no entendimento de que *apesar de ter sido decretada a falência da empresa executada, o Juízo Federal continua com a competência para julgar a execução fiscal ajuizada pela União, sendo ele o Juízo competente para decidir acerca do redirecionamento do feito em face da empresa considerada sucessora tributária da empresa executada, bem como que Os documentos constantes dos autos revelam a semelhança do objeto social das empresas, que atuam no ramo de venda de móveis para escritório, bem como que a empresa embargante funciona no mesmo endereço que a executada original e que houve aquisição do fundo de comércio da sucessora J MIKAWA E CIA/LTDA, já que a SUPER MATRIZ ACOS LTDA utiliza bens da sucedida, tais como modelos de móveis, projetos, desenhos, marca, nos próprios móveis de escritório que vende na sua atividade empresarial.*

3. A embargante afirma nos embargos que não é uma indústria, que apenas comercializa móveis, no entanto consta de seu contrato social, além do comércio, "Indústria de móveis com predominância de madeira".

4. A embargante se utiliza do nome da sucedida para divulgação de seus produtos, conforme anúncio trazido aos autos pela embargada.

5. O que se vê, *in casu*, é o claro intuito da embargante de rediscutir a matéria já decidida e o abuso do direito de opor embargos de declaração, com nítido propósito protelatório, manejando recurso despido de qualquer fundamento aproveitável.

6. É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - venha utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

7. É que "não se prestam os embargos de declaração, não obstante sua vocação democrática e a finalidade precípua de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, para o reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão embargado" (STF, RE 721149 AgR-ED, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016).

8. Ausente qualquer omissão, estes aclaratórios não se prestam a compelir a Turma a se debruçar sobre as alegações da embargante, para abrir à parte o prequestionamento. Ou seja, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016)

9. "Revelam-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração quando ausentes do aresto impugnado os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material" (STJ, EDcl no REsp 1370152/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 29/06/2016), além do que "aplica-se a multa prevista no art. 1.026, § 2º, do Código de Processo Civil, na hipótese de embargos de declaração manifestamente protelatórios" (STJ, EDcl na AR 4.393/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016). Sim, pois no âmbito do STJ, desde o tempo (ainda recente) do CPC/73 têm-se que "...a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os toma protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC" (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4.11.2011)... (STJ, AgRg no REsp 1399551/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 637.965/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 01/07/2016.

10. Se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa originária (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019).

11. Embargos de declaração a que se nega provimento, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento aos embargos de declaração, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023176-04.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VMC CALCADOS E BOLSAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FABIANA DINIZ ALVES - MG98771-A, RAFAEL DE LACERDA CAMPOS - MG74828-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023176-04.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VMC CALCADOS E BOLSAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FABIANA DINIZ ALVES - MG98771-A, RAFAEL DE LACERDA CAMPOS - MG74828-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (125595963).

Resposta (128705381).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5023176-04.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: VMC CALCADOS E BOLSAS LTDA

Advogados do(a) APELADO: FABIANA DINIZ ALVES - MG98771-A, RAFAEL DE LACERDA CAMPOS - MG74828-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009815-02.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KADAN COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA DOS SANTOS CAMOCARDI - SP121070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009815-02.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KADAN COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA DOS SANTOS CAMOCARDI - SP121070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela União Federal perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (126074299).

Sem resposta.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5009815-02.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: KADAN COMERCIO DE VEICULOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA DOS SANTOS CAMOCARDI - SP121070-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011484-71.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BR PROPERTIES S.A., BRPR 56 SECURITIZADORA DE CREDITOS IMOBILIARIOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011484-71.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BR PROPERTIES S.A., BRPR 56 SECURITIZADORA DE CREDITOS IMOBILIARIOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Agravo interno proposto pela União Federal contra decisão monocrática do Relator que deu provimento ao recurso da impetrante para afastar a limitação de 30% nas compensações de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa na apuração do IRPJ e CSLL, previstas nos arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95, na hipótese de extinção de pessoas jurídicas. Recurso respondido. MPF deu-se por ciente.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5011484-71.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BR PROPERTIES S.A., BRPR 56 SECURITIZADORA DE CREDITOS IMOBILIARIOS S.A.
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
Advogado do(a) APELANTE: LIGIA REGINI DA SILVEIRA - SP174328-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A posição recentíssima do STF é a seguinte: "É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL" (Tema 117 - RE 591340, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-20200).

Nesta Corte Regional: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004728-05.2017.4.03.6104, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, Intimação via sistema DATA: 05/02/2020 - SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1653568 - 0020952-72.2004.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 02/03/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/03/2017.

Apesar disso, esse julgado deve ser observado 'cum granum salis' no presente caso, porquanto, como já ressaltamos na decisão monocrática, essa "trava de 30%" não cabe aos casos em que há incapacidade contributiva pelo fato da impossibilidade de recomposição futura do patrimônio tributado. É que ocorrendo as situações empresariais de incorporação, fusão ou cisão da pessoa jurídica, terminam as oportunidades de postergação do encontro de contas da empresa encerrada aos exercícios futuros, em virtude de se tratar de sua última declaração de rendimentos, não se justificando a aplicação do percentual limitador. Em reforço vale destacar que não é permitida a compensação de prejuízos fiscais da pessoa jurídica sucedida, com os lucros reais da empresa sucessora (artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/1987), de tal modo que essa limitação de 30% estabelecida pela Lei nº 9.065/1995 faz com que - nas hipóteses de extinção da empresa beneficiária do favor fiscal - perca o direito à utilização dos prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL não utilizados até a data da sua extinção, o que é indevido porquanto enseja enriquecimento sem causa do Fisco já que o prejuízo apurado fica perdido quando se veda a utilização integral dos prejuízos fiscais acumulados por ocasião do balanço de encerramento nas hipóteses de extinção das pessoas jurídicas contribuintes que tinham direito a compensação que a lei veio a limitar.

Nesse sentido segue a jurisprudência desta Sexta Turma.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO ao agravo interno da União.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO DA UNIÃO - "TRAVA DE 30%" CONSIDERADA CONSTITUCIONAL PELO S.T.F. - ENTENDIMENTO ACOMPANHADO NESTA CORTE REGIONAL - DISTINÇÃO DO CASO: EXTINÇÃO DA EMPRESA QUE APUROU OS PREJUÍZOS - POSSIBILIDADE DE USO INTEGRAL DOS PREJUÍZOS APURADOS NO DERRADEIRO BALANÇO DA FIRMA QUE SE EXTINGUE, PELA EMPRESA QUE A SUCEDE - RECURSO DESPROVIDO.

1. REGRA: A posição recentíssima do STF é a seguinte: "É constitucional a limitação do direito de compensação de prejuízos fiscais do IRPJ e da base de cálculo negativa da CSLL" (Tema 117 - RE 591340, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-20200).

2. Distinção: entendimento que deve ser observado 'cum granum salis' no presente caso, porquanto, como já ressaltado na decisão monocrática, essa "trava de 30%" não cabe aos casos em que há incapacidade contributiva pelo fato da impossibilidade de recomposição futura do patrimônio tributado. É que ocorrendo as **situações empresariais de incorporação, fusão ou cisão** da pessoa jurídica, terminam as oportunidades de postergação do encontro de contas da empresa encerrada aos exercícios futuros, em virtude de se tratar de sua última declaração de rendimentos, não se justificando a aplicação do percentual limitador. Em reforço vale destacar que não é permitida a compensação de prejuízos fiscais da pessoa jurídica sucedida, com os lucros reais da empresa sucessora (artigo 33 do Decreto-Lei nº 2.341/1987), de tal modo que essa limitação de 30% estabelecida pela Lei nº 9.065/1995 faz com que - nas hipóteses de extinção da empresa beneficiária do favor fiscal - perca o direito à utilização dos prejuízos fiscais e das bases negativas da CSLL não utilizados até a data da sua extinção, o que é indevido porquanto enseja enriquecimento sem causa do Fisco já que o prejuízo apurado fica perdido quando se veda a utilização integral dos prejuízos fiscais acumulados por ocasião do balanço de encerramento nas hipóteses de extinção das pessoas jurídicas contribuintes que tinham direito a compensação que a lei veio a limitar.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno da União, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001422-28.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE CUBATAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001422-28.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE CUBATAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária ajuizada por SUPERMERCADO KRILL DE CUBATÃO LTDA em face da UNIÃO FEDERAL objetivando provimento jurisdicional que determine a inexigibilidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição do PIS e da COFINS, bem como reconheça o direito da autora de compensar os valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos.

Após regular processamento, foi proferida sentença, com fulcro no art. 487, I, do CPC/15, julgando **procedente** a ação e reconhecendo o direito da autora de efetuar a compensação do valor do indébito apurado após 17/03/17, depois do trânsito em julgado da presente, nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, observando-se a atualização pela Taxa SELIC, desde os recolhimentos indevidos. Custas *ex lege*. Honorários advocatícios fixados no patamar mínimo que tratamos incisos I a V do § 3º do art. 85 do CPC/15, a ser apurado em liquidação. Sentença sujeita à remessa necessária (ID 97074271).

A União Federal apelou (ID 97074274).

Com fulcro no art. 932 do CPC/15, este Relator **negou provimento** ao recurso e deu parcial provimento à remessa (ID 122804156).

A União Federal interpôs, agora, recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021 do CPC/15. Reitera a necessidade de suspensão do feito enquanto pendente de julgamento os embargos de declaração opostos no bojo do RE nº 574.706. Afirma, ainda, que a identificação de qual parcela do ICMS deve ser excluída constitui ofensa ao princípio da congruência, posto que não foi formulado na inicial e não consta da r. sentença. Sustenta que a parcela do ICMS a ser excluída da base de cálculo da COFINS e do PIS é aquela atinente ao ICMS a recolher, conforme Solução de Consulta Interna nº 13/18 (ID 123730434).

Oportunizada resposta pela agravada.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001422-28.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SUPERMERCADO KRILL DE CUBATAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: THIAGO CARLONE FIGUEIREDO - SP233229-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Cuida-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL, nos termos do art. 1.021 do CPC/15, contra decisão monocrática que negou provimento a sua apelação e deu parcial provimento à remessa necessária.

Na situação vertente, os argumentos apresentados no presente recurso não abarcam fundamentação e a conclusão exaradas anteriormente por este Relator.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o **tema nº 69** da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impeditivos da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Irrelevante, para este momento processual, eventual mudança de postura, ainda em andamento no âmbito do STF, acerca da necessidade de se aguardar o julgamento dos aclaratórios interpostos. A suspensão pretendida pelo Fisco esbarra no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a **íntegra do referido ICMS** não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Quanto ao ponto, portanto, descabe falar em invocação recursal ou ofensa ao princípio da congruência, vez que o *decisum* agravado apenas manteve o que já decidido em primeira instância quanto à aplicabilidade ao caso do precedente firmado pelo STF com o julgamento do RE nº 574.706.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. EXCLUSÃO DA PARCELA FATURADA, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. INOCORRÊNCIA DE INVOCAÇÃO RECURSAL OU OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o **tema nº 69** da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

2. Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Diversos precedentes nesta Corte Regional.

3. De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a **íntegra do referido ICMS** não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019).

4. Quanto ao ponto, portanto, descabe falar em invocação recursal ou ofensa ao princípio da congruência, vez que o *decisum* agravado apenas manteve o que já decidido em primeira instância quanto à aplicabilidade ao caso do precedente firmado pelo STF com o julgamento do RE nº 574.706.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025013-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: ANEES SALIM SAAD FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEAN BENOIT DE SOUZA - MS10635
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025013-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: ANEES SALIM SAAD FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEAN BENOIT DE SOUZA - MS10635
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons Di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto por ANEES SALIM SAAD FILHO, nos termos do artigo 1.021 do Código de Processo Civil/2015, contra decisão monocrática deste Relator que negou provimento ao agravo de instrumento (ID 123371773).

Nas razões do agravo interno o recorrente insiste que o IBAMA formalizou e inscreveu o débito em dívida ativa em 10/07/2006 contra o Sr. Anees Salim Saad (PAI), sendo que a impugnação administrativa foi apresentada por Anees Salim Saad Filho, que se apresentou como proprietário do imóvel onde foi praticada a infração ambiental.

Afirma que o PAI do agravante faleceu em 25/05/2003, ou seja, muito antes mesmo da lavratura de auto de infração (13/03/2003) e por óbvio da inscrição em dívida ativa (10/07/2006) e ajuizamento da execução fiscal (21/05/2009).

Sustenta que o erro foi verificado somente em 22/09/2010 e corrigido por meio de decisão administrativa em 10/02/2011, com ciência inequívoca do agravante em 29/06/2011.

Allega que a modificação do devedor junto a CDA não poderia ocorrer, pois, é simulado o entendimento de que a substituição somente é admissível quando se tratar de correção de erro material ou formal (Súmula 392/STJ), hipóteses esta que não alcançamos sujeito passivo.

Por fim, requer seja reconhecida a ocorrência da prescrição, isso porque o crédito foi constituído em 2006 e a execução fiscal ajuizada somente em 2013 (ID 126075808).

Recurso respondido (ID 108032491).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5025013-27.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: ANES SALIM SAAD FILHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JEAN BENOIT DE SOUZA - MS10635
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVAVEIS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Cuida a controvérsia de objeção de pré-executividade interposta em sede de execução fiscal.

A r. interlocutória recorrida foi proferida nos seguintes termos (transcrição parcial):

Da análise conjunta da jurisprudência da Corte Superior e da Lei 9.873/99, verifica-se que a Administração Federal direta e indireta dispõe de cinco anos para constituição de crédito não tributário (pretensão punitiva) e de mais cinco anos para o ajuizamento da execução desse crédito constituído (pretensão executória).

Ainda, nos termos do artigo 2º, 3º da Lei 6.830/80, aplicável às execuções fiscais de dívidas de natureza não tributária, suspende-se o transcurso do prazo prescricional por 180 dias após a inscrição do crédito em dívida ativa ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo. No caso concreto, verifica-se que:

i) o Auto de Infração n. 332900-D foi lavrado em face de ANNES SALIM SAAD, em 13/10/2003, por "fazer uso de fogo em uma área de trinta hectares de pastagem artificial, sem a devida autorização" (f. 48);

ii) o filho do atuado (ANNES SALIM SAAD FILHO) protocolou impugnação em 14/10/2003 (f. 52);

iii) após a emissão de parecer, foi proferida decisão favorável à cobrança em 13/02/2006; notificação recebida em 1º/03/2006 (f. 62-66 e 72);

iv) o débito foi inscrito em dívida ativa sob o n. 1012801 em 10/07/2006 (f. 82);

v) em 21/05/2009 foi proposta a execução fiscal n. 0005661-65.2009.403.6000 em face de ANNES SALIM SAAD;

vi) constatada a existência de erro material quanto ao autor da infração, em 22/09/2010 (f. 94), foi proferida decisão administrativa na data de 10/02/2011 determinando a retificação da CDA e a regularização da execução fiscal (f. 100); desse fato, ANNES SALIM SAAD FILHO teve ciência inequívoca em 29/06/2011 mediante a obtenção de cópias do procedimento administrativo, não apresentando qualquer impugnação (f. 108-111);

vii) a CDA foi retificada em 18/05/2012 (f. 124); notificação recebida em 22/05/2012 (f. 128);

viii) a presente execução fiscal foi ajuizada em 25/07/2013 (f. 02).

Pois bem.

Conforme relatado, o auto de infração foi lavrado em face de ANNES SALIM SAAD (CPF n. 004.160.451-20), em 13/10/2003; contudo, a impugnação administrativa foi apresentada por ANNES SALIM SAAD FILHO (CPF n. 312.244.741-04), no dia 14/10/2003, que se apresentou como proprietário do imóvel onde foi praticada a infração ambiental (f. 48 e 52).

Sendo assim, revela-se necessário assegurar a proteção à boa-fé, manifestada pela confiança depositada na aparência da relação jurídica estabelecida.

Isso porque o auto de infração e todas as notificações expedidas no processo administrativo, ainda que destinadas ao Sr. Annes Salim Saad, foram encaminhadas ao endereço do filho, ora executado (Rua XV de Novembro, 1025, Campo Grande-MS).

É o que se observa pelos documentos de f. 48, 72, 92 e 128. Referido endereço é o mesmo informado pelo próprio executado em sua qualificação, precipuamente às f. 24 (exceção de pré-executividade) e 108 (procuração outorgada à advogada que acompanhou a fase administrativa).

De notar que uma das notificações encaminhadas ao endereço do executado foi recebida pela própria advogada que patrocinou seus interesses na seara administrativa: Drª Cláudia Silva de Oliveira (f. 92).

A propósito, após a decisão da autoridade julgadora no sentido de convalidar a responsabilidade do executado pela infração ambiental, a causídica obteve cópia do referido processo, como mostram os documentos de f. 94, 100 e 108-110.

Logo, é inegável que o executado teve ciência inequívoca dos atos praticados no curso do procedimento.

Insta zizar que a procuração outorgada à advogada previa poderes expressos "para representá-lo junto ao IBAMA (...) e defender os seus direitos e interesses" (f. 108). Logo, tendo pleno conhecimento da existência do débito e da regularização dos atos procedimentais, poderia o executado apresentar a defesa que entendesse cabível; contudo, não trouxe qualquer ressalva a respeito.

Portanto, apesar do equívoco material (já corrigido pelo exequente), não se vislumbra nenhum prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa por parte do executado.

Outrossim, no curso do processo administrativo houve a prática de inúmeros atos concretos por parte da exequente com vistas à apuração e cobrança da multa ambiental executada, valendo citar: lavratura do auto de infração (13/10/2003); defesa do executado (14/10/2003); decisão administrativa notificada (1º/03/2006); início da exigibilidade do crédito a partir do dia seguinte ao vencimento da dívida sem o efetivo pagamento (13/03/2006 - f. 70); inscrição em dívida ativa (10/07/2006); ajuizamento da execução fiscal n. 0005661-65.2009.403.6000 (21/05/2009); decisão de convalidação dos atos administrativos (10/02/2011); retificação da CDA (18/05/2012), notificada ao sujeito passivo (22/05/2012); ajuizamento da presente execução fiscal (25/07/2013). Destarte, tenho por efetivamente interrompido o decurso do prazo, de modo a não restar configurada a tese prescricional. - CONCLUSÃO

Ante o exposto, rejeito a exceção de pré-executividade de f. 24-30, nos termos da fundamentação supra.

A r. interlocutória proferida pelo d. Juiz de Origem está excelentemente fundamentada.

Em acréscimo destaque que o agravante afirma que na impugnação administrativa se apresentou como proprietário do imóvel onde foi praticada a infração ambiental, todavia, em tal ocasião o contribuinte sequer pleiteou a correção ou nulidade do auto de infração ou do processo administrativo, limitando-se a alegar que não era o responsável pela infração.

A Procuradoria Federal informou no processo administrativo em 22/09/2010 que, para fins de manifestação nos autos da execução fiscal nº 0005661-65.2009.4.03.6000, verificou que ANNES SALIM SAAD havia falecido em 2003, portanto, antes da notificação do débito ocorrido em 2006, o que levou à correção e substituição da CDA com o nome do agravante.

Assim, não há dúvida de que o executado teve ciência inequívoca dos atos praticados no curso do procedimento e, ainda, que deixou de alertar o IBAMA quanto ao falecimento do proprietário originário ANNES SALIM SAAD.

Além do mais, da documentação acostada aos autos não é possível verificar se a propriedade já pertencia ao agravante no momento do auto de infração.

Destarte, é notório que a parte desprezou o espaço restrito em que é possível abrir-se discussão contra o processo executivo fora do âmbito dos embargos do executado, abusando do direito de litigar.

Essa é a posição sumulada do Superior Tribunal de Justiça:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

(Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

Pelo exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO IBAMA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECER A PRESCRIÇÃO HAJA VISTA A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O agravante afirma que na impugnação administrativa se apresentou como proprietário do imóvel onde foi praticada a infração ambiental, todavia, em tal ocasião o contribuinte sequer pleiteou a correção ou nulidade do auto de infração ou do processo administrativo, limitando-se a alegar que não era o responsável pela infração.

2. A Procuradoria Federal informou no processo administrativo em 22/09/2010 que, para fins de manifestação nos autos da execução fiscal nº 0005661-65.2009.4.03.6000, verificou que ANNES SALIM SAAD havia falecido em 2003, portanto, antes da notificação do débito ocorrido em 2006, o que levou à correção e substituição da CDA com o nome do agravante.

3. Assim, não há dúvida de que o executado teve ciência inequívoca dos atos praticados no curso do procedimento e, ainda, que deixou de alertar o IBAMA quanto ao falecimento do proprietário originário ANNES SALIM SAAD.

4. Além do mais, da documentação acostada aos autos não é possível verificar se a propriedade já pertencia ao agravante no momento do auto de infração.

5. É notório que a parte desprezou o espaço restrito em que é possível abrir-se discussão contra o processo executivo fora do âmbito dos embargos do executado, abusando do direito de litigar.

6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-80.2017.4.03.6144

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

APELANTE: FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-80.2017.4.03.6144

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

APELANTE: FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno contra decisão monocrática que entendeu que seria aplicável ao caso o entendimento do STF proferido no RE 574.706/PR, e negou provimento à apelação da União e à remessa necessária. Recurso respondido. O MPF apenas deu-se por ciente.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002484-80.2017.4.03.6144

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

APELANTE: FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME, DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

APELADO: DELEGADO DA RECEITA FEDERAL EM BARUERI, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, FORMA PACK GRAFICA E EDITORA LTDA - ME

Advogado do(a) APELADO: EVANDRO AZEVEDO NETO - SP276957-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Quanto a insistência da União no sobrestamento do feito, não tem qualquer propósito.

É desnecessária – e ilegal – a suspensão do andamento do processo até que o STF aprecie embargos de declaração onde busca modulação dos efeitos do Tema nº 69. Além dos extensos argumentos por nós apresentados, é de se invocar a posição do próprio STF, posto em reclamação deduzida pela União Federal contra acórdão desta Corte, exarada pelo Ministro Relator, no seguinte sentido: "...o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto (...). Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-AgR/RS, Rel. Min. LUIZ FUX – ARE 940.027-AgR/PI, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 611.683- -AgR/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 631.091-AgR/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.006.958-AgR-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.(...)) Não constitui demasia assinalar que a modulação, no tempo, da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria revestida de caráter excepcional, não se presume nem inibe, ante a sua potencial adoção (que exige, mesmo em sede de controle incidental, pronunciamento por maioria qualificada de 2/3 dos juízes desta Corte, consoante acentuado em Questão de Ordem no RE 586.453/SE), a incidência imediata da regra consubstanciada no art. 1.040, I, do CPC/2015, o que afasta, por isso mesmo, eventual alegação de ofensa à autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, inviabilizando, em consequência, o acesso à via da reclamação..." (Reclamação nº 30.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 09 de agosto de 2018, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018).

No sentido do exposto (aplicação do tema desde logo): AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018. Isso porque "a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral" (RE 440787 AgR-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

Isso basta para se constatar o acerto da posição desta Corte Regional em aplicar, prontamente, o tema decidido em repercussão geral, de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 10/12/2019).

No mérito, as razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarra no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

No mais, a Suprema Corte vem aplicando o Tema nº 69 ("O STF, no exame do RE 574.706 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 69), firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" - RE 883399 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Nesse mesmo sentido: RE 1100405 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 11-04-2019 PUBLIC 12-04-2019 - RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018 - AI 523706 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018.

A questão de "qual" ICMS deve ser expurgado do cálculo de PIS/COFINS faz parte do mérito, porquanto a própria Ministra Relatora Carmem Lúcia tratou da matéria, como já acentuamos.

Ainda, a intenção fazendária de que solução de consulta proferida por órgão administrativo se sobreponha ao entendimento do STF e desta Corte Regional, é despropositada uma vez que o Judiciário não se submete às repartições públicas, já que, pela Constituição, o contrário é a verdade.

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da demanda), conforme o procedimento já esclarecido alhures, o qual se pauta pelo quanto a lei e a jurisprudência definiram respeito da recuperação de obrigação tributária indevida ou "a maior".

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que "o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018" (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)..

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO QUE FOI ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000825-70.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: KLAUS EDUARDO RODRIGUES MARQUES - SP182340-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000825-70.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: KLAUS EDUARDO RODRIGUES MARQUES - SP182340-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZACAO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos opostos em face da Execução Fiscal n. 5004785-68.2018.4.03.6110, movida contra a embargante pelo INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA, QUALIDADE E TECNOLOGIA – INMETRO, em decorrência de cobrança do crédito inscrito na Dívida Ativa referente ao processo administrativo n. 3117/2013.

Na inicial, a embargante, preliminarmente, requereu a juntada dos processos administrativos que originaram o débito exequendo, assim como sustentou a nulidade da Certidão de Dívida Ativa (CDA), aduzindo que o título não especifica o fundamento legal utilizado pelo instituto embargado para a constituição do crédito.

Argumenta, em síntese, que a definição de infração depende de decreto regulamentador, nos termos do artigo 7º da Lei n. 9.933/1999, com a redação dada pela Lei n. 12.545/2011. Sustenta, dessa forma, que as portarias e resoluções do INMETRO a respeito de normas de conduta são ilegais.

Alega a inconstitucionalidade dessas normas infralegais, por inobservância ao princípio da legalidade. Aduz, ainda, que em caso de condenação não é devido o encargo de 20% previsto no Decreto-lei n. 1.025/1969, bem como sustenta a legalidade da incidência de juros sobre a multa.

No mérito apontou, em síntese, diversos vícios no procedimento administrativo que invalidariam a execução fiscal: i) não recebimento de comunicado da perícia realizada pela fiscalização do INMETRO; ii) ausência de regulamentação da Lei n. 9.933/1999 quanto à tipificação da conduta passível da multa; iii) a inconstitucionalidade da delegação de poderes ao CONMETRO para criar normas de conduta aos administrados e as respectivas penalidades; iv) o método de recolhimento de amostras para análise adotado pelo INMETRO contraria os seus próprios regulamentos e implica em prejuízo à embargante; v) a multa é indevida, porquanto não existente lesão material aos consumidores.

Valor atribuído aos embargos: R\$ 8.579,84.

Impugnação apresentada pela embargada em que requer a improcedência dos embargos.

Em 07/10/2019 sobreveio a r. sentença de **improcedência** dos embargos. Sem fixação de honorários advocatícios.

Inconformada, apela a embargante reiterando em síntese, a ausência de regulamentação da Lei nº 9.933/99.

Recurso respondido.

A decisão monocrática proferida por este Relator negou provimento à apelação.

Neste agravo interno a apelante alega a necessidade de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, bem como de demonstrar a existência do *distinguish* da situação concreta em relação ao REsp nº 1377783/MG decidido sob o rito de repetitivo, ou ocorrência de *overruling*, sob pena de nulidade.

Recurso respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000825-70.2019.4.03.6110
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: PEPSICO DO BRASIL LTDA
Advogado do(a) APELANTE: KLAUS EDUARDO RODRIGUES MARQUES - SP182340-A
APELADO: INMETRO INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGIA NORMALIZAÇÃO E QUALIDADE INDUSTRIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Cuida-se de recurso de agravo interno interposto pela apelante contra decisão monocrática deste Relator, que negou provimento à apelação.

Os argumentos apresentados no agravo não abalaram a fundamentação e a conclusão exaradas por este Relator.

Como decidido anteriormente, a questão devolvida por meio da apelação reside em determinar se a **Lei nº 9.933/99** carece de regulamentação pela ausência de "decreto regulamentador", sendo nulo o auto de infração.

A tese do apelo da parte embargante é contrária ao entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (grifei):

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - ENTENDIMENTO REAFIRMADO POR ESTA CORTE NO JULGAMENTO DO RESP 1.102.578/MG, SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC - ORIENTAÇÃO INALTERADA PELA EDIÇÃO DA LEI N.º 12.545/2011.

1. Não pode ser conhecido o recurso no tocante à alegada infração do art. 535 do CPC, pois nem sequer foram opostos embargos de declaração na origem. Súmula 284/STF.
2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais.
3. Compete ao CONMETRO a fixação de critérios e procedimentos para aplicação das penalidades no caso de infração a dispositivo da legislação referente à metrologia, à normalização industrial, à certificação da qualidade de produtos industriais e aos atos normativos dela decorrentes (art. 3º, "F", da Lei n.º 5.966/73).
4. A nova redação conferida ao art. 7º da Lei n.º 9.933/99, pela Lei n.º 12.545/2011, a despeito da expressão "nos termos do seu decreto regulamentador", não retira do CONMETRO e do INMETRO a competência para a edição de atos obrigacionais, cuja ação ou omissão contrária a eles constituirá infração punível. A edição de decreto regulamentador somente se torna imprescindível quando a lei deixa alguns aspectos de sua aplicação para serem definidos pela Administração.
5. A Lei n.º 9.933/99 é precisa ao definir as condutas puníveis (art. 7º), aí incluídas as ações ou omissões contrárias a qualquer das obrigações instituídas pela própria lei e pelos atos expedidos pelo Conmetro e pelo Inmetro, as penalidades cabíveis (art. 8º) e a forma de gradação da pena (art. 9º), estando os demais procedimentos para processamento e julgamento das infrações disciplinados em resolução da CONMETRO, conforme autoriza a própria lei.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1330024/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 26/06/2013)

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - CONMETRO E INMETRO - LEIS 5.966/1973 E 9.933/1999 - ATOS NORMATIVOS REFERENTES À METROLOGIA - CRITÉRIOS E PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES - PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES - TEORIA DA QUALIDADE.

1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em passar a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário.
2. **Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais.** Precedentes do STJ.
3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a ratio do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade.
4. Recurso especial conhecido e provido. **Acórdão sujeito às disposições previstas no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ.**

(REsp 1102578/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009 - grifei)

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte Regional:

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPETÊNCIAS DO CONMETRO E DO INMETRO. AUTO DE INFRAÇÃO. LEI Nº 9.933/1999. REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI Nº 12.545/2011. AUSÊNCIA DE DECRETO REGULAMENTADOR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, TAXATIVIDADE OU RESERVA LEGAL. INOCORRÊNCIA. PODER DE POLÍCIA E EFICÁCIA SANCIONATÓRIA NÃO CONDICIONADOS À NORMA REGULAMENTADORA. AUTUAÇÃO FUNDADA EM PORTARIA EDITADA PELO ÓRGÃO REGULADOR. PRECEDENTES DO C. STJ E DESTA CORTE REGIONAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NULIDADE AFASTADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Lei nº 5.966/1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normatização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, criou o CONMETRO, órgão normativo do sistema e o INMETRO, sendo-lhe conferida personalidade de autarquia federal, com a função executiva do sistema de metrologia.
2. O CONMETRO aprovou a Resolução nº 11, de 12.10.1988, que ratificou todos os atos normativos metrologicos, autorizando o INMETRO a adotar as providências necessárias à consolidação das atividades de metrologia, no País, firmando convênios, contratos, ajustes, acordos, assim como os credenciamentos que se fizerem necessários.
3. A Lei nº 9.933/99 atribui competência ao CONMETRO e ao INMETRO para expedição de atos normativos e regulamentação técnica concernente à metrologia e avaliação de conformidade de produtos, processos e serviços, conferindo, ainda, ao INMETRO poder de polícia para processar e julgar as infrações e aplicar sanções administrativas.
4. A apelante afirma que a Lei nº 9.933/99 carece de regulamentação e, portanto, ofende os princípios da legalidade e tipicidade, vez que ausente um decreto regulamentador para instituir a conduta infratora.
5. A tese aventada é contrária ao entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que já decidiu a matéria no julgamento do REsp nº 1.102.578, julgado pela sistemática do artigo 543-C do CPC/73. Confira-se, ainda: STJ, 2ª Turma, REsp 1330024/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 07/05/2013, DJe de 26/06/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1377783/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 27/08/2013, DJe 19/09/2013 e TRF3, 3ª Turma, AC 00081190620154036110, Rel. Des. Federal Carlos Muta, e-DJF3 Judicial 1 de 03/05/2017.
6. A jurisprudência encontra-se consolidada no sentido de que as normas expedidas pelo CONMETRO e INMETRO gozam de validade e eficácia para o fim de autorizar aqueles órgãos a exercer regular poder de polícia, prevenindo condutas ilícitas, autuando e aplicando sanções às infrações cometidas, desautorizando, destarte, a alegação da agravante que houve afronta à Constituição Federal, nomeadamente aos princípios da estrita legalidade, taxatividade ou reserva legal, ou qualquer direito ou garantia individual.
7. Consoante os precedentes supramencionados, está legitimada a regulação das condutas e aplicação das sanções administrativas através dos atos normativos expedidos pelo CONMETRO e INMETRO.
8. O fundamento de validade pronunciado naqueles julgados, dos quais se destaca aqueles emanados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, autoriza concluir que **a ausência de decreto regulamentador não conduz a nulidade das autuações procedidas por estes órgãos de regulação, não obstante a regra expressa contida nos arts. 7º e 9º-A, da Lei nº 9.933/1999, com a redação da Lei nº 12.545/2011.**
9. Evidenciada a correção da decisão monocrática recorrida, adrede fundamentada, sem qualquer razão a manifestação da agravante quando pugna pela nulidade do decisum, por violação do art. 489, § 1º, inciso IV e VI, do CPC/2015, não havendo elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
10. Agravo improvido.

(ApCiv 0005484-52.2015.4.03.6110, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2018.)

PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INMETRO. AUTUAÇÃO VÁLIDA. APLICAÇÃO COM BASE NA LEI Nº 9.933/1999. DESNECESSÁRIO DECRETO REGULAMENTADOR. NULIDADE AFASTADA. RECURSO IMPROVIDO. - A Lei nº 5.966/1973, que instituiu o Sistema Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial com a finalidade de formular e executar a política nacional de metrologia, normatização industrial e certificação de qualidade de produtos industriais, criou o CONMETRO, órgão normativo do sistema e o INMETRO, sendo-lhe conferida personalidade de autarquia federal, com a função executiva do sistema de metrologia. - O CONMETRO aprovou a Resolução nº 11, de 12.10.1988, que ratificou todos os atos normativos metrologicos, autorizando o INMETRO a adotar as providências necessárias à consolidação das atividades de metrologia, firmando convênios, contratos, ajustes, acordos, assim como os credenciamentos que se fizerem necessários. - A Lei nº 9.933/99 atribui competência ao CONMETRO e ao INMETRO para expedição de atos normativos e regulamentação técnica concernente a metrologia e avaliação de conformidade de produtos, processos e serviços, conferindo, ainda, ao INMETRO poder de polícia para processar e julgar as infrações e aplicar sanções administrativas. - O art. 2º da referida lei estabelece que cabe ao CONMETRO e ao INMETRO (em determinadas áreas) expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e de Avaliação de Conformidade de produtos, de processos e de serviços, de forma que o Regulamento Técnico Metrologico que embasou a lavratura dos autos de infração apresenta conformidade legal, porquanto expedido por órgão competente para regulamentação normativa. - Já o art. 3º da referida norma, estabelece a competência ao INMETRO para elaborar e expedir, com exclusividade, regulamentos técnicos na área de Metrologia, abrangendo o controle das quantidades com que os produtos, previamente medidos sem a presença do consumidor, são comercializados, cabendo-lhe determinar a forma de indicação das referidas quantidades. Entendimento adotado no julgamento do REsp 1.102.578, apreciado pela sistemática dos recursos repetitivos. - **Válida a aplicação de multa pelo INMETRO, pois suas portarias decorrem de disposição legal, não se cogitando de falta de regulamentação da Lei nº 9.933/1999.** - Apelação improvida.

(ApCiv 0042962-24.2005.4.03.6182, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:16/08/2017.)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INMETRO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LEI 9.933/1999. AUSÊNCIA DE DECRETO REGULAMENTADOR. NULIDADE AUSENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. **Assente na jurisprudência o entendimento quanto a ser válida a aplicação de multa pelo INMETRO, pois suas portarias decorrem de disposição legal, não se cogitando de falta de regulamentação da Lei 9.933/1999.**
2. Validade do auto de infração 1666558, lavrado pelo INMETRO que aplicou multa, com fundamento nos artigos 8º e 9º da Lei 9.933/1999.
3. Apelação desprovida.

(ApCiv 0008119-06.2015.4.03.6110, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/05/2017.)

A alegação de não recebimento de comunicado da perícia realizada pela fiscalização do INMETRO não encontra respaldo na documentação acostada aos autos, pelo contrário, o processo administrativo indica que a embargante foi efetivamente notificada e cientificada da perícia em questão.

De fato, mostra-se irrelevante se a infração apurada pela fiscalização do INMETRO causa ou não lesão aos consumidores, em razão de as diferenças de peso serem mínimas, porquanto tal condição não está prevista na legislação que disciplina a infração em questão.

Quanto a cobrança do **encargo** previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.025/69, sua legalidade já foi confirmada pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. VALIDADE DA CDA. SÚMULA N. 7/STJ. DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO TRIBUTÁRIA E NÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO, INSCRIÇÃO E COBRANÇA JUDICIAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. ENCARGO LEGAL. DECRETO-LEI N. 1.025/67. COMPATIBILIDADE COM O CPC. JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 10, DA LEI Nº 9.249/95.

(...)

4. Está assentado na jurisprudência deste STJ, inclusive em sede de recursos representativos da controvérsia, a legalidade e a compatibilidade do encargo legal previsto no art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.025/69 com o Código de Processo Civil. Precedentes representativos da controvérsia: REsp. n. 1.143.320 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010; REsp. n. 1.110.924 - SP, Primeira Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10.6.2009.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1307984/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 28/08/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NULIDADE DA CDA. MATÉRIA DE PROVA. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. TAXA SELIC. ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. LEGALIDADE. PRECEDENTES.

- A investigação acerca da ausência dos requisitos da CDA capaz de abalar a sua liquidez e certeza é inviável no âmbito do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

- Conforme jurisprudência firmada nesta Corte, possível a aplicação da taxa Selic como índice de atualização dos débitos tributários, assim como a cobrança do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei n. 1.025/1969, que se destina a cobrir as despesas realizadas com a cobrança judicial da União, inclusive honorários advocatícios.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag 1360412/RS, Rel. Ministro CESARASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 19/09/2011)

Por fim, os juros moratórios a serem aplicados sobre a multa por infração à legislação metrológica correspondem à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a qual engloba também a atualização monetária, em face do seu caráter duplice, consoante entendimento firmado no REsp n. 1.111.175-SP.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ADMINISTRATIVO. INMETRO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. LEI 9.933/1999. AUSÊNCIA DE DECRETO REGULAMENTADOR. NULIDADE AUSENTE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A questão reside em determinar se a Lei nº 9.933/99 carece de regulamentação pela ausência de "decreto regulamentador", sendo nulo o auto de infração.

2. No caso, a tese do apelo da parte embargante é contrária ao entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1330024/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 26/06/2013.

3. A ausência de decreto regulamentador não conduz a nulidade das autuações procedidas por estes órgãos de regulação, não obstante a regra expressa contida nos arts. 7º e 9º-A, da Lei nº 9.933/1999, com a redação da Lei nº 12.545/2011, sendo válida a aplicação de multa pelo INMETRO, pois suas portarias decorrem de disposição legal, não se cogitando de falta de regulamentação da Lei nº 9.933/1999.

4. Quanto a cobrança do **encargo** previsto no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.025/69, sua legalidade já foi confirmada pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. Os juros moratórios a serem aplicados sobre a multa por infração à legislação metrológica correspondem à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, a qual engloba também a atualização monetária, em face do seu caráter duplice, consoante entendimento firmado no REsp n. 1.111.175-SP.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000213-93.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: RONALDO SPINELLI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA DOS SANTOS SOUSA - SP273957-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, RONALDO SPINELLI
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA DOS SANTOS SOUSA - SP273957-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pelo INSS, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 27/1/2020 que negou provimento às apelações do autor e da autarquia, mantendo a r. sentença que rejeitou a questão preliminar relativa à prescrição e **julgou parcialmente procedente a ação** para condenar o INSS ao pagamento do valor de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, corrigidos monetariamente pelos índices do IPCA-E desde a data da sentença, e acrescidos de juros moratórios pelos índices da caderneta de poupança, desde a data da citação, observando-se a alteração inserida pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09 somente em relação aos juros, nos termos do decidido pelo STF no julgamento das ADIN's 4357 e 4425 e no julgamento do Recurso Extraordinário 870.947.

Nas razões do presente AGRAVO, o INSS sustenta, em síntese, a ausência de comprovação dos danos morais.

O autor apresentou contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000213-93.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: RONALDO SPINELLI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ADRIANA DOS SANTOS SOUSA - SP273957-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, RONALDO SPINELLI
Advogado do(a) APELADO: ADRIANA DOS SANTOS SOUSA - SP273957-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

A decisão impugnada foi fundamentada na jurisprudência desta Egrégia Corte, tanto em relação à configuração do dano moral, quanto ao valor fixado a título de indenização.

Confira-se:

ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – EXTRAVIO DE CTPS EM AGÊNCIA DO INSS – RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR QUE DEPENDE DA COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE ATO DOLOSO/CULPOSO – EXCLUSÃO DO SERVIDOR DA LIDE – INSS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO 'IN RE IPSA' – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA.

(...)

IV – Encontra-se provado nos autos que o autor entregou suas duas CTPS na agência do INSS. O extravio é evidente diante do Boletim de Ocorrência nº 355/2015 e porque não foi negado pela autarquia.

V – A CTPS constitui um documento fundamental para qualquer trabalhador e, assim como o RG, CPF e título de eleitor, é pessoal e intransferível. É por meio da CTPS que o trabalhador tem o registro de sua vida laboral e as informações ali contidas podem ser utilizadas em diversas oportunidades, como para dar entrada no seguro-desemprego, para sacar FGTS, para realizar pedido de aposentadoria etc.

VI – A Lei nº 5.553/68 veda, por quem quer que seja, a retenção de documentos de identificação pessoal, dentre eles a carteira profissional.

VII – O extravio do documento nas dependências da autarquia não pode ser considerado mero aborrecimento, pois, como já reconheceu esta E. Turma em caso semelhante, “a carteira de trabalho possui um conteúdo muitas vezes irrecuperável, cuja perda põe em risco a garantia dos direitos trabalhistas mencionados” (TRF3, Proc. nº 0000180-44.2007.4.03.6113, 3ª Turma, Rel. Des. Antonio Cedeno, j. 05.09.2018, e-DJF3 12.09.2018). Trata-se de dano ‘in re ipsa’.

VII – Indenização fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

(...)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000959-68.2018.4.03.6131, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/11/2019)

DANOS MORAIS. EXTRAVIO DE CTPS. INSS. DANOS MORAIS. NEXO CAUSAL E ABALO EMOCIONAL CARACTERIZADOS.

(...)

4. O ressarcimento do dano funda-se na existência de prejuízo, que, no caso, é apontado na lesividade praticada pelo INSS quando do extravio das carteiras profissionais do autor, cujo alcance tem o condão de atingir os direitos assegurados ao indivíduo como ser humano.

(...)

7. In casu, não há dívidas de que não se trata de mero aborrecimento. O ente autárquico não procedeu com a cautela necessária que se espera de um órgão público. Pela importância que o documento tem para o trabalhador, obrigatório para o exercício de qualquer emprego, o extravio da CTPS, quando do pleito de aposentadoria, impede a efetiva conferência dos vínculos constantes no sistema CNIS e traz consequências ao segurado, causando-o prejuízos, os quais, in casu, surgiram pela falha na prestação do serviço público, sem que o autor tivesse dado causa. Constatada ofensa à dignidade humana, justifica-se a condenação.

8. Quanto ao valor, a fixação de montante em pecúnia é forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, o qual deve ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feição de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes.

9. Em casos semelhantes, esta Corte arbitrou o valor de R\$ 5.000,00 a título de danos morais, montante que reputo atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, impõe-se a majoração do valor arbitrado na sentença.

10. Recurso da parte autora parcialmente provido. Recurso autárquico desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2010991 - 0003644-75.2013.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 13/06/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/07/2019)

Como devidamente fundamentado na r. sentença: “considerando que a carteira de trabalho é documento que possibilita a identificação do segurado, assim como guarda todo seu histórico profissional, não há dívidas de que o seu extravio atenta contra a dignidade do autor, atingindo-lhe a esfera moral, já que dificulta o exercício regular de determinados direitos, sendo evidente o dano causado”.

Dessa forma, vislumbra-se claramente que os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão impugnada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. INSS. DANOS MORAIS. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto pelo INSS, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 27/1/2020 que negou provimento às apelações do autor e da autarquia, mantendo a r. sentença que rejeitou a questão preliminar relativa à prescrição e julgou parcialmente procedente a ação para condenar o INSS ao pagamento de danos morais.

2. A decisão impugnada foi fundamentada na jurisprudência desta Egrégia Corte, tanto em relação à configuração do dano moral, quanto ao valor fixado a título de indenização. Confira-se: TERCEIRA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000959-68.2018.4.03.6131, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 21/11/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/11/2019; QUARTA TURMA, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 2010991 - 0003644-75.2013.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 13/06/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/07/2019.

3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000722-66.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: MACMOLDE - INDUSTRIA E COMERCIO DE MACHOS, MOLDES E PRODUTOS PARA FUNDICAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000722-66.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Agravo interno da União em face de decisão monocrática que, em mandado de segurança, julgou devido o afastamento da parcela do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS, autorizando a compensação nos termos da legislação de regência, observada a prescrição quinquenal. Recurso respondido. MPF deu-se por ciente.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000722-66.2019.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MACMOLDE - INDUSTRIA E COMERCIO DE MACHOS, MOLDES E PRODUTOS PARA FUNDICAO LTDA
Advogado do(a) APELADO: MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Quanto a insistência da União no sobrestamento do feito, não tem qualquer propósito.

É desnecessária – e ilegal – a suspensão do andamento do processo até que o STF aprecie embargos de declaração onde busca modulação dos efeitos do Tema nº 69. Além dos extensos argumentos por nós apresentados, é de se invocar a posição do próprio STF, posto em reclamação deduzida pela União Federal contra acórdão desta Corte, exarada pelo Ministro Relator, no seguinte sentido: "...o exame do ato reclamado evidencia, em face da situação concreta ora apreciada, que não ocorreu usurpação da competência desta Suprema Corte nem sequer transgressão da autoridade do julgamento do RE 574.706/PR, pois a decisão de que se reclama limitou-se a confirmar a aplicação do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, ao caso, tendo em vista a desnecessidade de aguardar-se o trânsito em julgado (ou eventual modulação temporal dos efeitos) do acórdão desta Suprema Corte invocado, pela parte reclamante, como paradigma de confronto (...). Cabe registrar, nesse ponto, consoante entendimento jurisprudencial prevalecente no âmbito desta Corte, que a circunstância de o precedente no "leading case" ainda não haver transitado em julgado não impede venha o Relator da causa a julgá-la, fazendo aplicação, desde logo, da diretriz consagrada naquele julgamento (ARE 909.527-Agr/RS, Rel. Min. LUIZ FUX – ARE 940.027-Agr/PI, Rel. Min. ROSA WEBER – RE 611.683- -Agr/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – RE 631.091-Agr/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.006.958-Agr-ED-ED/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) (...) Não constitui demasia assinalar que a modulação, no tempo, da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de matéria revestida de caráter excepcional, não se presume nem inibe, ante a sua potencial adoção (que exige, mesmo em sede de controle incidental, pronunciamento por maioria qualificada de 2/3 dos juízes desta Corte, consoante acentuado em Questão de Ordem no RE 586.453/SE), a incidência imediata da regra consubstanciada no art. 1.040, I, do CPC/2015, o que afasta, por isso mesmo, eventual alegação de ofensa à autoridade dos julgados do Supremo Tribunal Federal ou da usurpação de sua competência, inviabilizando, em consequência, o acesso à via da reclamação..." (Reclamação nº30.996/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 09 de agosto de 2018, DJe-164 DIVULG 13/08/2018 PUBLIC 14/08/2018).

No sentido do exposto (aplicação do tema desde logo): AI 523706 Agr, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018. Isso porque "a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil sinaliza, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral" (RE 440787 Agr-segundo, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 18-05-2018 PUBLIC 21-05-2018).

Isso basta para se constatar o acerto da posição desta Corte Regional em aplicar, prontamente, o tema decidido em repercussão geral, de modo unânime nesta 6ª Turma (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

No mérito, as razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam chancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (faturado) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

No mais, a Suprema Corte vem aplicando o Tema nº 69 ("O STF, no exame do RE 574.706 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tema 69), firmou entendimento no sentido de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" - RE 883399 Agr, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018).

Nesse mesmo sentido: RE 1100405 Agr, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 11-04-2019 PUBLIC 12-04-2019 - RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018 - AI 523706 Agr, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 01-06-2018 PUBLIC 04-06-2018.

A questão de "qual" ICMS deve ser expurgado do cálculo de PIS/COFINS faz parte do mérito, porquanto a própria Ministra Relatora Carmem Lúcia tratou da matéria, como já acentuamos.

Ainda, a intenção fazendária de que solução de consulta proferida por órgão administrativo se sobreponha ao entendimento do STF e desta Corte Regional, é despropositada uma vez que o Judiciário não se submete às repartições públicas, já que, pela Constituição, o contrário é a verdade.

Tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da demanda), conforme o procedimento já esclarecido alhures, o qual se pauta pelo quanto a lei e a jurisprudência definiram respeito da recuperação de obrigação tributária indevida ou "a maior".

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO QUE FOI ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041522-60.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ENGEPAK EMBALAGENS SAO PAULO S.A., ENGEPAK EMBALAGENS SAO PAULO S.A.
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041522-60.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ENGEPAK EMBALAGENS SAO PAULO S.A., ENGEPAK EMBALAGENS SAO PAULO S.A.
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de juízo de retratação perante acórdão que deu provimento ao apelo interposto pela UNIÃO FEDERAL e ao reexame necessário, denegando a segurança pleiteada por ENGEPAK EMBALAGENS SÃO PAULO LTDA. Segue sua ementa:

TRIBUTÁRIO - IPI NÃO CUMULATIVIDADE INSUMOS ISENTOS. SUJEITOS À ALÍQUOTA ZERO E NÃO TRIBUTADOS - PRODUTO FINAL TRIBUTADO CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - ZONA FRANCA DE MANAUS. 1. O princípio da não-cumulatividade tem como objetivo impedir a incidência sucessiva do tributo nas fases da produção de determinado bem, permitindo que seja descontado o valor pago na etapa anterior. Desse modo, permite-se apenas a compensação do valor pago de IPI na operação anterior, efetuando-se novo cálculo do tributo agora sobre o "novo" produto industrializado. 2. É equivocada a ideia de que o IPI é um imposto sobre o valor agregado, pois vem sendo individualmente tributado em cada etapa do processo produtivo com o mero benefício do desconto do valor cobrado a esse título na etapa anterior. 3. O contribuinte não tem direito a se creditar do IPI relativo a insumos isentos ou com alíquota zero, como se tributados fossem. Os produtos intermediários foram dissolvidos no processo de industrialização do produto final, que será adotado como base de cálculo final para a apuração do IPI devido, não havendo que se falar em créditos fictícios nessa técnica de tributação. 4. A Constituição da República ao tratar do assunto expressamente reconhece a compensação com o montante cobrado, ou seja, incidente nas operações anteriores. Não existindo cobrança, não há o que se compensar, concluindo-se que o texto constitucional realmente estabeleceu a proibição de creditamento nos casos em que não houve cobrança ou pagamento do tributo. 5. Para a compensação, essencial a verificação do ônus tributário, motivo pelo qual inviável nos casos de não-incidência, alíquota zero ou isenção dos insumos. 6. Não há direito automático à escrituração do IPI nessas hipóteses, apenas pela circunstância de não ter a Constituição expressamente afastado a sua possibilidade como fez com o ICMS (artigo 155, parágrafo 2º, II, a). Embora ambos estejam submetidos à regra da não-cumulatividade, o IPI tem regra clara e própria exigindo compensação do montante cobrado nas operações anteriores. 7. O STF vinha entendendo que a não-cumulatividade visava garantir a tributação pelo valor agregado, admitindo o creditamento do IPI nos casos de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributados. Contudo, a questão retornou recentemente discussão na Corte Constitucional (RE 353.657/PR) com forte tendencial posicionamento contrário que afasta o reconhecimento dos precedentes antigos e pacificação da matéria. 8. O critério que considera a alíquota do produto final como parâmetro para apurar o crédito referente ao insumo não encontra respaldo legal e acarreta ofensa aos princípios da isonomia e da essencialidade. 9. Deve ser afastada a alegada ofensa ao artigo 40 do ADCT. Referido dispositivo apenas mantém a Zona Franca de Manaus como área de livre comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, mas não limita a competência tributária dos entes públicos.

Emapertada síntese, pede a impetrante que lhe seja concedida a segurança definitiva para assegurar seu direito de não sofrer qualquer procedimento fiscal em razão do lançamento de créditos do IPI decorrentes de aquisições de produtos isentos da Zona Franca de Manaus, conforme contratos de fornecimento anexos, que deverão ser utilizados quando do pagamento do IPI devido em razão de saídas tributadas.

Após a interposição de recurso extraordinária e o julgamento do RE 592.891 (tema 322 do STF), a Vice-Presidência deste tribunal encaminhou os presentes autos para exame de eventual retratação.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041522-60.1996.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ENGEPACK EMBALAGENS SAO PAULO S.A., ENGEPACK EMBALAGENS SAO PAULO S.A.
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
Advogado do(a) APELADO: LEO KRAKOWIAK - SP26750-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O entendimento deste Relator afirmando que a não cumulatividade do IPI pressupõe "imposto-contra-imposto", mesmo nas aquisições de insumos isentos da *Zona Franca de Manaus*, deve ceder diante do julgamento sobre o tema, com repercussão geral, realizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 25/04/2019, nos Recursos Extraordinários nºs 592.891 e 596.614, ocasião em que a Suprema Corte firmou tese segundo a qual "Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada como comando do art. 40 do ADCT" (Tema 322).

Registro que as respectivas atas de julgamento foram publicadas no DJE nº 98, de 10/05/2019, dando publicidade à tese firmada. Ademais, no dia 20/09/2019 o inteiro teor dos acórdãos foi publicado no Dje. Segue a ementa:

TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DIRETA DE INSUMOS PROVENIENTES DA ZONA FRANCA DE MANAUS. ARTIGOS 40, 92 E 92-A DO ADCT. CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 3º, 43, § 2º, III, 151, I E 170, I E VII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 153, § 3º, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À ESPÉCIE.

O fato de os produtos serem oriundos da Zona Franca de Manaus reveste-se de particularidade suficiente a distinguir o presente feito dos anteriores julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o creditamento do IPI quando em jogo medidas desonerativas.

O tratamento constitucional conferido aos incentivos fiscais direcionados para sub-região de Manaus é especialíssimo. A isenção do IPI em prol do desenvolvimento da região é de interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira. A peculiaridade desta sistemática reclama exegese teleológica, de modo a assegurar a concretização da finalidade pretendida.

À luz do postulado da razoabilidade, a regra da não cumulatividade esculpida no artigo 153, § 3º, II da Constituição, se compreendida como uma exigência de crédito presumido para creditamento diante de toda e qualquer isenção, cede espaço para a realização da igualdade, do pacto federativo, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e da soberania nacional.

Diante do caráter vinculativo dessa decisão plenária do STF (art. 1039 e 1040, III, do CPC/15) caberá a esta Corte aplicá-la, inclusive em sede de juízo de retratação.

Pelo exposto, exerço o juízo de retratação para negar provimento ao apelo da União Federal e ao reexame necessário, mantendo a r. sentença e a concessão da segurança.

É como voto.

EMENTA

JUIZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CREDITAMENTO DE IPI DE PRODUTOS ADQUIRIDOS DA ZONA FRANCA DE MANAUS. RE 592.891. DIREITO AO CREDITAMENTO. CARÁTER VINCULATIVO. EXERCIDO O JUIZO DE RETRATAÇÃO PARA NEGAR PROVIMENTO AO APELO E AO REEXAME OFICIAL.

Julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 592.891 e 596.614, ocasião em que a Suprema Corte firmou tese segundo a qual "Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria-prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime da isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do art. 43, § 2º, III, da Constituição Federal, combinada com o comando do art. 40 do ADCT" (Tema 322). Retratação exercida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, exerceu o juízo de retratação para negar provimento ao apelo e ao reexame necessário, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000860-90.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: L. M. A., M. M. A.
REPRESENTANTE: DANIELA LUZADO MARTINS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO, MUNICIPIO DE SAO PAULO
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000860-90.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
AGRAVANTE: L. M. A., M. M. A.
REPRESENTANTE: DANIELA LUZADO MARTINS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO, MUNICIPIO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência requerida para compelir a parte ré (União Federal, Estado de São Paulo e Município de São Paulo) a custear o fornecimento do medicamento ZOLGENSMA (Onasemnogene abeparvovec).

É narrado na inicial que as autoras Lorena Martins Assad e Maitê Martins Assad, irmãs gêmeas nascidas em 26/10/2018, são portadoras de **atrofia muscular espinhal tipo 1** (CID 10: g 12.0), também conhecida por **Doença Werdnig-Hoffmann**, que se caracteriza como doença neuromuscular de origem genética, autossômica recessiva, que resulta em atrofia muscular progressiva, condição clínica grave que gera reduzida expectativa de vida, com a maioria dos pacientes vindo a óbito entre 2 e 3 anos de idade.

Informa ainda que o tratamento para a doença da qual as autoras são portadoras é realizado sob duas acepções. A primeira, de abordagem *interruptiva* da degeneração, é realizada através do medicamento Nusinersena (**Spinraza**), devidamente registrado junto a ANVISA em data recente, **do qual as menores já fazem uso através de seu convênio médico** por meio de tutela obtida junto à 29ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, em autos de número 1092126-82.2019.8.26.0100, em ação movida contra a operadora de plano de saúde **Amil Assistência Médica Internacional LTDA**.

Aduz, entretanto, que não ocorreu a melhora esperada pela ministração do medicamento Nusinersena (**Spinraza**), emergindo a necessidade de **tratamento suplementar** por meio de terapia *curativa* de tipo genético, que busca *reparar o gene defeituoso*, através da recém-lançada medicação Zolgensma (onasemnogene abeparvovec-xioi), produzida pela empresa Novartis AG, ainda **sem registro na ANVISA**, porém aprovada pelo "FDA-USA" (Food and Drug Administration) desde 24/05/2019.

Justifica o ajuizamento da ação de origem na qual busca **compelir o Poder Público**, com base na concretização de direito fundamental à saúde, a custear a referida terapia genética, já que a operadora do plano de saúde não está juridicamente, em base contratual, obrigada a custear **farmacos alheios** ao registro na ANVISA, além do que o medicamento **Zolgensma** é de altíssimo custo, alcançando mais de dois milhões de dólares cada aplicação.

A d. juíza federal Tatiana Pattaro Pereira indeferiu o pedido de tutela de urgência, constando da **decisão agravada** a seguinte fundamentação:

"Não obstante seja a saúde direito fundamental da pessoa humana, constante do rol de direitos sociais, art. 6º da Constituição, integrante da Seguridade Social, art. 194 da Carta, sendo intrinsecamente ligado aos direitos individuais à vida e à dignidade humana, é incabível o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de forma arbitrária e indiscriminada qualquer que seja o produto pedido e o problema de saúde posto, visto que os recursos com tal destinação não são inesgotáveis, se prestam ao atendimento de necessidades concretas relativas à integridade física e psíquica da pessoa, por meios eficazes e com o melhor custo benefício. Dessa forma, aplicações desnecessárias, inadequadas ou desproporcionais podem levar ao prejuízo de toda a coletividade em favor de interesses individuais ilegítimos.

De fato, sendo limitado o orçamento da saúde, o deslocamento de verba para aquisição de medicamento não inserido na listagem do Ministério da Saúde decerto acarretará deficiência na prestação de outro serviço vinculado ao SUS, por falta de verba.

Assim, pleitos dessa natureza não podem ser analisados sem que seja verificado se o medicamento pretendido é efetivamente necessário, tem eficácia comprovada, está entre os medicamentos fornecidos pelo SUS ou é por um deles intercambiável.

A propósito, vale lembrar que o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no julgamento do REsp nº 1.657.156, sob o rito dos recursos repetitivos, com relação ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do *receituário* e do *laudo médico* (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de *glaucoma crônico bilateral* (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: *azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml*), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os *Protocolos Clínicos incorporados ao SUS* ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: *Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)*. Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a **presença cumulativa dos seguintes requisitos:**

(i) *Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;*

(ii) *incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;*

(iii) *existência de registro na ANVISA do medicamento.*

Por sua vez, o E. Supremo Tribunal Federal, na tese de Repercussão Geral nº 500, concluiu que:

“1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”

No presente caso, o medicamento pleiteado pelas Autoras não é aprovado pela ANVISA, tendo sido aprovado somente pelo FDA (Food and Drug Administration), órgão americano responsável por avaliar medicamentos.

A propósito da análise da aprovação do medicamento pelo FDA, vale citar alguns trechos do parecer apresentado pela União (ID [26521133](#))

“(…)

Aspectos regulatórios

O Food and Drug Administration (FDA) aprovou a comercialização nos Estados Unidos do onasemnogene abeparvovec-xioi, com o nome comercial de Zolgensma®, em maio de 2019. A indicação na bula americana incluiu o uso para o tratamento de AME em pacientes pediátricos com menos de dois anos de idade com mutações bi-aliélicas no gene SMN1 [US-FDA 2019a].

O onasemnogene abeparvovec-xioi ainda não foi avaliado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e não pode ser comercializado no mercado brasileiro. Até o momento de elaboração deste PTC ainda também não havia sido aprovado pela European Medicines Agency (EMA) para comercialização na Europa.

Informações econômicas

A estimativa do custo mensal e/ou anual referente ao tratamento com o Zolgensma® no Brasil foi estabelecida a partir da conversão em reais de seu custo dos Estados Unidos, uma vez que o medicamento ainda não tem aprovação para ser comercializado no País. O custo da dose única de Zolgensma® seria de aproximadamente oito milhões de reais.

Disponibilidade no SUS

O onasemnogene abeparvovec-xioi não está disponível no SUS.

Disponibilidade na Saúde Suplementar

O onasemnogene abeparvovec-xioi não está disponível na Saúde Suplementar.

Descrição de tecnologias alternativas (comparadores)

Atualmente, as opções terapêuticas disponíveis para AME no SUS incluem terapias não medicamentosas multidisciplinares incluindo medidas gerais de suporte com intervenções de fisioterapia, cuidados respiratórios, terapia nutricional suplementar, fonoaudiologia, etc).

Em abril de 2019, a Conitec recomendou a incorporação do nusinersena para a AME tipo 1 subtipos B/C, forma mais grave e mais prevalente da doença, que representa 58% dos casos diagnosticados no Brasil [Conitec 2019].

Para os tipos II e III, o Ministério da Saúde disponibiliza o nusinersena sob a modalidade de compartilhamento de risco. Nestes casos, todos os pacientes serão acompanhados por especialistas, terão seus dados clínicos coletados rotineiramente durante três anos para permitir a avaliação dos efeitos do medicamento.

O nusinersena é um medicamento administrado por via intratecal. Cada frasco de 5 mL contém 12 mg de nusinersena (2,4 mg/mL). A posologia recomendada é de 12 mg (5 mL) por dose administrada nos dias 0, 14, 28 e 63. Posteriormente, deve-se administrar uma dose de manutenção a cada quatro meses.

“(…)

Aspectos de eficácia e segurança

Foram identificados dois estudos finalizados (coortes experimentais únicos, sem grupo comparador – estudos de fase 1/2) e seis estudos em andamento. Os resultados disponíveis dos dois estudos finalizados (NCT02122952 com dados de 12 participantes e NCT03306277 com dados de 22 participantes) mostram algum efeito do onasemnogene abeparvovec-xioi para pacientes com AME em fases iniciais. No entanto, a falta de um grupo comparador direto, limita a avaliação de sua eficácia e segurança. O risco de viés dos dois estudos é alto para quase todos os critérios avaliados. Outros seis estudos em andamento foram identificados e seus resultados estarão disponíveis em breve.

Sobre os critérios metodológicos, este PTC identificou aspectos críticos no planejamento, na condução e no relato dos estudos clínicos que se propõem a avaliar os efeitos do onasemnogene abeparvovec-xioi no tratamento de pacientes com AME. Tais aspectos se associam a elevado risco de viés, o que repercuta na certeza que temos no corpo final das evidências existentes até o momento.

Nenhum dos estudos identificados no PTC (finalizados ou em andamento) tem o delineamento de um ensaio clínico randomizado duplo-cego, considerado o desenho de estudo primário mais adequado para avaliar efeitos de intervenções em saúde. Todos os estudos são abertos, sem mascaramento, sem grupo comparador paralelo e não são randomizados. Muitas vezes, o fato de a condição de interesse ser rara é apontado, muitas vezes, como justificativa para a escolha de diferentes desenhos de estudo [Riera 2019]. Entretanto, estudos meta-epidemiológicos têm mostrado que a ausência ou a deficiência nos métodos de randomização, de manutenção do sigilo de alocação e de mascaramento são capazes de alterar a estimativa do efeito de uma intervenção, seja na direção ou no tamanho [Moher 1998].

Outras limitações metodológicas, que contribuem para a redução da confiabilidade no processo de condução, análise e relato dos dados, dizem respeito (a) à discutível relevância clínica de muitos dos desfechos relatados pelos autores dos estudos e (b) à redefinição dos desfechos ao longo da execução do estudo.

Pontua-se aqui que, na ausência de estudos com grupos para comparação direta, os resultados dos dois estudos finalizados têm sido comparados indiretamente com dados de coortes históricas de pacientes com AME. Os resultados das comparações indiretas parecem mostrar algum benefício com o uso do onasemnogene abeparvovec-xioi. No entanto, as mesmas limitações metodológicas apresentadas acima estão presentes em estudos de comparações indiretas, adicionando-se a presença de diferenças entre as características dos dois grupos indiretamente comparados que não podem ser ignoradas, pois não houve um processo de randomização.

Quanto à aplicabilidade dos achados (validade externa), é importante salientar que os efeitos do onasemnogene abeparvovec-xioi ainda não foram investigados para casos avançados de AME, o que limita a extrapolação dos resultados existentes para essa subpopulação de pacientes. Além disso, os efeitos no longo prazo e os efeitos associados ao uso de mais de uma dose do medicamento ainda também não são conhecidos.

“(…)

CONCLUSÕES

Conclusões finais de eficácia e segurança.

As evidências disponíveis sobre a eficácia e a segurança do onasemnogene abeparvovec-xioi para o tratamento da AME são insuficientes para qualquer conclusão válida. Deste modo, a recomendação para seu uso é INCERTA, sendo que os resultados dos estudos em andamento podem mudar qualquer conclusão.”

Cumpre, ainda, registrar trecho do artigo médico juntado pela União que informa que “de acordo com divulgação da FDA, aproximadamente um mês após a aprovação do medicamento, a agência foi informada pela AveXis Inc. sobre um problema de manipulação de dados dos testes do produto realizados em animais na fase pré-clínica dos estudos⁷. Essa informação não fez com que a FDA retirasse a aprovação do medicamento, pois consideraram que isso não alterou os resultados positivos que sustentam o perfil de risco/benefício dos estudos em humanos.” (ID [26521135](#)).

E mais adiante o artigo suscita que "A discussão em torno da aprovação do Zolgensma® pela FDA levanta uma discussão paralela sobre os critérios metodológicos assumidos por agências regulatórias mundiais para aprovação da comercialização de medicamentos, especificamente no cenário de doença raras, e medicamentos órfãos, com custos extremamente elevados. Nesse sentido, podem ser identificados pontos críticos relacionados aos métodos usados na condução dos estudos clínicos que embasaram o processo de regulamentação do Zolgensma® na FDA. Tais pontos podem ter repercussões na qualidade dos resultados desses estudos e na certeza relacionadas ao corpo final das evidências existentes até o momento." (ID 26521135).

Assim, ao menos nesta análise de cognição sumária, entendo que a aprovação do medicamento pleiteado pelo FDA não é por si só suficiente para justificar a sua concessão, considerando as dúvidas suscitadas quanto aos estudos clínicos realizados.

Ademais, há que ser considerado o altíssimo custo do medicamento, que é considerado o remédio mais caro do mundo, bem como que as Autoras já estão sendo tratadas com o medicamento Spinzaza fornecido pela AMIL, que é mundialmente indicado - há bastante tempo - para o tratamento da doença que as acomete, sendo certo que não foram juntados aos autos documentos que comprovem efetivamente um melhor prognóstico da doença pela utilização do medicamento **Zolgensma** ao invés do Spinzaza.

Ante o exposto, **INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA.**"

Nas **razões recursais** a parte agravante sustenta que "é enganosa, beirando as raias da insensatez, a tese do "cobertor curto", segundo o qual a prestação de dever constitucional do atendimento a saúde de alguns, priva o direito de outros". No ponto, aduz que o orçamento do Ministério da Saúde dispõe de recursos significativos, cuja implementação não se dá na totalidade por ineficiência "do governo".

Alega também que o medicamento fornecido pelo SUS representará um gasto muito superior por exigir uso contínuo, ao contrário da terapia genética pleiteada, que é ministrada uma única vez. De todo modo, as autoras colocam à disposição os recursos que seus genitores obtiveram mediante arrecadação pública que fizeram via "vaquinha on line", atualmente em aproximados R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), para que não se diga que o fornecimento do medicamento abalará o sistema de saúde.

Argumenta ainda que a ausência de registro na Anvisa não é empecilho para a obtenção da tutela já que o caso presente envolve doença ultrarrara e, ademais, existe registro do medicamento solicitado em renomada agência de regulação no exterior.

Por fim, afirma que não há no Brasil substituto terapêutico para tratamento de AME 5q Tipo 1, posto que não existe ainda a terapia gênica no País para tanto, não sendo possível considerar *Zolgensma* e *Spinzaza* como biossimilares ou substitutos terapêuticos um do outro.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 122303809); consta a interposição de agravo interno (ID 123093918), com posterior pedido de desistência daquele recurso (ID 123777807), enfatizando a agravante a necessidade de julgamento célere do agravo de instrumento, especialmente em razão da existência de *fato novo* (ID 123772025) consistente em informações da ANVISA em resposta a pedido de registro da substância Zolgensma.

Recurso respondido pela parte agravada (ID 123373161 – Município de São Paulo; ID 123632671 – Fazenda Pública do Estado de São Paulo; ID 123766661 – União Federal).

Parecer do Ministério Público Federal pelo improvinimento do recurso (ID 126560086).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000860-90.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: L. M. A., M. M. A.

REPRESENTANTE: DANIELA LUZADO MARTINS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,

Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIANA FERNANDES FABRICIO - SP214508,

AGRAVADO: UNIAO FEDERAL, ESTADO DE SAO PAULO, MUNICIPIO DE SAO PAULO

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

A r. decisão recorrida, da lavra da culta e operosa sr^a Juíza Tatiana Pattaro Pereira está excelentemente fundamentada e bem demonstra a ausência de plausibilidade do direito invocado. Seus fundamentos ficam aqui explicitamente acolhidos "per relationem" (STF: Rcl4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 08-06-2016 PUBLIC 09-06-2016 - AgInt nos EDEl no AREsp 595.004/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018).

Apesar de ser impossível não se comover com a situação de saúde de duas meninhas de tenra idade, outras considerações podem ser aduzidas em abono da decisão guerreada, que está a léguas de ser "insensata".

A jurisprudência formada no Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux (Tema 793), é no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de **pessoas hipossuficientes**. Nesse sentido: RE 1193032 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 07-11-2019 PUBLIC 08-11-2019.

Importante considerar que a jurisprudência maciçamente se dirige a pessoas **hipossuficientes**, de modo que não é irrelevante considerar que a família das menores - com residência nesta Capital na Rua Itapaína, nº 1800, apto 103, Cep: 05707-001 - encontra-se (felizmente) muito longe da condição de hipossuficiência, inclusive dispendo de plano de saúde que já lhe fornece a medicação mais enova, à exceção do Zolgensma.

Assim, embora não se pode descartar o **custo fantástico** do medicamento - que beira a irrealdade - **não se trata de família em condição de pobreza e as crianças não estão desassistidas** como ocorre - ou ocorria, antes do SUS adotar o Spinzaza - com a imensa maioria dos brasileiros acometidos pela cruel moléstia, em favor de quem, por várias vezes este Relator determinou o fornecimento dessa medicação pelo Poder Público.

Além disso, consoante o precedente do Supremo Tribunal Federal nos autos da STA nº 175, há que ser considerada a motivação do Poder Público para a não promoção de determinada ação de saúde pelo SUS, pois há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender inexistirem *evidências científicas* suficientes para autorizar sua inclusão (STP 101 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-277 DIVULG 12-12-2019 PUBLIC 13-12-2019).

A situação revelada nos autos muito se aproxima desse cenário.

Até o momento em que distribuídos a ação e também este recurso não havia notícia de que alguém tivesse se dirigido à ANVISA postulando o registro do medicamento no Brasil, de modo que é injusto falar em qualquer "omissão" das autoridades sanitárias locais.

No ponto, destaco que não será o agravo de instrumento a sede adequada para análise e discussão a respeito de *documento novo* juntado pela agravante.

Aliás, a Comissão Europeia de Medicamentos também não licenciou o fármaco.

Além disso, no único país em que o fármaco foi oficialmente admitido, os Estados Unidos através da FDA, surgiram sérias dúvidas sobre a lisura dos testes de eficácia do medicamento enquanto usado em cobaias não humanas, conforme delação formalizada pela empresa *AveXis Inc.* e que gerou de parte da multinacional suíça Novartis a admissão de que houve manipulação de resultados no curso de testes com animais, conforme declaração de 7 de agosto de 2019 feita pelo executivo Vasant Narisimhan. Na verdade, os sites de internet que veiculam assuntos farmacêuticos esclarecem que o processo de elaboração do Zolgensma não foi o mesmo desde que o fármaco foi inventado e a manipulação de dados foi realizada ao se comparar a versão que é a atual com uma que era anterior.

A FDA, embora conhecendo a *fraude* nos testes com animais, resolveu manter o fármaco registrado porque haveria indicação de sucesso quando aplicado em seres humanos, tudo conforme *statement* publicado pela agência em 6 de agosto de 2019 e assinado pelo Dr. Peter Marks M.D., PhD.

Mas a “generosidade” da FDA-USA para com a poderosa multinacional suíça Novartis, não retira a falta de ética perpetrada por seus cientistas na obtenção de resultados favoráveis por meio de “manipulação” dos testes; na verdade, em abril de 2019 o uso do Zolgensma para tratamento da AME foi regulamentado nos Estados Unidos pela FDA com base em dois estudos clínicos **abertos** (sem mascaramento), **sem grupo comparador paralelo** (e, portanto, não randomizados); os especialistas consideram que essas limitações metodológicas aumentam a incerteza nos resultados encontrados e propalados pela multinacional suíça Novartis. Diz-se, ainda, que para o sucesso comercial do medicamento a Novartis vai precisar convencer o mercado de que apenas uma dose do remédio mais caro do mundo será *suficiente* para a vida toda, ou seja, de que uma injeção vai curar a pessoa.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (TERAPIA GÊNICA *IN VIVO* – ZOLGENSMA). NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STJ (TEMA 106) E STF (TEMAS 500 E 793). RECURSO IMPROVIDO, MANTENDO-SE DECISÃO AGRAVADA SEGUNDO A TÉCNICA *PER RELATIONEM*.

1. O medicamento pleiteado pelas Autoras não é aprovado pela ANVISA, tendo sido aprovado somente pelo FDA (Food and Drug Administration), órgão americano responsável por avaliar medicamentos. Aliás, no único país em que o fármaco foi oficialmente admitido, os Estados Unidos através da FDA, surgiram sérias dúvidas sobre a lisura dos testes de eficácia do medicamento enquanto usado em cobaias não humanas, conforme delação formalizada pela empresa *AveXis Inc.* e que gerou de parte da multinacional suíça Novartis a admissão de que houve manipulação de resultados no curso de testes com animais, conforme declaração de 7 de agosto de 2019 feita pelo executivo Vasant Narisimhan. Na verdade, os sites de internet que veiculam assuntos farmacêuticos esclarecem que o processo de elaboração do Zolgensma não foi o mesmo desde que o fármaco foi inventado e a manipulação de dados foi realizada ao se comparar a versão que é a atual com uma que era anterior.

2. Embora não se pode descartar o custo fantástico do medicamento - que beira a irrealidade - não se trata de família em condição de pobreza e as crianças não estão desassistidas como ocorre - ou ocorria, antes do SUS adotar o Spinraza - com a imensa maioria dos brasileirinhos acometidos pela cruel moléstia, em favor de quem, por várias vezes este Relator determinou o fornecimento dessa medicação pelo Poder Público.

3. Agravo de instrumento a que se nega provimento, restando prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento, restando prejudicado o agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003008-78.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: AUTA TRAMONTI FORMICE, VITORIO RAFAEL FORMICE, IZIDE APARECIDA FORMICE GIORGETTI

SUCEDIDO: VALTER FORMICE

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003008-78.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: AUTA TRAMONTI FORMICE, VITORIO RAFAEL FORMICE, IZIDE APARECIDA FORMICE GIORGETTI

SUCEDIDO: VALTER FORMICE

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por **AUTA TRAMONTI FORMICE E OUTROS**, contra a decisão monocrática prolatada nos seguintes termos:

"(...)

Trata-se de recurso de apelação interposto por AUTA TRAMONTI FORMICE e OUTROS, nos autos da ação de execução provisória de sentença promovida em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100, intentada pelo IDEC contra a CEF, a qual foi julgada procedente para o reconhecimento da incidência de expurgos inflacionários em caderneta de poupança, decorrentes de planos econômicos.

A r. sentença declarou extinto o feito, sem resolução do mérito, a teor do artigo 485, VI, do Código do Processo Civil, diante do reconhecimento de ausência de interesse de agir dos autores, decorrente de inexistência de trânsito em julgado da Ação Civil Pública a qual se pretende executar, bem como em razão da falta de parâmetros para que seja apurado o quantum devido e pela impossibilidade de identificar quem serão os reais beneficiários da decisão proferida em ação coletiva, visto que as referidas questões pendem de recursos nas instâncias superiores. Sem condenação em honorários advocatícios.

Em suas razões de apelação, os autores aduzem, em síntese, que a r. sentença resta prejudicada, diante Acordo Coletivo firmado entre os representantes dos poupadores (FEBRAPO e IDEC) e representantes dos bancos (FEBRABAN e CONSIF), mediado pela AGU e já homologado pelo STF, em sede de repercussão geral no RE 626.307/SP e na ADF 165 (decisão ad referendum pelo Plenário – Dje nº 45 de 09/03/2018), eis que se está diante de um título executivo judicial, nos moldes do artigo 515, I, do CPC. Afirmam que a extinção se deu de forma precipitada, malferindo o princípio da congruência, nos termos do artigo 141 c/c artigo 492, do CPC. Alegam que na petição assinada e protocolada pelo Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal junto ao RE 626.307/SP, o banco apelado adere integralmente ao Acordo Coletivo, de modo que não cabe ao julgador singular causar lesão e ameaça aos direitos dos apelantes, sob pena de derrocar a única chance de recebimento de valores que lhe foram defraudados há quase 30 anos, com a implantação da maldadada Lei nº 7.730/89 – Plano Verão, razão pela qual possuem direito à executar provisoriamente a sentença. Por fim, manifestam interesse no acordo entabulado entre os representantes dos poupadores e os bancos, mediado pela AGU, eis que a ACP nº 0007733-75.1993.4.03.6100 irá ser extinta por transação, de acordo, com o artigo 487, III, b, do CPC).

Paracer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso. (ID. 108380021).

Com contrarrazões, vieram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: "Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia -se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas." ("Curso de Processo Civil", 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido."

(ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017).

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Cinge-se a controvérsia na possibilidade de cumprimento de sentença provisório, para fim de habilitação em créditos, nos autos da Ação Civil Pública nº 00007733-75.1993.4.03.6100, em que a Caixa Econômica Federal foi condenada ao pagamento de diferença de correção monetária e juros moratórios aos titulares de caderneta de poupança, neste caso, relativamente ao mês de janeiro de 1989.

A aludida Ação Civil Pública se encontra suspensa pelo C. STF, consoante ao decidido nos autos do RE 626.307/SP, em sede de Repercussão Geral, não havendo que se falar em trânsito em julgado, consequentemente, há impossibilidade de início da fase executiva pretendida pelos apelantes.

Confira-se entendimento consolidado por esta Egrégia Corte Regional:

"E M E N T A PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLANOS ECONÔMICOS. CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RE 626.307. SOBRESTAMENTO PELO STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. RECURSO DE APELAÇÃO, DESPROVIDO. 1. No caso dos autos, pretendem os autores, ora apelantes, a liquidação da sentença, oriunda de decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.403.6100, relacionados a diferenças de correção monetária de depósitos em caderneta de poupança. 2. O cumprimento de sentença deve ser desflagrado nos mesmos autos da ação de conhecimento originária, a qual se encontra suspensa perante o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 626.307/SP), o que impossibilita a prossecução à fase executiva subsequente, ainda que provisória, restando, portanto, configurada a ausência de interesse de agir dos apelantes. 3. Recurso de apelação desprovido. (ApCiv 5025595-94.2018.4.03.6100, Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, TRF3 - 3ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 15/07/2019.)"

"E M E N T A PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO INDIVIDUAL ORIUNDA DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO COLETIVA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. DISCUSSÃO ACERCA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS RELATIVOS AO PLANO VERÃO. SUSPENSÃO DOS FEITOS POR DETERMINAÇÃO DA CORTE SUPREMA. - O tema relativo à incidência de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança por modificação de plano econômico está suspenso por determinação do Supremo Tribunal Federal, consoante decisão proferida nos Recursos Extraordinários nº 626.307/SP e nº 591.797/SP, de modo que a tramitação da Ação Civil Pública nº 00007733-75.1993.4.03.6100, em que se discute a mesma questão jurídica, objeto da presente execução fiscal, está suspensa. De outro lado, a corte superior firmou o entendimento de que também devem ser sobrestadas as execuções individuais oriundas de sentença não transitadas em julgado proferidas em ação coletiva de cobrança de expurgos inflacionários relacionados ao Plano Verão. - Descabidos os pedidos provisórios de cumprimento de sentença, nos termos do artigo 520 do CPC/2015, à vista da referida suspensão, o que acarreta ausência de interesse de agir. Assim, é de rigor a manutenção da sentença embora por fundamento diverso e, por consequência, resta prejudicada a análise das demais questões suscitadas pelas partes. - Apelação desprovida. (ApCiv 5025982-46.2017.4.03.6100, Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE NETO, TRF3 - 4ª Turma, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 27/06/2019.)"

Diante disso, estando a Ação Civil Pública em discussão abarcada pela ordem de sobrestamento, não há como dar andamento à execução pretendida, ainda que de forma provisória, devendo ser mantida a sentença que extinguiu o processamento sem julgamento do mérito, pela ausência de interesse processual.

Ainda, não se pode olvidar que o cumprimento de sentença, nos moldes das alterações trazidas pela Lei nº 11.232/2005, inaugurou o sincretismo processual, de maneira a possibilitar que a fase de execução fosse realizada nos autos do processo principal. Diante disso, resta inviabilizada a possibilidade de execução, mesmo que provisória, uma vez que os autos da ação principal estão suspensos, sem ocorrência do trânsito em julgado da decisão de mérito.

Com relação ao pedido subsidiário, relativo à possibilidade de adesão ao acordo judicial, referida questão deve ser realizada nos autos da ação principal.

Por fim, anoto que eventuais outros argumentos trazidos nos autos ficam superados e não são suficientes para modificar a conclusão baseada nos fundamentos ora expostos.

Diante de todo o exposto, **nego provimento ao recurso de apelação, mantendo íntegra a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.**

Publique-se e Int.

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

(...)"

Sem contrarrazões ao recurso.

É o relatório do essencial.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003008-78.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: AUTA TRAMONTI FORMICE, VITORIO RAFAEL FORMICE, IZIDE APARECIDA FORMICE GIORGETTI

SUCEDIDO: VALTER FORMICE

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

Ressalto que a vedação insculpida no art. 1.021, §3º do CPC/15 contrapõe-se ao dever processual estabelecido no §1º do mesmo dispositivo, que determina:

Art. 1.021. (...) § 1º Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificadamente os fundamentos da decisão agravada.

Assim, se a parte agravante apenas reitera os argumentos ofertados na peça anterior, sem atacar com objetividade e clareza os pontos trazidos na decisão que ora se objurga, com fundamentos novos e capazes de infirmar a conclusão ali manifestada, decerto não há que se falar em dever do julgador de trazer novéis razões para rebater alegações genéricas ou repetidas, que já foram amplamente discutidas.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao agravo interno.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003008-78.2018.4.03.6100

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

APELANTE: AUTA TRAMONTI FORMICE, VITORIO RAFAEL FORMICE, IZIDE APARECIDA FORMICE GIORGETTI

SUCEDIDO: VALTER FORMICE

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N,

APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL

PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os apelantes insurgem-se contra a extinção do cumprimento provisório de sentença proferida nos autos da ação civil pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100. Tal demanda coletiva foi ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC objetivando “reaver aos clientes de caderneta de poupança diferença da correção monetária” o período de janeiro de 1989, ou seja, referente ao Plano Verão.

A respeito dos planos econômicos, é notório que o Supremo Tribunal Federal (RE 591797, RE 626307, AI 754745) determinou o sobrestamento de todos os recursos sobre tal matéria, o que inviabiliza o processamento da liquidação e cumprimento de sentença provisório pretendidos no presente feito, conduzindo à sua extinção sem julgamento de mérito, por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Isso porque, na esteira de diversos acórdãos desta C. Turma, “*estando suspenso o processo principal, não há como dar prosseguimento à fase processual executiva que lhe é subsequente, ainda que de forma provisória*” (AC 0016424-43.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 05/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/05/2016).

Ainda nesse sentido:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO/LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SUSPENSO PELO STF. FALTA INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A questão vertida nos autos consiste em cumprimento provisório de sentença ajuizada pelo exequente em face da Caixa Econômica Federal, visando à habilitação de crédito/liquidação por artigos, nos termos dos artigos 475-E c/c 475-O, do Código de Processo Civil, decorrente de crédito fixado em decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100 - expurgos inflacionários.

II - O STF determinou o sobrestamento de todos os recursos que se refiram à incidência de expurgos inflacionários supostamente ocorridos nos Planos Econômicos Bresser e Verão. A ação civil pública que embasa a presente execução trata exatamente do assunto da repercussão geral reconhecida pelo Supremo.

III - Se houve determinação para suspensão do processo em fase recursal, não há como admitir o processamento do cumprimento provisório da respectiva condenação, tendo em vista ser esta mera fase do processo sincrético, nos termos da Lei 11.232/05. Desta forma, estando suspenso o processo principal, não há como dar prosseguimento à fase processual executiva que lhe é subsequente, ainda que de forma provisória, independentemente do local de residência dos autores.

IV. Evidencia-se, portanto, que na ação civil pública originária é que cabe discutir e, ao fim, definir os limites objetivos e subjetivos da condenação e de eventual coisa julgada para fins de execução, questão condizente com a natureza e alcance da ação civil pública ajuizada e legislação aplicável. No caso, como foi dito, existe acórdão desta Corte, fixando o alcance da sentença condenatória, considerando a própria extensão da competência do órgão prolator da decisão, não sendo, pois, possível postular a execução provisória quanto à condenação, sem atentar para os respectivos limites objetivos e subjetivos, estes definidos, apenas de forma ainda provisória, pelo critério assentado, mas que, de qualquer modo, não se presta a socorrer a pretensão ora deduzida.

V. Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0018338-11.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO/LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SUSPENSO PELO STF. FALTA INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A questão vertida nos autos consiste em cumprimento provisório de sentença ajuizada pelo exequentes em face da Caixa Econômica Federal, visando à habilitação de crédito/liquidação por artigos, nos termos dos artigos 475-E c/c 475-O, do Código de Processo Civil, decorrente de crédito fixado em decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100 - expurgos inflacionários.

II - O STF determinou o sobrestamento de todos os recursos que se refiram à incidência de expurgos inflacionários supostamente ocorridos nos Planos Econômicos Bresser e Verão. A ação civil pública que embasa a presente execução trata exatamente do assunto da repercussão geral reconhecida pelo Supremo.

III - Se houve determinação para suspensão do processo em fase recursal, não há como admitir o processamento do cumprimento provisório da respectiva condenação, tendo em vista ser esta mera fase do processo sincrético, nos termos da Lei 11.232/05. Desta forma, estando suspenso o processo principal, não há como dar prosseguimento à fase processual executiva que lhe é subsequente, ainda que de forma provisória, independentemente do local de residência dos autores.

IV. Evidencia-se, portanto, que na ação civil pública originária é que cabe discutir e, ao fim, definir os limites objetivos e subjetivos da condenação e de eventual coisa julgada para fins de execução, questão condizente com a natureza e alcance da ação civil pública ajuizada e legislação aplicável. No caso, como foi dito, existe acórdão desta Corte, fixando o alcance da sentença condenatória, considerando a própria extensão da competência do órgão prolator da decisão, não sendo, pois, possível postular a execução provisória quanto à condenação, sem atentar para os respectivos limites objetivos e subjetivos, estes definidos, apenas de forma ainda provisória, pelo critério assentado, mas que, de qualquer modo, não se presta a socorrer a pretensão ora deduzida.

V. Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0010690-14.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO/LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SUSPENSO PELO STF. FALTA INTERESSE DE AGIR. APELAÇÃO DESPROVIDA.

I. A questão vertida nos autos consiste em cumprimento provisório de sentença ajuizada pelo exequente em face da Caixa Econômica Federal, visando à habilitação de crédito/liquidação por artigos, nos termos dos artigos 475-E c/c 475-O, do Código de Processo Civil, decorrente de crédito fixado em decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100 - expurgos inflacionários.

II - O STF determinou o sobrestamento de todos os recursos que se refiram à incidência de expurgos inflacionários supostamente ocorridos nos Planos Econômicos Bresser e Verão. A ação civil pública que embasa a presente execução trata exatamente do assunto da repercussão geral reconhecida pelo Supremo.

III - Se houve determinação para suspensão do processo em fase recursal, não há como admitir o processamento do cumprimento provisório da respectiva condenação, tendo em vista ser esta mera fase do processo sincrético, nos termos da Lei 11.232/05. Desta forma, estando suspenso o processo principal, não há como dar prosseguimento à fase processual executiva que lhe é subsequente, ainda que de forma provisória, independentemente do local de residência dos autores.

IV. Evidencia-se, portanto, que na ação civil pública originária é que cabe discutir e, ao fim, definir os limites objetivos e subjetivos da condenação e de eventual coisa julgada para fins de execução, questão condizente com a natureza e alcance da ação civil pública ajuizada e legislação aplicável. No caso, como foi dito, existe acórdão desta Corte, fixando o alcance da sentença condenatória, considerando a própria extensão da competência do órgão prolator da decisão, não sendo, pois, possível postular a execução provisória quanto à condenação, sem atentar para os respectivos limites objetivos e subjetivos, estes definidos, apenas de forma ainda provisória, pelo critério assentado, mas que, de qualquer modo, não se presta a socorrer a pretensão ora deduzida.

V. Apelação desprovida.”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0006910-32.2015.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO/LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCESSO SUSPENSO PELO STF. FALTA INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 557, CAPUT, DO CPC. AGRVO LEGAL DESPROVIDO.

I. A decisão monocrática ora atacada foi proferida segundo as atribuições conferidas ao Relator do recurso pela Lei nº 9.756/98, que deu nova redação ao artigo 557 do Código de Processo Civil, ampliando seus poderes para não só para indeferir o processamento de qualquer recurso (juízo de admissibilidade - caput), como para dar provimento a recurso quando a decisão se fizer em confronto com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (juízo de mérito - § 1º-A).

II. A questão vertida nos autos consiste em cumprimento provisório de sentença ajuizada pelos exequentes em face da Caixa Econômica Federal, visando à habilitação de crédito/liquidação por artigos, nos termos dos artigos 475-E c/c 475-O, do Código de Processo Civil, decorrente de crédito fixado em decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0007733-75.1993.4.03.6100 - expurgos inflacionários.

III - O STF determinou o sobrestamento de todos os recursos que se refiram à incidência de expurgos inflacionários supostamente ocorridos nos Planos Econômicos Bresser e Verão. A ação civil pública que embasa a presente execução trata exatamente do assunto da repercussão geral reconhecida pelo Supremo.

IV - Se houve determinação para suspensão do processo em fase recursal, não há como admitir o processamento do cumprimento provisório da respectiva condenação, tendo em vista ser esta mera fase do processo sincrético, nos termos da Lei 11.232/05. Desta forma, estando suspenso o processo principal, não há como dar prosseguimento à fase processual executiva que lhe é subsequente, ainda que de forma provisória, independentemente do local de residência dos autores.

V. Ressalte-se que não se aplica ao caso em questão o entendimento fixado nos Recursos Especiais n.ºs 1.243.887/PR e 1.391.198/RS, representativos de controvérsia, ao passo que naqueles autos não houve a limitação subjetiva quanto aos associados, tampouco quanto ao território do órgão julgador.

VI. Como se vê, a decisão agravada resolveu de maneira fundamentada as questões discutidas na sede recursal, na esteira da orientação jurisprudencial já consolidada em nossas cortes superiores acerca da matéria. O recurso ora interposto não tem, em seu conteúdo, razões que impugnem com suficiência a motivação exposta na decisão monocrática.

VII. Agravo legal dos autores desprovido. ”

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0011529-39.2014.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 10/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/03/2016)

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou na mesma linha em hipótese análoga:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PELA AGRAVANTE CONTRA A MESMA DECISÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE E DA PRECLUSÃO CONSUMATIVA. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRETENSÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO DESTE TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO, EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIALIBILIDADE.

1. “Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar; por força do princípio da unirrecorribilidade e da preclusão consumativa”. (AgRg no AREsp 191.042/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, DJe 25/06/2014).

2. Por outro lado, não se revela viável, no caso, a execução provisória do acórdão proferido por este Tribunal (AgRg nos EDcl no REsp 770.964/GO), tendo em vista a pendência de julgamento do recurso extraordinário (interposto no processo originário), o qual foi sobrestado em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do RE 593.849/MG (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9.10.2009), no qual se discute a possibilidade da restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, ou seja, o próprio mérito do caso concreto. Ressalte-se que tal circunstância fundamentou o reconhecimento da ausência de afronta de decisão desta Corte, quando do julgamento do AgRg nos EDcl na Rel 12.581/GO (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 20.9.2013).

3. Agravo regimental não provido. Embargos de declaração não conhecidos. ”

(AgRg no REsp 1467221/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014)

Ante ao exposto, nego provimento à apelação.

É o voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. APELAÇÃO. ART. 1.021, § 3º DO NCPC. REITERAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

- A VEDAÇÃO INSCULPIDA NO ART. 1.021, §3º DO CPC/15 CONTRAPÕE-SE AO DEVER PROCESSUAL ESTABELECIDO NO §1º DO MESMO DISPOSITIVO.

- SE A PARTE AGRAVANTE APENAS REITERA OS ARGUMENTOS OFERTADOS NA PEÇA ANTERIOR, SEM ATACAR COM OBJETIVIDADE E CLAREZA OS PONTOS TRAZIDOS NA DECISÃO QUE ORA SE OBJURGA, COM FUNDAMENTOS NOVOS E CAPAZES DE INFIRMAR A CONCLUSÃO ALI MANIFESTADA, DECERTO NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DEVER DO JULGADOR DE TRAZER NOVÉIS RAZÕES PARA REBATER ALEGAÇÕES GENÉRICAS OU REPETIDAS, QUE JÁ FORAM AMPLAMENTE DISCUTIDAS.

- AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012868-69.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: CID MARAIA DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012868-69.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: CID MARAIA DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi Salvo, Relator:

Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL contra sentença que julgou procedente o pedido de CID MARAIA DE ALMEIDA, decretando a nulidade de lançamento tributário do IRPF 2017, mais precisamente, a glosa de deduções referentes a pagamentos de pensão alimentícia e plano de saúde determinados judicialmente.

Em síntese, o autor aduz que, por decisão judicial proferida em Ação de Divórcio, foi estabelecida a pensão alimentícia de R\$2.500,00 a Daisy Maria de Sá a partir de 01/04/95, corrigida pelo IPC-R, além do pagamento do convênio médico. Em 29/04/1998, a pensão foi reajustada para R\$ 3.842,88, para pagamento a partir de 01/05/1998, no primeiro dia de cada mês, atualizada mensalmente pelo IGP-M-FGV, mantendo-se a obrigação do autor ao pagamento do convênio médico a ex-esposa. Relata que a Receita Federal glosou integralmente a dedução da pensão alimentícia (que englobava também o valor pago pelo convênio médico) no ano-calendário 2016, no montante de R\$ 218.505,44, sendo R\$ 120.576,00 o valor da pensão e R\$ 97.929,44, o valor despendido com o convênio médico AMIL, pela ausência de comprovação de que fora o próprio contribuinte o pagador das despesas, já que tais pagamentos foram feitos pela sociedade CILASI ALIMENTOS S/A, da qual o autor é sócio e Diretor Administrativo. Por tais fatos, a Receita efetuou o Lançamento do Imposto de Renda Pessoa Física nº 2017/677499409893606, notificando o autor a recolher o valor de R\$ 86.402,62, que foi mantido, após impugnação.

Deu-se à causa o valor de R\$ 86.402,62.

O juízo julgou procedente o pedido, comprovado o pagamento da pensão alimentícia e que os depósitos realizados pela supracitada empresa foram descontados do valor recebido a título *pro labore* pelo autor. A União foi condenada ao ressarcimento de custas e ao pagamento de honorários, fixados em 10% sobre o valor atualizado do crédito tributário desconstituído (132447356).

A União interpsu apelo, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença ao tomar como razão documento juntado posteriormente pelo autor sem justificativa dada pelo art. 435 do CPC/15, e sem possibilitar o contraditório. No mérito, aduz que os documentos trazidos pelo autor foram produzidos pelo próprio, na qualidade de sócio responsável, não acompanhados por qualquer outra prova documental, o que torna inverossímil o seu conteúdo. Traz como exemplo a não apresentação de movimentação bancária quanto ao pagamento mensal do plano de saúde. Sucessivamente, pede que sejam invertidos os ônus sucumbenciais, diante da apresentação tardia dos documentos (132447358).

Contrarrazões (132447364).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012868-69.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOMI DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: CID MARAIA DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS AUGUSTO PRADO - SP211366-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Em sede preliminar, analisa-se a tese de nulidade da sentença.

Conforme consta em acórdão administrativo (132447359), após a ciência da glosa administrativa dos valores, em 31.05.19, o autor promoveu a retificação da DIRF da referida empresa para fazer constar os aludidos pagamentos, em 26.06.19. Também nesta data, promoveu a impugnação do lançamento, trazendo como prova em sede administrativa o "Comprovante de Rendimentos Pagos e de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (fl. 12), emitido por Cilasi Alimentos S.A., CNPJ 60.618.436/0001-70 e preenchido pelo próprio Impugnante, no qual consta que o Impugnante teve descontado de seus rendimentos R\$ 120.576,00, relativos aos pagamentos realizados de pensão alimentícia em benefício de Daisy Maria Sa".

O referido documento consta em sua inicial, com a data de emissão também em 26.06.19 (132447325). Ou seja, a informação do desconto ocasionado pelo pagamento de pensão alimentícia já estava lastreada em prova documental quando, em réplica, o autor trouxe os informes de rendimento mensal do ano de 2016, detalhando como se deu aquele pagamento. Nesse sentir, esta prova documental não representou fato novo a ser demonstrado ou mesmo documento novo, disponível para o autor desde sua inicial.

Ocorre que a prova foi apresentada quando ainda não prolatada a sentença e ainda aberta a fase instrutória processual, como delimitado pela decisão prolatada em sede liminar (132447352); e foi garantida a manifestação posterior por parte da União Federal, como feito pela parte (132447355). Assim, não há prejuízo às partes ou ao regimento processual de modo a impedir a valoração dos documentos juntados, e muito menos nulificar a sentença que os apreciou em conjunto com o restante dos documentos carreados aos autos.

Situação diversa ocorreria se os documentos fossem apresentados já em sede recursal, dada a supressão da instância de primeiro grau: ApCiv 5007041-08.2018.4.03.6102 / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOMI DI SALVO / 09.03.20, AC 00082020620074036109, JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2014, AC 00091991420114036120, JUIZA CONVOCADA ELIANA MARCELO, e TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1).

No mérito, o recurso merece prosperar. Levando em consideração que o autor foi o responsável pelas informações fiscais declaradas e retificadas pela sociedade - após a notificação de lançamento, ressalte-se, no sentido de que seus rendimentos sofreram a título de pensão alimentícia, tem a Receita Federal o poder-dever de exigir do contribuinte outros documentos contábeis ou bancários para abalzar aquelas informações, sobretudo diante da aparente confusão patrimonial provocada pelo autor.

Sim, pois a determinação judicial que gerou o dever de pagamento impõe ao autor o depósito mensal dos valores em conta corrente da beneficiária, inexistindo intermediação por parte da fonte pagadora. Existente o depósito não em nome do autor, mas da sociedade pela qual é sócio e responsável, tem-se a possibilidade de os recursos utilizados para o pagamento serem da sociedade, e não do autor, provocando a necessidade da comprovação.

Porém, tanto em sede administrativa quanto em sede judicial, o autor não se desincumbiu deste ônus, apresentando o extrato bancário de recebimento de seus proventos, por exemplo, mas focou o lastro probatório de seus argumentos em documentos produzidos, em última instância, por ele mesmo, o que não permite afastar a possibilidade de confusão patrimonial.

O mesmo se faz presente quanto ao pagamento do plano de saúde, elemento componente da pensão judicial exigida do autor. Diante das peculiaridades com que se prestava o pagamento da pensão, novamente é razoável exigir do autor a comprovação de que os recursos para aqueles pagamentos constantes em sua inicial foram provenientes de seus próprios rendimentos. O autor somente apresentou a autenticação bancária dos pagamentos, sem qualquer vinculação, o que, diante da forma adotada para o pagamento da pensão, também não permite afirmar que aquelas despesas foram por ele suportadas.

Destarte, ausente comprovação de que os rendimentos do autor suportaram deduções declaradas em sua DIRPF, correto o lançamento tributário e a respectiva cobrança. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. IRPF. ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. ORIGEM NÃO COMPROVADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. Segundo afirmado pela autora às fls. 354/356 e 396/371 a prova pericial contábil se justificaria pelo fato de a autora nunca receber valores de FAPI - previdência privada, tampouco ter livro caixa, de modo, portanto, a evidenciar que tais valores nunca foram recebidos pela autora. 2. Aduz que a única forma de verificar que tais valores realmente não foram recebidos pela autora seria mediante a análise de seus extratos bancários. Assiste, contudo, razão à União, uma vez que a autuação não guarda qualquer relação com as receitas impugnadas pela autora. Ao contrário, a autuação funda-se em (a) ausência de comprovação de receitas dedutíveis; (b) rendimentos sonegados; e (c) indevido recebimento de restituições. 3. Dessa forma, conclui-se que a existência, ou não, de receitas decorrentes de previdência privada, bem como daquelas anotadas no livro-caixa, inseridas nas declarações apresentadas pela própria autora, não guarda qualquer relação com as razões da autuação. 4. Por tal razão a prova pericial requerida mostra-se desnecessária e deve ser indeferida, nos termos do parágrafo único do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015. 5. Constitui entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Como destinatário final da prova, cabe ao magistrado, respeitando os limites adotados pelo CPC, a interpretação da produção probatória, necessária à formação do seu convencimento" (AgRg no AREsp 255.203/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 29/05/2015); "Conforme legislação de regência, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade. Assim, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado, não há cerceamento de defesa quando, em decisão fundamentada, o juiz indefere produção de prova, seja ela testemunhal, pericial ou documental" (AgRg no AREsp 312.470/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 20/04/2015). 6. A autora entregou declarações de ajuste anual de IRPF com informações de rendimentos recebidos de pessoa física nos montantes de R\$ 1.332.454,60 (um milhão, trezentos e trinta e dois reais e quatrocentos e cinquenta e quatro reais e sessenta centavos) e R\$ 800.000,00, tendo sido a autora beneficiária de despesas passíveis de deduções do imposto de renda nos montantes de R\$ 1.532.642,97 (um milhão, quinhentos e trinta e dois mil, seiscentos e quarenta e dois reais e noventa e sete centavos) e de R\$ 922.684,00 (novecentos e vinte e dois mil e seiscentos e oitenta e quatro reais). 7. Na espécie, a própria autora confessa ter cometido erros no preenchimento de suas declarações afirmando não poder comprovar as deduções pleiteadas, apesar de ter sido intimada por duas vezes na esfera administrativa. 8. Desta forma, a autuação do fisco decorreu da verificação de ausência de comprovação de receitas dedutíveis, rendimentos sonegados e indevido recebimento de restituições cometidas pela parte autora e não da exigência do imposto de renda sobre os rendimentos das declarações já homologadas pelo Fisco. 9. Agravo interno improvido. (ApCiv 0003005-19.2015.4.03.6100 / TRF3 - SEXTA TURMA / DES. FED. JOHNSOMDI SALVO / 02.12.2019)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. IRPF. DEDUÇÃO. GLOSA. RECIBOS ODONTOLÓGICOS DECLARADOS INEFICAZES POR ATO DECLARATÓRIO. AUTO DE INFRAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. REGULARIDADE DA CDA. TAXA SELIC E ENCARGO DE 20% DO DECRETO-LEI 1.025/69. MULTA PUNITIVA DE 150% DO ART. 44, II, LEI 9.430/96. LEGALIDADE. 1. O auto de infração constitui ato administrativo dotado de presunção juris tantum de legalidade e veracidade, sendo condição sine qua non para sua desconstituição a comprovação (i) de inexistência dos fatos descritos no auto de infração; (ii) da atipicidade da conduta ou (iii) de vício em um de seus elementos componentes (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade). 2. Não foram produzidas provas suficientes para elidir a presunção de legalidade e legitimidade de que goza o auto de infração. 3. Para que seja declarada a ilegitimidade de um ato administrativo, cumpre ao administrado provar os fatos constitutivos de seu direito. Precedentes. 4. As deduções no imposto de renda estão sujeitas a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora (art. 73, caput, do Decreto 3000/99 (RIR/1999)). 5. O contribuinte não demonstrou a idoneidade dos recibos odontológicos utilizados para dedução em suas declarações de imposto de renda, conquanto eles preencham os requisitos da Lei n.º 9.250/95. 6. No caso em tela, foi instaurado, pela Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto/SP, procedimento administrativo com objetivo de apurar a idoneidade de diversos recibos emitidos pelo Dr. José Carlos Ayub Calixto (dentista) a variados contribuintes, referentes a tratamento dentário. 7. Em Termo de Declaração o emitente dos recibos afirma que não prestou qualquer serviço ao embargante/apelante e também não recebeu do mesmo qualquer valor correspondente ao exercício da profissão de odontólogo. Por meio de Ato Declaratório os recibos emitidos foram considerados ineficazes. 8. No procedimento administrativo instaurado em face do apelante, o mesmo não logrou comprovar a realização de tratamento e tampouco o pagamento das despesas odontológicas, cujos recibos, emitidos pelo Dr. José Carlos Ayub Calixto, foram utilizados para dedução em suas declarações. 9. Os recibos emitidos por profissional competente são admitidos como prova idônea de pagamento da prestação de serviço. No entanto, se houver dívida quanto à idoneidade do documento o Fisco pode solicitar provas do pagamento e da realização do serviço. 10. A investigação no âmbito administrativo concluiu que os recibos foram emitidos de forma graciosa e inidônea com o objetivo de beneficiar o contribuinte com redução de imposto a pagar, tratando-se de recibos materialmente verdadeiros, porém ideologicamente falsos. 11. Os princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados no procedimento administrativo, certo que o apelante foi intimado a se defender e apresentar documentos e esclarecimentos, tanto que houve impugnação administrativa e recurso da decisão que manteve a anulação dos recibos e o lançamento. 12. Precedente desta Turma em caso similar envolvendo outro contribuinte de Ribeirão Preto e recibos emitidos pelo mesmo dentista, Dr. José Carlos Ayub Calixto. 13. Diante da ausência de quadro probatório favorável ao apelante, capaz de infirmar as alegações da autoridade fiscal, é hígido o auto de infração, não havendo que se falar em produção de prova negativa do fato pelo Fisco. 14. A CDA foi regularmente inscrita e preenche os requisitos legais previstos no art. 2º, § 5º, da Lei n.º 6.830/80 e no art. 202 do CTN. 15. Legalidade da aplicação de multa punitiva, nos termos do art. 44, II, da Lei n.º 9.430/96, no percentual de 150%. Não cabe ao Judiciário reduzir o referido percentual ao fundamento de seu efeito confiscatório. 16. É cabível a incidência da taxa SELIC sobre o valor do débito principal. A especialidade da legislação tributária afasta a aplicação do CTN. 17. É devida a incidência do encargo de 20% (vinte por cento), do Decreto-Lei n.º 1.025/69, nas execuções fiscais promovidas pela União Federal. Súmula 168 do extinto TFR. 18. Apelação do embargante não provida. (ApCiv 0012457-96.2005.4.03.6102 / TRF3 - SEXTA TURMA / JUIZA FED. CONV. LEILA PAIVA / 25.07.2019)

Provido o apelo da União Federal, condena-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, a partir do valor atualizado do crédito tributário aqui discutido.

Pelo exposto, rejeito as preliminares aventadas e, no mérito, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido, com inversão dos ônus sucumbenciais.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA. TRIBUTÁRIO. NULIDADE DE SENTENÇA. DOCUMENTO APRESENTADO EM RÉPLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO E APRESENTAÇÃO EM FASE INSTRUTÓRIA, RESPEITADO O CONTRADITÓRIO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. GLOSA DE DEDUÇÃO A TÍTULO DE PENSÃO JUDICIAL. PAGAMENTO INTERMEDIADO POR SOCIEDADE DA QUAL O CONTRIBUINTE É SÓCIO RESPONSÁVEL. POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. LEGALIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO.

1. Conforme consta em acórdão administrativo (132447359), após a ciência da glosa administrativa dos valores, em 31.05.19, o autor promoveu a retificação da DIRF da referida empresa para fazer constar os aludidos pagamentos, em 26.06.19. Também nesta data, promoveu a impugnação do lançamento, trazendo como prova em sede administrativa o "Comprovante de Rendimentos Pagos e de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (fl. 12), emitido por Cilasi Alimentos S.A., CNPJ 60.618.436/0001-70 e preenchido pelo próprio Impugnante, no qual consta que o Impugnante teve descontado de seus rendimentos R\$ 120.576,00, relativos aos pagamentos realizados de pensão alimentícia em benefício de Daisy Maria Sa".

2. O referido documento constava em acompanhamento da inicial, com a data de emissão também em 26.06.19 (132447325). Ou seja, a informação do desconto ocasionado pelo pagamento de pensão alimentícia já estava lastreada em prova documental quando, em réplica, o autor trouxe os informes de rendimento mensal do ano de 2016, detalhando como se deu aquele pagamento. Nesse sentir, essa prova documental não representou fato novo a ser demonstrado ou mesmo documento novo, eis que se encontrava disponível para o autor desde sua inicial. Ocorre que a prova foi apresentada quando ainda não prolatada a sentença e ainda achando-se aberta a fase instrutória processual, como delimitado pela decisão prolatada em sede liminar (132447352); foi garantida a manifestação posterior por parte da União Federal, como feito pela parte (132447355). Assim, não há prejuízo às partes ou ao regramento processual de modo a impedir a valoração dos documentos juntados, e muito menos nulificar a sentença que os apreciou em conjunto com o restante dos documentos carreados aos autos.

3. Levando em consideração que o autor foi o responsável pelas informações fiscais declaradas e retificadas pela sociedade - após a notificação de lançamento, ressalte-se, no sentido de que seus rendimentos sofreram a título de pensão alimentícia, tem a Receita Federal o poder-dever de exigir do contribuinte outros documentos contábeis ou bancários para alabar aquelas informações, sobretudo diante da aparente confusão patrimonial provocada pelo autor.

4. A determinação judicial que gerou o dever de pagamento impõe ao autor o depósito mensal dos valores em conta corrente da beneficiária, inexistindo intermediação por parte da fonte pagadora. Existente o depósito não emonor

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou as preliminares aventadas e, no mérito, deu provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido, com inversão dos ônus sucumbenciais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003520-61.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MARIA SERRANO SANCHES, ALEX SANCHES, ANDREIA MARIA SANCHES, TANIA MARA SANCHES BATTAGLINI, KATIA CRISTINA SANCHES RAVAGNANI, SONIA REGINA SANCHES REZENDE
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003520-61.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MARIA SERRANO SANCHES, ALEX SANCHES, ANDREIA MARIA SANCHES, TANIA MARA SANCHES BATTAGLINI, KATIA CRISTINA SANCHES RAVAGNANI, SONIA REGINA SANCHES REZENDE
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de **agravo interno** interposto por **Maria Serrano Sanches e outros**, nos termos do art. 1021 do CPC, em ação de **cumprimento provisório de sentença** ajuizada em face da **Caixa Econômica Federal - CEF**.

Alega que decisão unipessoal deste Relator negou provimento ao seu apelo.

Aduz, em síntese, a possibilidade da execução provisória de decisão firmada na ação civil pública originária (nº 0007733-75.1993.4.03.6100), a inviabilidade da limitação territorial, a não interferência do acordo coletivo nas execuções provisórias e defende o princípio da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação coletiva.

Alega a necessidade de exaurimento da via recursal, do que decorre a impossibilidade de condenação em multa.

Requer a cassação da decisão agravada.

A parte adversa não apresentou resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003520-61.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MARIA SERRANO SANCHES, ALEX SANCHES, ANDREIA MARIA SANCHES, TANIA MARA SANCHES BATTAGLINI, KATIA CRISTINA SANCHES RAVAGNANI, SONIA REGINA SANCHES REZENDE
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
APELADO: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
PROCURADOR: DEPARTAMENTO JURÍDICO - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O recurso é manifestamente inadmissível, eis que não se amolda ao art. 1021 do CPC, que prescreve:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

(destaquei)

Sucedee que na situação vertente foi proferido acórdão, em 06.09.2019, que negou provimento ao recurso do exequente, ora agravante.

Opostos embargos declaratórios, novamente esta Sexta Turma se pronunciou julgando-os improcedentes em 13.12.2019.

Com efeito, se o recurso interposto não se relaciona com a decisão recorrida. Dessa forma, não vejo como ser conhecido o presente agravo.

Finalmente, o ajuizamento, já sob a égide do CPC/2015, de recurso manifestamente inadmissível merece a censura do § 4º de seu artigo 1.021, sendo cabível a multa de 5% do valor da causa (valor da causa: R\$ 1.000,00) a ser corrigido na forma da Res. 267/CJF.

Pelo exposto, **não conheço do agravo interno, com imposição de multa.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - ACÓRDÃO PROFERIDO PELA SEXTA TURMA QUE JULGOU APELO E EMBARGOS DECLARATÓRIOS DO AGRAVANTE - RECURSO QUE NÃO SE RELACIONA COM A DECISÃO PROFERIDA - AGRAVO LEGAL NÃO CONHECIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. Recurso é manifestamente inadmissível, eis que não se amolda ao art. 1021 do CPC.
2. Na situação vertente foi proferido acórdão, em 06.09.2019, que negou provimento ao recurso do exequente, ora agravante. Opostos embargos declaratórios, novamente esta Sexta Turma se pronunciou julgando-os improcedentes em 13.12.2019.
3. O recurso interposto não se relaciona com a decisão recorrida.
4. O ajuizamento, já sob a égide do CPC/2015, de recurso *manifestamente inadmissível* merece a censura do § 4º do seu artigo 1.021, sendo cabível a multa de 5% do valor da causa a ser corrigido na forma da Res. 267/CJF.
5. Agravo interno não conhecido, com imposição de multa.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo interno, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013114-66.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
AGRAVANTE: YELLOW FORCE COMERCIO E DISTRIBUICAO EIRELI - EPP
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO HENRIQUE MANOEL - SP160833-A
AGRAVADO: FAZENDA NACIONAL, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por YELLOW FORCE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO EIRELI – EPP, contra decisão que, em execução fiscal, deferiu a inclusão da ora agravante no polo passivo do feito executivo, na qualidade de sucessora da empresa executada.

Alega que não ocorreu sucessão empresarial entre a agravante e a executada, na medida em que se tratam de empresas com ramos de atividades totalmente distintos.

Sustenta que, para a caracterização da sucessão empresarial, é necessária a prova da aquisição do estabelecimento comercial por outrem e a continuidade do negócio no mesmo ramo de comércio, o que jamais ocorreu no caso em tela. Aduz que apesar da identificação de grau de parentescos dos sócios, as empresas são distintas, com CPNJ diversos e principalmente com ramos de atividades diferentes.

Argumenta que a sucessão empresarial é fato que deve ser devidamente comprovado, não podendo ser presumido por simples indícios.

A parte agravada apresentou contraminuta.

É o relatório.

Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é **meramente exemplificativo**.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas.
(“Curso de Processo Civil”, 3ª e., v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. **O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos**” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e., São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (*Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V*, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão *entendimento dominante* aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTÉRPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

A execução fiscal foi ajuizada pela União Federal (Fazenda Nacional) contra SAMANEA SAMAN BAR E RESTAURANTE LTDA, em dezembro/2009, visando a cobrança do SIMPLES (Doc. Num 3295765 – págs. 01/24).

Ao tratar sobre a responsabilidade em caso de sucessão, a Lei nº 6.830/1980 prevê em seu art. 4º, VI, *in verbis*:

Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

(...)

VI - os sucessores a qualquer título.

Por sua vez, o art. 133 do CTN assim dispôs sobre a matéria:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica, de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato.

O art. 133 do CTN trata da responsabilidade tributária caracterizada pela sucessão da atividade empresarial, ou seja, com a aquisição do fundo de comércio ou do estabelecimento, por qualquer título, sendo que o adquirente continua o negócio antes explorado, beneficiando-se da estrutura organizacional anterior, inclusive com a manutenção da clientela até então formada.

A norma em questão tem como finalidade evitar fraudes, oferecendo ao Estado mecanismos para responsabilização e recuperação dos tributos que deixaram de ser pagos, diante de determinadas condutas que induzem a transferência do estabelecimento comercial.

A respeito do tema, destacam Marcos de Aguiar Villas-Bôas e Rodrigo César de Oliveira Marinho:

O art. 133 do CTN se apresenta como uma ferramenta normativa de proteção ao patrimônio público. Tal ferramenta é utilizada para garantir que as dívidas tributárias de um estabelecimento sejam quitadas pelas riquezas que esse mesmo estabelecimento continuar produzindo (necessidade de manutenção da mesma fonte produtiva), independente de quem seja o seu proprietário, e ainda que a operação de aquisição tenha sido realizada com o objetivo de fraudar o Fisco. Essa norma de responsabilidade tributária visa garantir o direito creditício do Estado, por exemplo, quando da ocorrência da mera troca de razão social, nome fantasia e/ou do quadro societário de uma pessoa jurídica, operações que, aparentemente, criam um novo estabelecimento, às vezes sob o pretexto de evitar o pagamento de tributos que, nesse caso, supostamente desapareceriu.

(A responsabilidade tributária prevista no art. 133 do CTN. Revista Dialética de Direito Tributário n. 182, novembro-2010, p. 75)

Assim, para que se possa concluir pelo redirecionamento da execução contra outra empresa, há de ser feita análise de cada caso concreto; não se faz necessária a comprovação exauriente acerca da responsabilidade da pessoa jurídica, entretanto, deve emergir do contexto probatório, situação que aponte a presença de fortes indícios a indicar o exercício da mesma ou de similar atividade econômica; confusão entre os sócios e o desenvolvimento das atividades no mesmo domicílio, com as instalações da devedora originária.

Portanto, compete ao credor/exequente demonstrar as circunstâncias que evidenciam a relação entre as empresas envolvidas, a fim de se concluir pela responsabilidade da pessoa jurídica e, consequentemente, o redirecionamento da execução fiscal contra a sucessora.

No caso vertente, observa-se que, na tentativa de citação da executada por mandado, o oficial de justiça certificou que no local indicado como endereço da executada, atualmente funciona outra empresa, qual seja, “Yellow Force” (Num 3295767 - págs. 01/02).

Do contexto dos autos, infere-se que a empresa YELLOW FORCE COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO EIRELI – EPP encontra-se no mesmo endereço em que era estabelecida a executada (Rua Adolfo Serra n° 1507, Alto Boa vista, Ribeirão Preto/SP); que ambas as empresas possuem ramo de atividade similar, concernente ao comércio varejista de bebidas (Doc. Num. 3295771 – págs. 04/05 e 08/09).

Observa-se ainda a existência de laço familiar entre os responsáveis tributários das empresas (Sr. Pedro Cunha Santos, sócio administrador da executada e Sra. Clarisse Biazzi Lu Santos, sócia administradora da empresa sucessora).

Tais circunstâncias constituem indícios suficientes para a caracterização da responsabilidade por sucessão tributária, nos termos do art. 133 do CTN, ensejando o redirecionamento da execução fiscal.

Nesse sentido, se encontram os seguintes precedentes jurisprudenciais:

DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUCESSÃO EMPRESARIAL. ARTIGOS 132 E 133 DO CTN.

- 1. O entendimento dessa Corte é no sentido de que, para que seja adotada a medida excepcional de responsabilização por sucessão prevista nos arts. 132 e 133 do Código Tributário Nacional, cabe ao exequente demonstrar a efetiva ocorrência da transferência do fundo de comércio, não se admitindo a presunção da responsabilidade diante de indícios frágeis.*
- 2. Trata-se de medida excepcional, cujo deferimento requer, forçosamente, a análise fática, caso a caso, de todo conjunto probatório juntado aos autos. Em que pesem os argumentos trazidos pelo juízo de origem, entendo que os documentos juntados aos autos, em conjunto, constituem prova suficiente para se ver reconhecida a ocorrência da sucessão empresarial de fato.*
- 3. A empresa executada EVERTON SANTOS DROG ME tem como sócio EVERTON DOS SANTOS e explora o ramo farmacêutico, com sede social na Rua Fenícia, nº 457, Bairro Parque Novo Oratório, Santo André/SP. E, de acordo com os termos de visita e fiscalização e fichas cadastrais da JUCESP, a executada foi sucedida no mesmo endereço pela empresa DROGARIA E PERFUMARIA FENÍCIA LTDA ME, de propriedade de JOSEFA MARIA DOS SANTOS, mãe do executado EVERTON DOS SANTOS, segundo a certidão do oficial de justiça.*
- 4. A empresa J. P. de CAMPOS, para a qual pretende o agravante o reconhecimento da sucessão empresarial, foi constituída em 14/03/2014, com exploração do ramo farmacêutico e funcionamento no mesmo endereço, tendo como sócia JACQUELINE POLLETTI DE CAMPOS, profissional farmacêutica que era a responsável técnica da DROGARIA E PERFUMARIA FENÍCIA LTDA ME, de propriedade da mãe do executado.*

5. De todo relatado, entendo que o envolvimento de pessoas do mesmo grupo familiar e identidade de responsável técnico farmacêutico, com atuação no mesmo ramo de atividade da empresa executada e no mesmo endereço social, configura indício suficiente para caracterizar uma sucessão empresarial de fato a justificar, nesse momento, a responsabilização por sucessão de J. P. de CAMPOS pelos débitos da executada EVERTON SANTOS DROG ME.

6. Compartilho do entendimento de que, nessas situações, "as garantias da ampla defesa e do contraditório não sofrem qualquer sacrifício. Segundo o devido processo legal aplicável à cobrança judicial de Dívida Ativa, elas são simplesmente postergadas, tornando-se possíveis após a citação para pagamento, através de exceção de executividade ou embargos do devedor." (AI 0000952-61.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. ANTONIO CEDENHO, j. 06/12/2017).

7. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5013860-31.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 23/05/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/05/2019)

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÃO EMPRESARIAL. VIOLAÇÃO À VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA. AUSÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 133 DO CTN. INDÍCIOS SUFICIENTES. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não se verifica violação à vedação à decisão surpresa (arts. 9º e 10 do CPC/2015). Isso porque a decisão recorrida é aquela que determina a inclusão de pessoa jurídica no polo passivo em execução fiscal, daí que impossível sua prévia manifestação, tal qual a situação de deferimento da petição inicial e determinação de citação.

2. O caso consiste em execução fiscal ajuizada em junho de 2009, tendo a citação ocorrido em julho de 2011. Nesse contexto, não cabe cogitar de prescrição, considerando que o pleito de inclusão da recorrente no polo passivo, sob a alegação de sucessão, ocorreu em março de 2016. À luz da documentação constante dos autos quando da decisão agravada, a notícia de sucessão veio à tona em diligência oficial de justiça em outro feito realizada em março de 2012, não se evidenciando assim inércia da exequente. Encontra-se "firme e consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em se tratando de responsabilidade por sucessão, o prazo tem início somente a partir da verificação da lesão ao direito do credor, quando este passa a deter a legitimidade para invocar a responsabilidade de outrem, terceiro ou sucessor na relação processual até então formada, não correndo o prazo, em tal hipótese, sem a caracterização da inércia culposa do titular do direito na respectiva defesa" (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2214322 0008095-65.2013.4.03.6136, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/08/2017).

3. A sucessão de empresarial constitui hipótese de redimensionamento do polo passivo da execução fiscal e ocorre nas hipóteses previstas nos artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional. No presente caso, demonstrada a transferência do estabelecimento comercial, bem como do fundo de comércio. Exploração da mesma atividade empresarial no mesmo local, inclusive conforme contrato entre sucessora e sucedida.

4. Razoável e justificado, diante dos elementos coligidos, o pedido de inclusão, no polo passivo da execução fiscal, da empresa tida como sucessora, sem prejuízo de que, por via própria, esta exerça amplamente o seu direito de defesa, produzindo elementos de convencimento contrários aos que, até agora, autorizam o convencimento de sucessão tributária para os fins preconizados.

5. Sem relevância o ceno das razões recursais a respeito do benefício de ordem, uma vez que a execução tramita desde 2009 e até agora não se encontra garantida.

6. Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 589949 - 0019263-37.2016.4.03.0000, Rel. DES. FEDERAL NELTON DOS SANTOS, j. 18/12/2018, e-DJF3 J1 23/01/2019)

TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - SUCESSÃO EMPRESARIAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ARTIGO 133, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

1. As empresas praticam atividades sociais no mesmo endereço. Têm, como objeto social, atividades análogas.

2. A declaração do representante da empresa executada confirmou a sucessão, nos termos do artigo 133, do Código Tributário Nacional.

3. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1767201 - 0028596-28.2012.4.03.9999, Rel. JUIZ CONV. LEONEL FERREIRA, j. 06/09/2018, e-DJF3 J1 17/09/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA. LEI Nº 6.830/80. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA EMPRESA SUCESSORA. APLICAÇÃO DO ART. 133 DO CTN (§2º DO ART. 4º DA LEF). RECURSO PROVIDO.

1. A execução fiscal originária objetiva a cobrança de multa administrativa de natureza não tributária (multa por falta de apresentação de relatórios semestrais de estoque – comerciante de espécimes da fauna silvestre brasileira. Artigo 7º com artigo 17 da Lei nº 9.605/98 - Lei nº 5.197/97, artigo 55 com artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 3.197/99, artigo 10, § 3º, da Portaria IBAMA nº 117/97).

2. Incidência da Lei nº 6.830/80 (artigo 1º), cujo artigo 2º torna imune de dívidas que constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela considerada tributária ou não tributária pela Lei nº 4.320/64 (artigo 39, § 2º), deixando claro que "qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o § 1º - União, Estados, Distrito Federal, municípios e autarquias - será considerado dívida ativa da Fazenda Pública".

3. "À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial" (destaque - § 2º do artigo 4º). Dentre essas regras acha-se a imposição de responsabilidade de diretores, gerentes e representantes de pessoas jurídicas de direito privado pelas obrigações decorrentes de infração de lei (artigo 135 do Código Tributário Nacional).

4. É correto dizer-se que o artigo 133 do Código Tributário Nacional se aplica na execução de Dívida Ativa não tributária, já que existe norma legal nesse sentido (§ 2º, artigo 4º da LEF).

5. Certidão do sr. Oficial de Justiça dá conta que em diligência de penhora no endereço da empresa executada ECO Pousada Brasil Selvagem Ltda foi constatado que o local abriga empresa diversa da devedora, de nome INSTITUTO DE BIOLOGIA MARINHA E MEIO AMBIENTE, cujo proprietário Edriz Queiroz, afirmou que a executada não exerce nenhuma atividade naquele local.

6. A executada tem como nome empresarial ECO Pousada Brasil Selvagem Ltda, mas seu nome fantasia é IBIMM Instituto de Biologia Marinha e Mergulho; já a empresa encontrada pelo Sr. Oficial de Justiça no endereço daquela tem como razão social INSTITUTO DE BIOLOGIA MARINHA E MEIO AMBIENTE e seu nome fantasia também é IBIMM.

7. É fato incontroverso, portanto que a empresa IBIMM se estabeleceu no mesmo endereço da empresa executada ECO Pousada e explora idêntico ramo de atividade, permanecendo inclusive o mesmo representante legal que passou a ser o único sócio de ambas as empresas (sociedade unipessoal). Salta aos olhos, sem nenhuma dúvida plausível, que configurada está a sucessão tributária a teor do artigo 133 do Código Tributário Nacional.

8. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 6ª TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005326-35.2017.4.03.0000, Rel. Des. Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, j. 08/06/2018, Intimação via sistema 18/06/2018)

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV do CPC de 2015, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

Publique-se. Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos ao Juízo de origem.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017597-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: SERTEMAQ EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: ALFREDO BERNARDINI NETO - SP231856-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Preliminarmente, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, no prazo legal.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004969-47.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LEONOR LERRO RIBEIRO, ADRIANA MARIA LERRO, PAULO EDUARDO LERRO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 100549111 – fls. 162/165: Recebo os embargos de declaração como agravo interno, nos termos do artigo 1.024, §3º, do Código de Processo Civil, razão pela qual determino a intimação da embargante para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do artigo 1.021, §1º, do mesmo diploma processual.

Após, intime-se a parte adversa para se manifestar acerca do recurso, nos termos do artigo 1.021, §2º, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017650-52.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: TEXTIL ABRIL LTDA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ COELHO PAMPLONA - SP147549-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Preliminarmente, intime-se o agravado para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, no prazo legal.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006501-72.2018.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: JOSE ARAUJO TEIXEIRA
Advogados do(a) APELANTE: ESTELLA THEODORO DRESCH - MS22818-A, MANOEL CUNHA LACERDA - MS1099-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 133210270 - págs. 5/6: Intime-se o autor apelante para, no prazo de 5 (cinco) dias, regularizar a digitalização da sentença proferida em sede de embargos de declaração, contra a qual a insurgência recursal aponta vício de nulidade, anexando cópia das fls. 127 dos autos de origem.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002681-53.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

Advogado do(a) APELANTE: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELANTE: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogados do(a) APELANTE: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, WILSON VIEIRA LOUBET
Advogados do(a) APELADO: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
Advogado do(a) APELADO: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogado do(a) APELADO: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO FURTADO LOUBET - MS9444-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002681-53.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
Advogado do(a) APELANTE: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELANTE: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogados do(a) APELANTE: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, WILSON VIEIRA LOUBET
Advogados do(a) APELADO: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
Advogado do(a) APELADO: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogado do(a) APELADO: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO FURTADO LOUBET - MS9444
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, RELATOR:

Trata-se de APELAÇÕES interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (FETAGRI/MS), por GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA e por AGAMENON RODRIGUES DO PRADO contra a **sentença de parcial procedência** da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, calcada na Lei nº 8.429/92.

De acordo com a inicial e documentação anexa, em apertada síntese,

- em 4/2/1999, a UNIÃO FEDERAL, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e o ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL, por sua Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego e Renda (SETER/MS), firmaram o **Convênio MTE/SETER/CODEFAT nº 8/1999**, para execução de atividades de qualificação profissional, no âmbito do Plano Nacional de Qualificação Profissional (PLANFOR), com recursos federais provenientes do Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT) (ID 100431474 – fls. 38/59);

- à época, AGAMENON RODRIGUES DO PRADO era o Secretário de Estado de Trabalho, Emprego e Renda do Mato Grosso do Sul;

- em 12/4/1999, a SETER/MS expediu o **Edital de Cadastro nº 1/1999**, para cadastro de executores do Plano Estadual de Qualificação Profissional (PEQ/MS - 1999)/Projeto Saber, com clara alusão ao disposto no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, que prevê a contratação direta, com dispensa de licitação (ID 100431474 – fls. 70/71);

- a FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (FETAGRI/MS), presidida por GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, atendeu ao Edital de Cadastro nº 1/1999, e foi incluída no referido cadastro (ID 100431474 – fls. 73, 74, 223/253);

- em 7/1999, a FETAGRI/MS apresentou um "projeto de qualificação profissional para pessoas desempregadas da área rural" e um "projeto de apoio à agropecuária";

- o parecer da PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO (PGE), ratificado pelo Procurador-Geral do Estado ABEL NUNES PROENÇA, foi **desfavorável** à contratação a FETAGRI/MS, considerando que seu presidente, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, e seu secretário também compunham uma Comissão Estadual do Emprego, encarregada de fiscalizar a aplicação de recursos do FAT no PLANFOR e de aprovar o PEQ/MS (ID 100432956 – 113/119; ID 100433644 – fls. 137/142);

- embora o parecer da PGE tivesse mero caráter opinativo, a SETER/MS devolveu os procedimentos para reexame, quando o Procurador-Geral do Estado ABEL NUNES PROENÇA havia sido substituído por WILSON VIEIRA LOUBET (ID 100432956 – 121);

- o Procurador-Geral do Estado WILSON VIEIRA LOUBET exarou parecer **favorável** à contratação direta da FETAGRI/MS, com dispensa de licitação (ID 100432956 – 122/123);

- em 14/10/1999, a SETER/MS e a FETAGRI/MS firmaram o **Contrato nº 20/1999**, no valor de R\$ 43.398,00, e o **Contrato nº 22/1999**, no valor de R\$ 26.802,00, referentes aos projetos apresentados em 7/1999 (ID 100432956 – fls. 129/140; ID 100433646 – fls. 159/172);

- em 11/1999, a FETAGRI/MS apresentou outro "projeto de qualificação profissional para pessoas desempregadas da área rural", que ensejou a lavratura do **Contrato nº 98/1999**, em 1/12/1999, no valor de R\$ 18.000,00, com a SETER/MS, sem consulta prévia à PGE, mas com menção ao parecer favorável exarado pelo Procurador-Geral do Estado WILSON VIEIRA LOUBET (ID 100432956 – fls. 18/31);

- em 7/11/1999, a SETER/MS e a FETAGRI/MS firmaram **termos aditivos** aos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999, à requerimento da entidade sindical, mediante alegação de insuficiência do valor da hora/aula inicialmente pactuado (ID 100432956 – fls. 151/153, 166/168; ID 100433646 – fls. 186/190, 200/202);

- em 27/4/2000, o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT) publicou a **Resolução nº 234/2000**, alterando substancialmente a Resolução nº 194/1998, acerca do PLANFOR;

- a SETER/MS não observou o disposto na Resolução CODEFAT nº 234/2000, reaproveitando o Edital de Cadastro nº 1/1999 para a execução da PEQ/MS – 2000;

- em 30/11/2000, a FETAGRI/MS apresentou o outro “projeto de apoio à agropecuária”, que ensejou a lavratura do **Contrato nº 3/2000**, em 1/12/2000, no valor de R\$ 47.863,20, com a SETER/MS, lastreado em parecer jurídico ratificado posteriormente pela PGE, em 7/12/2000 (ID 100431474 – fls. 75/76, 77/83);

- os Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000 foram alvo do **processo de Tomada de Contas Especial/Ministério do Trabalho e Emprego (TCE/TEM) nº 47909.000021/2001-54**, onde foram constatadas diversas irregularidades e ocorrência de prejuízo ao erário, nos valores de **RS 36.594,38, RS 22.594,01, RS 8.539,16 e RS 9.080,40** - respectivamente (ID 100431474 – fls. 201/223; ID 100432956 – fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 – fls. 57/77).

Diante desses fatos, a PROCURADORIA DA REPÚBLICA em Mato Grosso do Sul requereu a condenação pela prática de atos de improbidade administrativa de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, com fulcro nos artigos 10, I e VIII, e 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92; de WILSON VIEIRA LOUBET, com fulcro no artigo 10, XII, ou 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92; de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, com fulcro no artigo 10, XII, da Lei nº 8.429/92; da FETAGRI/MS.; com fulcro no artigo 10 da Lei nº 8.429/92. Deu-se à causa o valor de R\$ 76.807,95 (ID 100431474 – fls. 5/34).

Em 5/4/2006, o feito foi distribuído a 4ª Vara Federal de Campo Grande/MS (ID 100439190 – fls. 8).

As partes manifestaram-se nos termos do artigo 17, §7º, da Lei nº 8.429/92.

Em 14/7/2006, o Juízo *a quo* afastou a prescrição arguida por AGAMENON RODRIGUES DO PRADO e recebeu a inicial (ID 100439205 – fls. 4).

As partes apresentaram contestação.

A FETAGRI/MS juntou o acórdão nº 860/2009 do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que apreciou o processo de Tomada de Contas Especial/Ministério do Trabalho e Emprego acerca dos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000, julgando regulares com ressalvas as contas dos envolvidos, dando-lhes quitação (ID 100440732 – fls. 119/142).

Em 17/5/2010, na **ação cautelar incidental nº 0006680-14.2006.4.03.6000/4ª Vara Federal de Campo Grande/MS**, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e distribuída por dependência a esse feito, objetivando a decretação da indisponibilidade de bens dos corréus, foi proferida **sentença de parcial procedência**:

...Diante do exposto, 1) julgo improcedente o pedido formulado pelo autor em desfavor de WILSON VIEIRA LOUBET, pelo que declaro revogada a liminar deferida. Sem custas. Sem honorários. Liberem-se os bens declarados indisponíveis; 2) julgo procedente o pedido em relação aos requeridos AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, para ratificar a liminar que decretou a indisponibilidade de seus bens. Condeno-os ao pagamento proporcional das custas do processo. Sem honorários...

(ID 100440732 – fls. 194/207)

Foi realizada prova testemunhal (ID 100440732 – fls. 246/252; ID 100439266 – fls. 36/37).

As partes apresentaram memoriais.

Em 24/7/2017, adveio a **sentença de parcial procedência**:

...Diante do exposto:

1. Julgo improcedente o pedido relativo ao item "III.d" da inicial (WILSON VIEIRA LOUBET). Sem custas e honorários;

2. Com fundamento nos arts. 10 e 12, II, da Lei nº 8.429/92, condeno os réus AGAMENON, GERALDO e FETAGRI a:

2.1. Ressarcir, solidariamente, a UNIÃO à importância de R\$ 76.807,95 (setenta e seis mil reais oitocentos e sete reais e noventa e cinco centavos).

2.2. A pagar multa em favor da UNIÃO:

2.2.1. O réu AGAMENON no valor equivalente a uma vez o valor fixado no item 2.1 acima;

2.2.2. O réu GERALDO no valor equivalente à metade do valor fixado no item 2.1 acima;

2.2.3. A FETAGRI no valor equivalente à duas vezes o valor fixado no item 2.1 acima;

O valor da condenação (ressarcimento ao erário e multa civil) sofrerá a incidência dos juros moratórios e correção monetária desde o momento da ocorrência do evento danoso, nos termos das Súmulas 54/STJ ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual") e Súmula 43/STJ ("Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo").

Os índices aplicáveis são os previstos no Manual de orientação de procedimentos para os cálculos na Justiça Federal (Resolução CJF nº 134/2010).

3. Pelos fundamentos já explanados suspendo os direitos políticos de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, pelo prazo de cinco anos;

Proíbo os requeridos AGAMENON, GERALDO e FETAGRI/MS contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

5. Sagrando-se vencedor o Ministério Público, são indevidos honorários advocatícios em seu favor, por força do que dispõe art. 128, 5º, II, alínea a, da Constituição Federal.

6. Custas pelos réus vencidos, pro rata.

7. Transitada em julgado, oficie-se à Justiça Eleitoral para a implantação da medida de suspensão de suspensão de direitos políticos (artigo 77 do Código Eleitoral) e cumpra-se o disposto no artigo 3º da Resolução nº 44/2007 do Conselho Nacional de Justiça.

8. *Oficiem-se aos órgãos que vierem a ser solicitados pelo Ministério Público Federal, remetendo-lhes cópia dessa decisão, para as anotações, nos registros respectivos, da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual os réus sejam sócios majoritários...*

(ID 100439266 – fls. 192/225)

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas razões de apelação, **requer a condenação de WILSON VIEIRA LOUBET nos termos da inicial**, alegando que a reversão do parecer desfavorável da PGE propiciou contratação da FETAGRI/MS (ID 100439201 – fls. 3/8).

A FETAGRI/MS, nas razões de apelação, **requer o afastamento das sanções impostas**, alegando que foi utilizada por seu ex-presidente, que firmou contratos com recursos do FAT, mesmo ciente da incompatibilidade decorrente da sua participação na Comissão Estadual do Emprego; o ex-presidente agiu de má-fé e contrariou o estatuto social da entidade; as penalidades aplicadas são extremamente prejudiciais aos seus representados, que são pessoas carentes da área rural (ID 100439201 – fls. 10/14).

GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, nas razões de apelação, **requer a absolvição**, alegando que não agiu com dolo; os contratos foram executados; o dano ao erário não está configurado (ID 100439201 – fls. 49/54).

AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, nas razões de apelação, **requer a absolvição**, alegando que não agiu com negligência ou má-fé; tomou todas as cautelas necessárias, tanto que a contratação da FETAGRI/MS, com dispensa de licitação, foi precedida de pareceres favoráveis das comissões de cadastro e de licitação, da assessoria jurídica da SETER/MS, da PGE e da Comissão Estadual do Emprego; os termos aditivos, para manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos, foram precedidos de pareceres favoráveis da área técnica e da assessoria jurídica da SETER/MS; o prazo do Edital de Cadastramento nº 1/1999 foi prorrogado por tempo indeterminado; os contratos foram executados; o dano ao erário não está configurado (ID 100439201 – fls. 110/145).

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nas contrarrazões, pugna pelo desprovemento dos recursos da FETAGRI/MS, de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA e de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO (ID 100439201 – fls. 150/157).

WILSON VIEIRA LOUBET, nas contrarrazões, pleiteia o desprovemento do recurso do *parquet* federal (ID 100439201 – fls. 166/203).

Em 9/8/2019, o feito foi distribuído nessa Corte, a minha relatoria (ID 100439201 – fls. 219).

A PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA, no parecer, opina pelo provimento do recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e pelo desprovemento dos recursos da FETAGRI/MS, de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA e de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO (ID 131634918).

Autos conclusos em 8/5/2020.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002681-53.2006.4.03.6000
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP
Advogado do(a) APELANTE: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELANTE: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogados do(a) APELANTE: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP, FEDERACAO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS ASSALARIADOS RURAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, WILSON VIEIRA LOUBET
Advogados do(a) APELADO: TATIANI MOSSINI DE LUCENA - RO4684, JOAO GONCALVES DA SILVA - MS8357-A
Advogado do(a) APELADO: MARISA DOS SANTOS ALMEIDA PEREIRA LIMA - MS5225
Advogado do(a) APELADO: MARIA CELESTE DA COSTA E SILVA - MS3281-A
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO FURTADO LOUBET - MS9444
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, RELATOR:

A presente ação civil pública está lastreada no **processo de Tomada de Contas Especial do Ministério do Trabalho e Emprego (TCE/MTE) nº 47909.000021/2001-54**, instaurado para averiguação de denúncias de irregularidades nos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000, firmados entre a SETER/MS e a FETAGRI/MS. Ao final dos trabalhos, conclui-se que:

- nos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, a contratação da FETAGRI/MS, com dispensa de licitação, **desatendeu** aos requisitos do Convênio MTE/SETER/CODEFAT nº 8/1999, da Lei nº 8.666/93 e da Resolução CODEFAT nº 194/1998;

- no Contrato nº 3/2000, a contratação da FETAGRI/MS, com dispensa de licitação, **desatendeu** aos requisitos do Convênio MTE/SETER/CODEFAT nº 8/1999, da Lei nº 8.666/93, da Resolução CODEFAT nº 194/1998, alterada pela Resolução nº 234/2000, e do Edital de Cadastro nº 1/1999;

- em todos os contratos, os cursos foram executados;

- em todos os contratos, a SETER/MS não exerceu na plenitude o direito e o dever de verificar a execução dos contratos em suas fases, qual seja, a aplicação dos recursos pela FETAGRI/MS, por meio da análise da documentação contábil ou de outros elementos documentais, trazendo para si o risco do eventual descumprimento das condições pactuadas;

- nos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999, a SETER/MS aprovou sem qualquer embasamento legal a celebração de Termos Aditivos requeridos pela FETAGRI/MS, majorando os contratos em R\$ 10.859,50 e em R\$ 6.700,50, respectivamente;

- nos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, considerando-se o valor dos Termos Aditivos, foram repassados R\$ 105.750,00 à FETAGRI/MS, que comprovou a aplicação de R\$ 38.022,45;

- nos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, o dano ao erário foi de R\$ 67.727,55, equivalentes a não comprovação da aplicação de R\$ 50.167,55 e do valor dos Termos Aditivos, R\$ 17.560,00;

- no Contrato nº 3/2000, foram repassados R\$ 47.699,58 à FETAGRI/MS, que comprovou a aplicação de R\$ 38.619,18;

- no Contrato nº 3/2000, o dano ao erário foi de R\$ 9.080,40, equivalentes ao montante de recursos cuja aplicação não foi comprovada;

- o dano ao erário total foi de R\$ 76.807,95 (ID 100431474 - fls. 201/223; ID 100432956 - fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 - fls. 57/77).

Posteriormente, o processo TCE/MTE nº 47909.000021/2001-54 foi submetido ao TCU, nos autos da Tomada de Contas Especial (TCE) nº 021.501/2003-1 (ID 100440732 – fls. 119/142).

Na sessão de 29/4/2009, o Plenário do TCU afastou a ocorrência de prejuízo ao erário, julgando regulares as contas dos envolvidos, com ressalvas. Confira-se o acórdão nº 860/2009 – TCU/Plenário:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PLANFOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. COMPROVADA REALIZAÇÃO DOS CURSOS, COM SATISFATÓRIA QUALIDADE, BOA ESTRUTURA E QUALIFICAÇÃO DOS INSTRUTORES. FALHAS DE NATUREZA FORMAL. REGULARIDADE COM RESSALVA DAS CONTAS DOS GESTORES E DA CONTRATADA. REGULARIDADE PLENA DAS CONTAS DO RESPONSÁVEL QUE DEMONSTROU NÃO TER OCUPADO DETERMINADA FUNÇÃO.

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de contas especial instaurada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), relativa ao Plano Nacional de Qualificação do Trabalhador (Planfor), em decorrência de irregularidades na comprovação de despesas relativas à execução dos Contratos 20/1999, 22/1999, 98/1999 e 03/2000, celebrados entre a Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego e Renda de Mato Grosso do Sul (Setar/MS) e a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso do Sul/MS – Fetagri/MS, para execução de ações de qualificação profissional e treinamento no âmbito do Plano Estadual de Qualificação (PEQ/MS/1999 e PEQ/MS/2000), com recursos oriundos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

*9.1. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992, julgar regulares com ressalva as contas dos Srs. Agamenon Rodrigues do Prado, ex-Secretário de Estado de Trabalho, Emprego e Renda (CPF ***.387.791-**) e José Luiz dos Reis, ex-Superintendente de Qualificação Profissional da Setar/MS (CPF ***.152.691-**) e da Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso do Sul/MS – Fetagri/MS (CNPJ 15.412.000/0001-76), dando-lhes quitação;*

...

9.3. arquivar os presentes autos, após as comunicações pertinentes.

(www.tcu.gov.br)

Entretanto, em razão do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial, o teor do acórdão nº 860/2009 – TCU/Plenário não obsta e nem restringe o prosseguimento dessa ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nesse sentido é o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. PREFEITO MUNICIPAL. LIBERAÇÃO DE VERBAS SEM VERIFICAÇÃO DA EXECUÇÃO DA OBRA CONTRATADA. SERVIÇOS PARCIALMENTE EXECUTADOS. DANO AO ERÁRIO RECONHECIDO. SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. ALEGAÇÃO DE FATO SUPERVENIENTE. IRRELEVÂNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. III - O Recorrente foi condenado pela prática, na forma culposa, das condutas descritas no art. 10, I, XI e XII, da Lei n.

8.429/92, por ter, enquanto Prefeito Municipal, utilizado verbas oriundas de contrato com a FUNASA para pagamento da empresa construtora sem que fosse conferida a execução das obras, causando dano à Administração Pública, posto que 14,95% dos serviços pagos não foram executados.

IV - As sanções aplicadas pela Corte de origem mostram-se proporcionais ao ato ímprobo em questão.

V - No que tange ao fato superveniente, consistente na alegação de que tais contas teriam sido aprovadas, com ressalvas, pelo Tribunal de Contas da União, tal argumento não prospera, porquanto a ação de improbidade é independente da esfera administrativa.

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

VII - Agravo Interno improvido.

(STJ - AgInt no AREsp 764.185/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 19/06/2017)

Feitas essas considerações, passo à análise da sentença de primeiro grau, que assim delimitou os pontos controvertidos da lide:

- violação aos princípios administrativos em decorrência da contratação da FETAGRI/MS, cujo representante integrava a Comissão Estadual de Emprego, órgão de fiscalização da aplicação dos recursos do FAT transferidos ao Estado do Mato Grosso do Sul;

- viabilidade dos aditamentos com a majoração dos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 em 25%;
- revisão do parecer exarado pelo Procurador-Geral do Estado;
- não comprovação de aplicação dos recursos recebidos pela FETAGRI/MS na execução dos serviços contratados (ID 100439266 – fls. 192/225).

Da vasta documentação acostada aos autos, extrai-se que a FETAGRI/MS foi contratada pela SETER/MS para execução dos Planos Estadual de Qualificação Profissional (PEQ/MS) – 1999 e 2000, diretamente, com dispensa de licitação. Para tanto, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 24, XIII, exige, dentre outros requisitos, que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional – o que não se verifica na espécie.

Ao tempo das contratações, GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, presidente da FETAGRI/MS, tinha assento na Comissão Estadual de Emprego, encarregada de fiscalizar a aplicação de recursos do FAT no PLANFOR e de aprovar os PEQ/MS (ID 100433644 – fls. 137/144).

Indubitavelmente, tal fato constituía impeditivo para contratação da FETAGRI/MS, sob a ótica da reputação ético-profissional, haja vista a colisão de interesses, com clara ofensa aos princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade.

Como exposto na sentença, ... embora a comissão estadual seja composta por número significativo de membros e suplentes, a ofensa ao ordenamento decorre da confusão entre os espaços público e privado provocada pela cumulação dos cargos. Nesse contexto, não há necessidade da comprovação concreta da atuação desviada do réu em prejuízo ao interesse público, através de atos indicativos de conluio, porque a ofensa é direta e presume-se da ocupação concomitante pelo réu de posições pública e privada incompatíveis (presidente da contratada e membro de comissão pública destinada à fiscalização dos recursos do contrato), lesionando-se a moralidade e impessoalidade administrativas... (ID 100439266 – fls. 192/225).

E diferentemente do alegado por AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, o parecer da PGE favorável à contratação da FETAGRI/MS, não a convalida, tendo em vista seu caráter meramente opinativo, conforme destacado na sentença.

Não bastando esse fato, a SETER/MS violou os princípios administrativos ao reutilizar o Edital de Cadastro nº 1/1999, específico para o PEQ/MS – 1999, na contratação da FETAGRI/MS para execução do PEQ/MS – 2000.

Dessa forma, a SETER/MS impediu a participação de outros interessados no certame, privilegiando a FETAGRI/MS, além de contrariar a Lei nº 8.666/93, com especial destaque ao disposto no caput do seu artigo 3º:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

...

Prosseguindo, a documentação colacionada aos autos demonstra que a SETER/MS aprovou sem qualquer embasamento legal a celebração de Termos Aditivos aos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999, aumentando seus valores em **R\$ 10.859,50** e em **R\$ 6.700,50**, respectivamente (ID 100432956 – fls. 129/140, fls. 151/153, 166/168; ID 100433646 – fls. 159/172, 186/190, 200/202).

Os Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 foram firmados em 14/10/1999. Poucos dias depois, em 22/10/1999, a FETAGRI/MS requereu à SETER/MS a majoração dos seus valores, alegando insuficiência do custo da hora/aula inicialmente pactuado e necessidade de aquisição de materiais didáticos, sem maiores detalhamentos.

A assessoria jurídica da SETER/MS pronunciou-se favoravelmente à formalização dos Termos Aditivos para elevação de 25% dos valores contratuais, com base no artigo 65, I, "a", da Lei nº 8666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

...

Ocorre que a iniciativa para alteração dos valores contratados adveio da FETAGRI/MS e, ao que consta, os projetos não foram modificados, o que contraria o dispositivo legal.

O pedido da FETAGRI/MS também não foi submetido à análise técnica.

Ainda assim, a SETER/MS firmou os Termos Aditivos claramente favoráveis à entidade, majorando irregularmente os Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 em R\$ 17.560,00.

E esse não foi o único prejuízo ao erário constatado.

O processo TCE/MTE nº 47909.000021/2001-54 demonstrou que a FETAGRI/MS não esclareceu a alocação de **R\$ 50.167,55**, referentes aos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, e de **R\$ 9.080,40**, referente ao Contrato nº 3/2000. (ID 100431474 – fls. 201/223; ID 100432956 – fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 – fls. 57/77).

O TCU considerou que a execução dos cursos contratados pela FETAGRI/MS e o não questionamento dos preços praticados eximem a não comprovação das despesas e, por consequência, o débito. Confira-se trecho do voto que integra o acórdão nº 860/2009 – TCU/Plenário:

...15. Os relatórios produzidos pela Secretaria Federal de Controle Interno (fls. 1668 a 1718 do volume 3) informam que os cursos foram executados a contento.

16. Haja vista que está configurada nos autos a realização dos cursos e não há questionamentos em relação aos preços praticados, não vejo como imputar débito pela falta de documentos relativos às despesas incorridas pela contratada para organização dos cursos. Apesar da existência de cláusula contratual prevendo a apresentação de todos os comprovantes de despesas, documentação essa que poderia ser solicitada pela Seter/MS para fins de fiscalização, a comprovada realização dos cursos previstos no contrato afasta o débito correspondente às despesas não comprovadas.

17. Além do que, pelo que se depreende do contido nos relatórios de Tomada de Contas Especial elaborados pelo MTE, no caso dos contratos executados em 1999, foram apresentados comprovantes de despesa, entretanto, de forma pouco organizada, o que teria impossibilitado a apuração individualizada (para cada contrato).

18. Por esses motivos, entendo que a não comprovação das despesas não deve ser considerada como fator para a existência de débito...

(www.tcu.gov.br)

Todavia, não há como concordar com esse entendimento, especialmente diante das ilegalidades verificadas na contratação da FETAGRI/MS, acima detalhadas, indicativas do claro favorecimento da entidade presidida por GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, pela SETER/MS, titulada por AGAMENON RODRIGUES DO PRADO.

Ademais cuida-se de valor significativo.

No PEQ/MS – 1999, a FETAGRI/MS recebeu **R\$ 105.750,00** pelos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, considerando-se o valor dos Termos Aditivos, e só comprovou a aplicação de **R\$ 38.022,45** (ID 100431474 – fls. 201/223; ID 100432956 – fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 – fls. 57/77).

E no PEQ/MS – 2000, a FETAGRI/MS recebeu **R\$ 47.699,58** pelo Contrato nº 3/2000 e comprovou a aplicação de **R\$ 38.619,18** (ID 100431474 – fls. 201/223; ID 100432956 – fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 – fls. 57/77).

O montante não comprovado, somado aos R\$ 17.560,00 recebidos irregularmente pela FETAGRI/MS por meio dos Termos Aditivos, somam **R\$ 76.807,95** – o que não é pouca coisa.

Saliente-se que no processo TCE/MTE nº 47909.000021/2001-54 ficou comprovado que a fiscalização da execução dos contratos pela da SETER/MS, foi extremamente falha (ID 100431474 – fls. 201/223; ID 100432956 – fls. 67/78, 214/231; ID 100433644 – fls. 57/77).

E o fato dos cursos terem sido realizados não exime a FETAGRI/MS de justificar a utilização do dinheiro público que recebeu.

Tem-se, por conseguinte, um prejuízo ao erário total de R\$ 76.807,95, em valor histórico.

Ao contrário do que afirmam AGAMENON RODRIGUES DO PRADO e GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, o **dolo** em suas condutas está comprovado.

AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, na qualidade de titular da SETER/MS, foi o responsável em última instância pelas contratações – eviadas de irregularidades – da FETAGRI/MS para execução dos PEQ/MS 1999 e 2000; pela assinatura dos Termos Aditivos aos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 sem embasamento legal e pela fiscalização inadequada da execução dos contratos, o que resultou em prejuízo ao erário federal.

GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA, por sua vez, além de presidir a FETAGRI/MS, compunha a Comissão Estadual de Emprego, encarregada justamente de fiscalizar a aplicação de recursos do FAT no PLANFOR. Mesmo assim, na qualidade de presidente da FETAGRI/MS, **propôs e obteve** o cadastramento da entidade e a sua contratação para execução dos PEQ/MS 1999 e 2000; a majoração dos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 por meio dos Termos Aditivos sem embasamento legal; e o recebimento de verbas federais, cuja alocação não foi comprovada integralmente, causando prejuízo ao erário federal.

Correta, portanto, a condenação de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO e de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

Em relação à FETAGRI/MS, igualmente correta a sua condenação pelo ato de improbidade administrativa descrito no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal, uma vez que foi a beneficiária direta dos recursos federais repassados por força dos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000, e não comprovou a totalidade da sua aplicação.

Se a FETAGRI/MS entende que foi prejudicada pela atuação de seu ex-presidente, como consta em sua apelação, deve buscar a responsabilização do mesmo em ação própria.

No mais, sem reparo a absolvição de WILSON VIEIRA LOUBET.

Em que pese toda a argumentação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, o fato – como já dito – é que o parecer da PGE tinha caráter meramente opinativo, sem o condão de vincular as decisões da SETER/MS.

E, conforme amplamente demonstrado na sentença, não restou comprovada a tese da acusação de que WILSON VIEIRA LOUBET foi alçado ao cargo de Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul para compactuar com a SETER/MS e que a alteração do parecer de seu antecessor tenha partido de motivação inidônea (ID 100439266 – fls. 192/225).

Por fim, ficam mantidas as sanções impostas aos corréus, com fulcro no artigo 12, II, da LIA, perfeitamente individualizadas e proporcionais aos ilícitos perpetrados (ID 100439266 – fls. 192/225).

Por todo o exposto, voto para negar provimento às apelações do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, de AGAMENON RODRIGUES DO PRADO, de GERALDO TEIXEIRA DE ALMEIDA e da FETAGRI/MS.

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CALCADA NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: consoante o Ministério Público Federal, os Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000, firmados entre a Secretaria de Estado de Trabalho Emprego e Renda do Mato Grosso do Sul (SETER/MS), titulada por A.R.P., e a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Mato Grosso do Sul (FETAGRI/MS), presidida por G.T.A., para execução do Plano Estadual de Qualificação Profissional (PEQ/MS) – 1999 e 2000, no âmbito do Plano Nacional de Qualificação Profissional (PLANFOR), com recursos do Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT), causaram prejuízo ao erário de R\$ 76.807,95 (valor histórico) e violaram os princípios administrativos. Ao final da instrução processual, a ação civil pública foi julgada parcialmente procedente. **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL:** a ação civil pública foi lastreada no processo de Tomada de Contas Especial do Ministério do Trabalho e Emprego (TCE/MTE) nº 47909.000021/2001-54, instaurado para averiguação de denúncias de irregularidades nos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000 e que, ao final, constatou a ocorrência do prejuízo ao erário, além de diversas irregularidades. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:** o processo TCE/MTE nº 47909.000021/2001-54 foi submetido ao TCU, nos autos da Tomada de Contas Especial (TCE) nº 021.501/2003-1, que afastou a ocorrência de prejuízo ao erário, julgando regulares as contas dos envolvidos, com ressalvas, conforme acórdão nº 860/2009 – TCU/Plenário. **PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL:** o teor do acórdão nº 860/2009 – TCU/Plenário não obsta e nem restringe o prosseguimento dessa ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em razão do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial (*STJ - AgInt no AREsp 764.185/CE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2017, DJe 19/06/2017*). **PONTOS CONTROVERTIDOS:** a sentença de primeiro grau delimitou os pontos controvertidos da lide na violação aos princípios administrativos em decorrência da contratação da FETAGRI/MS, cujo representante integrava a Comissão Estadual de Emprego; na viabilidade dos aditamentos com a majoração dos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 em 25%; na revisão do parecer exarado pelo Procurador-Geral do Estado; na não comprovação de aplicação dos recursos recebidos pela FETAGRI/MS na execução dos serviços contratados. **DISPENSA DE LICITAÇÃO:** a FETAGRI/MS foi contratada pela SETER/MS para execução dos PEQ/MS – 1999 e 2000, diretamente, com dispensa de licitação. Para tanto, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 24, XIII, exige, dentre outros requisitos, que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional. Todavia, ao tempo das contratações, G.T.A. tinha assento na Comissão Estadual de Emprego, encarregada de fiscalizar a aplicação de recursos do FAT no PLANFOR e de aprovar os PEQ/MS. Indubitavelmente, tal fato constituía impeditivo para contratação da FETAGRI/MS, sob a ótica da reputação ético-profissional, haja vista a colisão de interesses, com clara ofensa aos princípios administrativos da moralidade e da impessoalidade. Ademais, o parecer da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) favorável à contratação, não a convalida, tendo em vista seu caráter meramente opinativo. **REUTILIZAÇÃO DO EDITAL DE CADASTRO:** a SETER/MS violou os princípios administrativos ao reutilizar o Edital de Cadastro nº 1/1999, específico para o PEQ/MS – 1999, na contratação da FETAGRI/MS para execução do PEQ/MS – 2000. Dessa forma, a SETER/MS, impediu a participação de outros interessados no certame, privilegiando a FETAGRI/MS, além de contrariar a Lei nº 8.666/93, com especial destaque ao disposto no seu artigo 3º, *caput*. **TERMOS ADITIVOS:** a SETER/MS aprovou, sem qualquer embasamento legal e sem análise técnica, a celebração de Termos Aditivos aos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999, aumentando seus valores em R\$ 10.859,50 e em R\$ 6.700,50. Referidos contratos foram firmados em 14/10/1999. Poucos dias depois, em 22/10/1999, a FETAGRI/MS requereu à SETER/MS a majoração dos seus valores, alegando insuficiência do custo da hora/aula inicialmente pactuado e necessidade de aquisição de materiais didáticos, sem maiores detalhamentos. A assessoria jurídica da SETER/MS pronunciou-se favoravelmente à formalização dos Termos Aditivos para elevação de 25% dos valores contratuais, com base no artigo 65, I, "a", da Lei nº 8666/93. Ocorre que a iniciativa para alteração dos valores contratados advém da FETAGRI/MS e, ao que consta, os projetos não foram modificados, contrariando o citado dispositivo legal. **APLICAÇÃO DE RECURSOS NÃO COMPROVADA:** a FETAGRI/MS não esclareceu a alocação de R\$ 50.167,55, referentes aos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, e de R\$ 9.080,40, referente ao Contrato nº 3/2000. No processo TCE/MTE nº 47909.000021/2001-54 ficou comprovado que a fiscalização da execução dos contratos pela da SETER/MS, foi extremamente falha. E o fato dos cursos terem sido realizados não exime a FETAGRI/MS de justificar a utilização do dinheiro público que recebeu. **PREJUÍZO AO ERÁRIO CONFIGURADO:** no PEQ/MS – 1999, a FETAGRI/MS recebeu R\$ 105.750,00 pelos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999 e nº 98/1999, considerando-se o valor dos Termos Aditivos, e só comprovou a aplicação de R\$ 38.022,45. E no PEQ/MS – 2000, a FETAGRI/MS recebeu R\$ 47.699,58 pelo Contrato nº 3/2000 e comprovou a aplicação de R\$ 38.619,18. O montante não comprovado, somado aos R\$ 17.560,00 recebidos irregularmente pela FETAGRI/MS por meio dos Termos Aditivos, somam R\$ 76.807,95. **DOLO COMPROVADO:** A.R.P. na qualidade de titular da SETER/MS, foi o responsável em última instância pelas contratações – evadas de irregularidades – da FETAGRI/MS para execução dos PEQ/MS 1999 e 2000; pela assinatura dos Termos Aditivos aos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 sem embasamento legal; e pela fiscalização inadequada da execução dos contratos, o que resultou em prejuízo ao erário federal. G.T.A., por sua vez, além de presidir a FETAGRI/MS, compunha a Comissão Estadual de Emprego, encarregada justamente de fiscalizar a aplicação de recursos do FAT no PLANFOR. Mesmo assim, na qualidade de presidente da FETAGRI/MS, propôs e obteve o cadastramento da entidade e a sua contratação para execução dos PEQ/MS 1999 e 2000; a majoração dos Contratos nº 20/1999 e nº 22/1999 por meio dos Termos Aditivos sem embasamento legal; e o recebimento de verbas federais, cuja alocação não foi comprovada integralmente, causando prejuízo ao erário federal. Conduta dolosa desses corréus comprovada. **CONDENAÇÕES MANTIDAS:** correta a condenação de A.R.P. e de G.T.A. pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Igualmente correta a condenação da FETAGRI/MS pelo ato de improbidade administrativa descrito no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, nos termos do artigo 3º do mesmo diploma legal, uma vez que foi a beneficiária direta dos recursos federais repassados por força dos Contratos nº 20/1999, nº 22/1999, nº 98/1999 e nº 3/2000, e não comprovou a totalidade da sua aplicação. **ABSOLUÇÃO MANTIDA:** sem reparo a absolvição de W.V.L. O parecer da PGE tinha caráter meramente opinativo, sem o condão de vincular as decisões da SETER/MS. E, conforme amplamente demonstrado na sentença, não restou comprovada a tese da acusação de que W.V.L. foi alçado ao cargo de Procurador-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul para compactuar com a SETER/MS e que a alteração do parecer de seu antecessor tenha partido de motivação inidônea. **PENALIZAÇÕES:** mantidas as sanções impostas aos corréus, com fulcro no artigo 12, II, da LIA, perfeitamente individualizadas e proporcionais aos ilícitos perpetrados. **RECURSOS DESPROVIDOS:** apelações do Ministério Público Federal, de A.R.P., de G.T.A. e da FETAGRI/MS desprovidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento às apelações, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005485-53.2019.4.03.6128
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: JAF METAL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA - EPP
Advogado do(a) APELANTE: IVETE DE ANDRADE SILVA - SP333438-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 133555905: Recebo os embargos de declaração como agravo interno, nos termos do artigo 1.024, §3º, do Código de Processo Civil, razão pela qual determino a intimação da embargante para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do artigo 1.021, §1º, do mesmo diploma processual.

Após, intime-se a parte adversa para se manifestar acerca do recurso, nos termos do artigo 1.021, §2º, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027216-92.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CARLSONS PRODUTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA PAULA AMBROSINA FABIANI DA SILVA - SP418121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027216-92.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARLSONS PRODUTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA PAULA AMBROSINA FABIANI DA SILVA - SP418121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que negou provimento a sua apelação e deu parcial provimento à remessa necessária para reconhecer o direito da agravada à exclusão do ICMS faturado da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a repetição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5027216-92.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CARLSONS PRODUTOS INDUSTRIAIS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA PAULA AMBROSINA FABIANI DA SILVA - SP418121-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam chancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do **RE nº 574.706**. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª Turma (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a **íntegra** do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (Aglnt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surtiu o julgamento do Tema nº 69 (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Por fim, tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que "o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt no EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018" (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)..

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005265-49.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: COMERCIAL CIRURGICA RIOCLARENSE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JULIA LEITE ALENCAR DE OLIVEIRA - SP266677-A, OSORIO SILVEIRA BUENO NETO - SP259595-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE PIRACICABA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005265-49.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: COMERCIAL CIRURGICA RIOCLARENSE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JULIA LEITE ALENCAR DE OLIVEIRA - SP266677-A, OSORIO SILVEIRA BUENO NETO - SP259595-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE PIRACICABA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por COMERCIAL CIRURGICA RIOCLARENSE LTDA contra ato do DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM PIRACICABA/SP consistente no impedimento à compensação de estimativas mensais de IRPJ e CSLL com créditos fiscais do contribuinte, nos termos do art. 74, §3º, IX, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 13.670/18.

Após regular processamento, foi proferida sentença, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, **denegando** a segurança pleiteada. Custas *ex lege*. Sem honorários advocatícios (ID 127426703).

A impetrante apelou (ID 127426711). Aduz, em síntese, que a vedação à compensação de estimativas viola a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito, bem como ofende os princípios da isonomia, da irretroatividade da lei tributária e da não-surpresa do contribuinte.

Contrarrazões apresentadas (ID 127426746).

Parecer ministerial pelo prosseguimento do feito (ID 131833589).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005265-49.2018.4.03.6109
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: COMERCIAL CIRURGICA RIOCLARENSE LTDA
Advogados do(a) APELANTE: JULIA LEITE ALENCAR DE OLIVEIRA - SP266677-A, OSORIO SILVEIRA BUENO NETO - SP259595-A
APELADO: DELEGADO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE PIRACICABA/SP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão (art. 74 da Lei nº 9.430/96).

Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, os **débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa** do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º dessa mesma lei. Essa é a **redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.670, de 2018**, ora combatida pela empresa agravada, que vinha se valendo da compensação de seus créditos como forma de quitação do IRPJ/CSLL - estimativa.

É certo que **em matéria de compensação tributária**, o entendimento jurisprudencial, inclusive em sede de **recurso repetitivo** é no seguinte sentido (destaquei):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001. 1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes. 2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes. 3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp 1164452/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010)

Sucedo que no caso *sub judice* existe a questão - séria - da **insegurança** trazida pela lei nova, sendo notável que o *imperium* do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito. O saudoso ministro José Augusto Delgado escreveu que "interpretar as regras do Código Civil com base em **princípios éticos** é contribuir para que a ideia de justiça aplicada concretamente tome-se realidade" (destaquei); ora, se isso é correto no direito privado, com muito mais razão há de ocorrer na seara do direito público eis que a preponderância estatal deve guardar limites e as antigas noções de "fato do príncipe" hoje devem ser vistas *cum gramulum salis*.

A opção pelo regime tributário é feita no início do ano e diante dela a empresa "se programa" em matéria econômica e tributária, sendo lícito o planejamento tributário com vistas a economicidade empresarial. Feita a escolha, ela se torna *irretroatável*, ou seja, a empresa vincula-se à opção feita ainda que, porventura, ela se torne inconveniente ao longo do período anual.

Parece ilógico que, nesse cenário em que uma atitude do contribuinte é tida como válida numa expectativa *sine die*, o Poder Público legislador venha a mudar a regra fiscal abruptamente, de modo a quebrar-lhe o planejamento tributário e empresarial.

O princípio da segurança assumiu apreciável vigor no panorama do direito brasileiro, graças à recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, eis que no seu art. 30 há um chamado das autoridades públicas "para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas...", sendo certo que a Lei nº 13.670 é posterior a esse comando normativo.

Não se trata de decretar a inconstitucionalidade da norma, mas sim de conferir-lhe um tratamento ético, que prestigie a boa-fé e a segurança jurídica, de sorte que o novel regime de compensação, **no que tem de restritivo em relação à matéria aqui tratada**, respeite o regime eleito pelo contribuinte para o ano de 2018, como lhe era permitido fazer, para, assim, poder operar no âmbito econômico sem surpresas.

Enfim, não custa aduzir que a segurança jurídica em matéria tributária tem sido prestigiada em julgados do STJ: AgInt no REsp 1619595/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 24/10/2018 - REsp 1669310/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 27/09/2018.

Em casos análogos, esta C. Turma tem adotado o mesmo entendimento: TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5025467-74.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 25/01/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 04/02/2020; TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017210-60.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 06/09/2019, Intimação via sistema DATA: 10/09/2019; TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003178-63.2018.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 26/07/2019, Intimação via sistema DATA: 30/07/2019; dentre outros.

Ante o exposto, dou **provimento** à apelação para reconhecer o direito da impetrante de liquidar débitos de estimativa mensal de IRPJ e CSLL através de compensação administrativa com créditos fiscais até o final do ano-calendário de 2018, nos termos da legislação anterior ao advento da Lei nº. 13.670/18.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 74, § 3º, IX, DA LEI Nº 9.430/96. NORMA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.670/18. VEDADA A COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS ESTIMADOS DE IRPJ/CSLL. INAPLICABILIDADE PARA O EXERCÍCIO DE 2018. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E À LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO DO REGRAMENTO TRIBUTÁRIO ENTÃO VIGENTE QUANDO DA OPÇÃO PELO REGIME DE ESTIMATIVAS PARA O REFERIDO ANO. PRESERVAÇÃO DO PLANEJAMENTO FISCAL ADOTADO. DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAR OS CRÉDITOS. RECURSO PROVIDO.

1. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão (art. 74 da Lei nº 9.430/96). Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, os débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º dessa mesma lei. Essa é a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.670, de 2018, ora combatida pela empresa que vinha se valendo da compensação de seus créditos como forma de quitação do IRPJ/CSLL - estimativa.

2. A opção pelo regime tributário é feita no início do ano e diante dela a empresa "se programa" em matéria econômica e tributária, sendo lícito o planejamento tributário com vistas a economicidade empresarial. Feita a escolha, ela se torna irretirável, ou seja, a empresa vincula-se à opção feita ainda que, porventura, ela se torne inconveniente ao longo do período anual.

3. É lógico que, nesse cenário em que uma atitude do contribuinte é tida como válida numa expectativa *sine die*, o Poder Público legislador venha a mudar a regra fiscal abruptamente, de modo a quebrar-lhe o planejamento tributário e empresarial. O princípio da segurança assumiu apreciável vigor no panorama do direito brasileiro, graças à recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, eis que no seu art. 30 há um chamado das autoridades públicas "para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas...", sendo certo que a Lei nº 13.670 é posterior a esse comando normativo. Precedentes.

4. Existência da questão - séria - da insegurança trazida pela lei nova, sendo notável que o *imperium* do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Código Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito.

5. Caso em que não se decreta a inconstitucionalidade da norma, mas sim é-lhe conferido um tratamento ético, que prestigie a boa-fé e a segurança jurídica, de sorte que o novel regime de compensação, no que tem de restritivo em relação à matéria aqui tratada, respeite o regime eleito pelo contribuinte para o ano de 2018, como lhe era permitido fazer, para, assim, poder operar no âmbito econômico sem surpresas.

6. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009911-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BLW COMERCIO DE PRODUTOS OTICOS E REPRESENTACAO COMERCIAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A, JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009911-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BLW COMERCIO DE PRODUTOS OTICOS E REPRESENTACAO COMERCIAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A, JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face da decisão monocrática deste Relator que negou provimento a sua apelação e à remessa necessária, mantendo a r. sentença do MM. Juízo que reconheceu o direito da agravada à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos nos últimos 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009911-66.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BLW COMERCIO DE PRODUTOS OTICOS E REPRESENTACAO COMERCIAL LTDA
Advogados do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO LAZZARINI - SP234961-A, JOSY CARLA DE CAMPOS ALVES - SP228099-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

As razões do presente agravo interno não vão além da repetição dos argumentos já deduzidos em sede da apelação fazendária que foi decidida monocraticamente por este Relator, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam cancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a inclusão do ICMS (*faturado*) na base de cálculo do PIS e da COFINS, fazendo-o por ocasião do julgamento do RE nº 574.706. A corte, por maioria e nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, apreciando o Tema nº 69 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

Esse entendimento é aplicável de pronto, não havendo que se falar em espera de embargos de declaração (sem efeito suspensivo) ou de modulação de efeitos da decisão plenária da Suprema Corte, já que esses dois eventos não estão consignados em lei como impedientes da aplicação imediata do *decisum*. Esse é o entendimento que vem sendo seguido nesta Corte Regional (3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5021518-72.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 08/11/2019, Intimação via sistema DATA: 13/11/2019), e de modo unânime nesta 6ª. Turma (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000706-20.2017.4.03.6130, Rel. Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, julgado em 03/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2019).

Deveras, a suspensão pretendida pelo Fisco esbarraria no art. 1.035, § 5º do NCPC.

De outro lado, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal – ao acolher o voto da ministra Relatora – no sentido de que, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a *íntegra* do referido ICMS não deve ser considerada como faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019). Essa é a postura que este Relator sempre defende desde o momento em que surgiu o julgamento do Tema nº 69 (ApRecNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5000596-53.2018.4.03.6108, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 10/12/2019).

Quanto ao ponto, portanto, descabe falar em invocação recursal ou ofensa ao princípio da congruência, vez que o *decisum* agravado apenas manteve o que já decidido em primeira instância quanto à aplicabilidade ao caso do precedente firmado pelo STF como julgamento do RE nº 574.706.

Por fim, tratando-se de empresa comercial, resta claro que é contribuinte das três exações e que recolheu tributação a maior e poderá recuperá-la (quanto aos últimos cinco anos antes do ajuizamento da presente demanda), procedimento que deverá ser efetuado com tributos administrados pela SRF (no caso de compensação), nos termos do disposto na decisão recorrida, que se pauta pelo quando a lei e a jurisprudência definiram a respeito da repetição tributária.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDcl no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019)..

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL E REMESSA NECESSÁRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: EXCLUSÃO DO ICMS DESTACADO, NAS BASES DE CÁLCULO DE PIS E COFINS, COM DIREITO DE RECUPERAÇÃO DO INDÉBITO. DECISÃO BASEADA NA JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO TEMA 69 DO STF, SENDO INCABÍVEL A SUSTAÇÃO DO PROCESSO NO AGUARDADO DE POSSÍVEL MODULAÇÃO DE EFEITOS, A SER FEITA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO AJUIZADOS PERANTE A SUPREMA CORTE (AUSÊNCIA DE BASE LEGAL). REPETIÇÃO ADEQUADAMENTE REGRADA, USANDO-SE O QUE A LEI PREVÊ PARA TAIS CASOS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021155-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA.
Advogados do(a) AGRAVADO: LUCIANO DE SOUZA GODOY - SP258957-A, RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR - SP224324-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021155-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA.
Advogados do(a) AGRAVADO: LUCIANO DE SOUZA GODOY - SP258957-A, RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR - SP224324-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra r. decisão que ratificou a liminar, em mandado de segurança destinado a viabilizar a intermediação de viagens intermunicipais pelo aplicativo Buser.

A AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT, ora agravante, relata o prévio ajuizamento de ação de obrigação de não-fazer na Justiça Comum do Estado de Minas Gerais, na qual deferida a antecipação de tutela. A decisão antecipatória foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Aduz que a agravada (Buser) propôs três ações na Justiça Federal de São Paulo acerca do tema. Os pedidos liminares, nessas ações, teriam sido indeferidos.

A Buser teria, então, impetrado o presente mandado de segurança na Justiça Federal de Belo Horizonte, no qual a liminar foi deferida, e, após, cassada por decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em agravo de instrumento interposto pela ANTT.

Após, por determinação do Superior Tribunal de Justiça, ocorreu a redistribuição do mandado de segurança para a Justiça Federal de São Paulo.

O Juízo de origem ratificou as decisões (ID 18521462, na origem):

“ID 18036493: Ratifico as decisões proferidas pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível da SJMG”.

Nas razões recursais, a agravante suscita preliminar de prevenção do Desembargador Federal Nelton dos Santos.

Aponta a ilegalidade da atividade realizada pela Buser, porque o transporte coletivo público de passageiros dependeria de prévia concessão ou permissão.

A Buser ofereceria viagens com destino, data, horário e valor predeterminados. Não se trataria de mera intermediação de interessados em viajar.

Sustenta que a Buser estaria prestando serviço de transporte rodoviário de forma irregular, porque se utiliza de empresas de fretamento.

Resposta da Buser (ID 90153951 e anexos), na qual afirma que realiza a conexão entre pessoas interessadas em viajar para destino comum e fornecedores de transporte privado na modalidade fretamento eventual. As rotas e preços seriam estipulados a partir da demanda e da disponibilidade das prestadoras de serviço de fretamento. A atividade seria de intermediação, não de fretamento.

Aponta que a atividade não estaria sujeita à fiscalização da ANTT.

Sustenta que apenas a lei poderia proibir o exercício de atividade privada.

O pedido de efeito suspensivo foi deferido (ID 107434752).

Agravo interno (ID 108318010), no qual a Buser suscita preliminar de nulidade por ofensa ao princípio da decisão não-surpresa: não teria tido oportunidade de se manifestar sobre a questão específica da legitimidade.

Aponta vácuo jurisdicional em decorrência da declaração da ilegitimidade, após reconhecimento da competência da Justiça Federal da 3ª Região pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta que o Tribunal que se diz incompetente não poderia suspender decisão eficaz há mais de um ano. Argumenta, neste ponto, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Resposta ao agravo interno (ID 125867870).

A Procuradoria Regional da República apresentou parecer (ID 127252166).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5021155-85.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

AGRAVADO: BUSER BRASIL TECNOLOGIA LTDA.
Advogados do(a) AGRAVADO: LUCIANO DE SOUZA GODOY - SP258957-A, RICARDO ZAMARIOLA JUNIOR - SP224324-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

As preliminares não têm pertinência.

Adoto os fundamentos expostos pelo Desembargador Federal Nelson dos Santos (ID 86980937, no agravo de instrumento nº. 5018533-33.2019.4.03.0000), para aceitar a minha competência, na qualidade de Relator, para conhecer e julgar o caso.

É hipótese de agravo de instrumento.

Houve, no juízo competente, ratificação de medida liminar proferida por juízo incompetente.

A partir daí, surge a oportunidade para o recurso, nos termos dos artigos 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, e 7º, § 1º, da Lei Federal nº. 12.016/09.

Não ocorreu cerceamento de defesa: é viável a antecipação de tutela, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil. O contraditório é diferido, com a possibilidade de manifestação antes do julgamento pelo Colegiado, órgão competente para a análise do recurso.

Também não cabe o aditamento à petição inicial proposto pela Procuradoria Regional da República em seu parecer.

Seria introduzir, ilegalmente, na lide, autoridades administrativas com atribuição limitada ao Estado de São Paulo para gerenciar questão em Minas Gerais.

Fixada a competência do digno Juízo de origem, cumpre solucionar o processo nos limites de sua jurisdição, com as consequências processuais correlatas.

Não se confunde a delimitação da competência - já operada pelo Superior Tribunal de Justiça - com o escrutínio necessário das condições da ação e de outros pressupostos processuais.

O magistério do saudoso Ministro Teori Zavaski (REsp 838.278/DF):

“Para efeito de competência, pouco importa que a parte seja legítima ou não. Essa, a da legitimidade, é uma questão logicamente posterior à da fixação da competência. A existência ou não da legitimação ativa deve ser apreciada e decidida pelo juiz considerado competente para tanto, o que significa que a questão competencial antecede à da legitimidade ativa. O que se leva em consideração, para aferição acerca da competência do Juízo, é a parte processual, que não é, necessariamente, parte legítima para a causa. Parte processual é a que efetivamente figura na relação processual, ou seja, é aquela que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional numa determinada demanda. Já a parte legítima é aquela que, segundo a lei, deve figurar como demandante ou demandada no processo. A legitimidade ad causam, conseqüentemente, é aferível mediante o contraste entre os figurantes da relação processual efetivamente instaurada e os que, à luz dos preceitos normativos, nela deveriam figurar. Havendo coincidência, a parte processual será também parte legítima; não havendo, o processo terá parte, mas não terá parte legítima. Em suma: proposta a demanda por ente federal ou contra ente federal, a causa será, necessariamente, de competência da Justiça Federal, pouco importando que o autor ou o réu não sejam parte legitimadas. Quem deve decidir sobre a legitimação, nesse caso, é o juiz federal”.

No julgamento da Reclamação nº 39.419, proposta pela Buser no STJ, prevaleceu a mesma interpretação, por unanimidade. Confira-se a fundamentação:

“Nas decisões apontadas como Reclamadas, o Sr. Desembargador Federal Fábio Prieto concedeu efeito suspensivo, para determinar que a “autoridade administrativa com atribuições e sede funcional vinculadas ao Estado de Minas Gerais é parte passiva manifestamente ilegítima, para figurar em mandado de segurança sob a jurisdição da Justiça Federal da 3ª Região” (fl. 270e).

(...)

In casu, a Reclamante afirma que a decisão proferida pelo Tribunal a quo (fls. 264/278e) afronta autoridade de decisão desta Corte Superior (fls. 213/219e), situação, contudo, que não se verifica no caso concreto.

(...)

Por outro lado, a doutrina distingue a competência das condições da ação, remetendo a primeira aos "limites dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional" (Lições de Direito Processual Civil, Alexandre Freitas Câmara. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 98); ou, ainda, "a competência plena (...) é pressuposto processual de validade da relação jurídica processual" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, 14ª Edição, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2014, p. 466); enquanto as condições da ação, por seu turno, são o conjunto de requisitos indispensáveis ao regular exercício do direito de ação".

Perante a Justiça Federal da 3ª Região, as autoridades administrativas vinculadas ao Estado de Minas Gerais são partes passivas manifestamente ilegítimas, em sede de mandado de segurança.

O magistério do Supremo Tribunal Federal:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão cuja ementa segue transcrita:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SEDE DA AUTORIDADE COATORA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A competência para processar e julgar o mandado de segurança rege-se pela sede funcional a qual está vinculada a autoridade coatora, sendo, portanto, de natureza absoluta, improrrogável e reconhecível de ofício pelo juízo incompetente.

2. A possível dificuldade encontrada pelo impetrante em dar andamento ao feito em outro Estado (sequer levantada no presente caso) não poderia ter o condão de mitigar uma regra de competência absoluta, estabelecida para atender ao interesse público – ainda que em detrimento do interesse particular.

3. In casu, sabendo que o domicílio funcional das autoridades impetradas localiza- e em Recife, agiu bem o julgador ao extinguir o processo sem resolução de mérito em razão da impossibilidade de remessa, não havendo razão para reforma do decisum.

4. Inviável a simples remessa dos autos, em razão da diversidade das plataformas dos sistemas de Processo Eletrônico, fazendo imperiosa a extinção do feito.

5. Apelação desprovida." (documento eletrônico 26).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (documento eletrônico 30).

No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, sustenta-se, em suma, violação ao art. 109, § 2º, da Carta Magna. Aduz, em síntese, que "assim como fora no caso do RE 509.442/PE, o Tribunal Regional Federal volta a manifestar-se de modo contrário a jurisprudência dominante e pacífica do Supremo Tribunal Federal. O artigo 109, § 2º da Constituição Federal é claro em possibilitar ao autor optar por seu domicílio nas causas intentadas em desfavor da União, sem fazer qualquer ressalva aos mandados de segurança" (pág. 18 do documento eletrônico 33).

Requer seja reconhecida "a competência da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte para processar e julgar a presente demanda, devolvendo os autos para seu regular processamento" (pág. 19 do documento eletrônico 33).

O Ministério Público Federal, em manifestação da lavra do Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, opina pelo desprovimento do recurso.

A pretensão recursal não merece acolhida.

O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento desta Corte no sentido de que o disposto no art. 109, § 2º, da CF, não se aplica à hipótese específica do mandado de segurança, que se dirige contra autoridade pública. A competência, nesse caso, é definida pela hierarquia da autoridade apontada como coatora e pela sua sede funcional. É o que se verifica dos seguintes julgados:

"(...) 3. S.T.F.: COMPETÊNCIA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, EMBORA VERSANDO MATÉRIA TRABALHISTA. A COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA PARA JULGAR MANDADO DE SEGURANÇA É DETERMINADA SEGUNDO A HIERARQUIA DA AUTORIDADE COATORA E NÃO, SEGUNDO A NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ALCANÇADA PELO ATO COATOR. (MS 21.109, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno – grifos meus) (...) Conforme estabelece o art. 109, VIII da Constituição da República, são da competência dos juízes federais os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal. Verifica-se, de plano, que o critério definidor de competência adotado pelo constituinte neste inciso é, inegavelmente, razione personae. Isso significa dizer que, tratando-se de mandado de segurança, o que se leva em consideração é a autoridade detentora do plexo de competência para a prática do ato, ou responsável pela omissão que se visa a coibir: (...) O constituinte quis estabelecer que o essencial para a definição do órgão competente não é a presença propriamente dita do ente com personalidade jurídica, mas sim a autoridade praticante do ato ou responsável por eventual omissão. (...) (RE 726.035-RG, Rel. Min. Luiz Fux – grifos meus)

Isso posto, nego seguimento ao recurso".

É, ainda, do magistério do **Supremo Tribunal Federal**, a advertência para que o eventual manejo desmedido do mandado de segurança não possa ser convertido em **"verdadeiro salvo-conduto, para todo o território nacional"**. A ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JURISDICIONAL. EXCEPCIONALIDADE. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA DENEGADA. EVIDÊNCIAS DE RISCO DE LESÃO À ECONOMIA E À SAÚDE PÚBLICAS. PIS E COFINS. LEI Nº 9.718/98 E MP 1.991/00. 1. Hipótese excepcional em que se conhece de mandado de segurança impetrado contra ato jurisdicional da Presidência que, revogando despacho concessivo anterior, recusou a suspensão de segurança pleiteada. 2. Indícios claros de litigância de má-fé, ante a semeadura de pedidos semelhantes em diversas Varas Federais e obtenção de resultado favorável em juízo aparentemente incompetente. Sentença que garantiu à empresa distribuidora de combustíveis salvo conduto contra a atuação das autoridades fazendárias, em todo o território nacional. 3. Ausência de plausibilidade jurídica da pretensão acolhida pela sentença. Suspensibilidade do recurso cabível recusada pela 2ª instância. Suspensão de segurança denegada pela Presidência do Tribunal Regional Federal. 4. Evidências de risco de lesão aos cofres da Seguridade Social, dadas as características de fragilidade patrimonial e societária da empresa beneficiada com a liberação (ao menos parcial) de recolhimento das contribuições. 5. Liminar deferida. (MS 24159 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002, DJ 31-10-2003 PP-00015 EMENT VOL-02130-03 PP-00399).

O voto da Ministra Ellen Gracie:

"Não bastasse esta minha estranheza para com o fato de alguém - pessoa física ou jurídica - fazer questão de atrair para si a responsabilidade pelo pagamento de tributos, verifico, também que, por curioso que pareça, a empresa em questão tem sede em Paulínia/São Paulo (f. 245) e pelo que consta dos autos, (f. 139/140) faz suas aquisições em duas refinarias também situadas naquele estado, a saber, a Copersucar e a Refinaria Planalto - Replan (Paulínia/São Paulo). Nada obstante, impetron perante a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro mandado de segurança em que aponta como autoridade coatora o Sr. Delegado da Receita Federal do Rio de Janeiro. Este, ao que parece, é autoridade de todo incompetente para responder ao mandamus exatamente porque todos os atos negociais e os fatos geradores respectivos têm lugar em território alheio ao da sua jurisdição. Apesar de tudo isso, o mandado de segurança teve tramitação acelerada e, impetrado em 5/6/00, cinco meses depois, em 17/11/00, ostentava sentença de mérito que assegurou à impetrante, além de tudo quanto pleiteara na inicial, verdadeiro salvo-conduto, para todo o território nacional, contra as autoridades fazendárias, nos exatos termos em que requerido ao final do longo, tortuoso e graficamente desparelho texto da inicial".

Definido o tema da competência, cumpre considerar, no âmbito do controle público das condições da ação, que autoridade administrativa com atribuições e sede funcional vinculadas ao Estado de Minas Gerais é parte passiva **manifestamente** ilegítima, para figurar em mandado de segurança sob a jurisdição da **Justiça Federal da 3ª Região**.

Trata-se de questão de ordem pública, passível de conhecimento no âmbito do efeito translativo do recurso de agravo de instrumento.

“É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, atual art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015” (REsp 1584614/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 25/10/2018).

No mesmo sentido:

- REsp 736.966/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 06/05/2009;
- REsp 302.626/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/08/2003;
- AgRg nos EDcl no AREsp 396.902/ES, Rel. Ministro RAÚL LARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 16/09/2014;
- REsp 1.490.726/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 30/10/2017;
- AgRg no AREsp 381.285/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 9/5/2018;
- AgInt no AREsp 848.116/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 1/8/2018.

Neste Tribunal Regional Federal:

- AI 5021427-79.2019.4.03.0000 – Desembargadora Federal Cecília Marcondes;
- AI 0019837-07.2009.4.03.0000 – Desembargador Federal Johansom di Salvo;
- AI 5012570-78.2018.4.03.0000 - Desembargador Federal Souza Ribeiro;
- AI 0097701-92.2007.4.03.0000 – Juiz Convocado Leonel Ferreira;
- AI 5014194-02.2017.4.03.0000 – Desembargador Federal Antonio Cedenho.

A racionalidade e a economia processuais fundamentam a norma jurídica.

A síntese da doutrina:

“A questão que surge é a seguinte: pode o tribunal extinguir o processo sem julgamento do mérito, conhecendo de ofício de matéria de ordem pública, ao julgar um agravo, interposto de questão incidente, concretamente, por exemplo, à concessão de uma medida liminar?”

(...)

Em nosso entender, esta regra leva a efeito, de modo inequívoco, o princípio da economia processual. Por que permitir-se que um processo chegue ao fim, com sentença de mérito, se se estará diante de sentença nula e, portanto, rescindível, abrindo-se, assim, oportunidade para que nasça uma nova ação, um novo processo?”

(Tereza Arruda Alvim Wambier, “Os agravos no CPC Brasileiro”, 3ª edição, 2000, editora Revista dos Tribunais, pág. 225).

Por este fundamento, reconheço, de ofício, a ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coautoras. Julgo o mandado de segurança extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Prejudicado o agravo interno.

É o voto.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. FEDERAL SOUZA RIBEIRO:

Acompanho o eminente relator quanto às questões da admissibilidade do agravo de instrumento e da inexistência de cerceamento de defesa em face de decisão liminar/antecipatória.

Com o devido respeito, peço licença para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva. Entendo que a questão da legitimidade passiva, ao menos no aspecto jurídico tratado no voto do senhor relator, na verdade já foi objeto da decisão pelo C. Superior Tribunal de Justiça, descabendo aos juízes inferiores dispor em sentido diverso.

Isso porque, como é pacífico em doutrina e jurisprudência pátrias, a questão da competência para o processo e julgamento das ações de mandado de segurança sempre esteve interligada com a autoridade coatora e sua sede funcional.

O ponto que deve ser destacado, na espécie, é qual é o juízo competente para o mandado de segurança, tendo o Eg. STJ, na decisão proferida nestes autos, definido que é a Justiça Federal de São Paulo.

Por seu turno, aplica-se a regra geral do artigo 109, § 2º, da Constituição Federal também para as ações de mandado de segurança, uma vez assim definida a competência jurisdicional dentro das possibilidades inseridas no referido dispositivo constitucional, todos os entes legitimados para a relação jurídica processual (autoridade impetrada e pessoas jurídicas de direito público que figuram no pólo passivo) ficam sujeitos à sua autoridade jurisdicional, independentemente de sua sede funcional.

Rejeita-se, pela decisão da Superior Instância, a posição anteriormente prevalecente na jurisprudência de que a competência para o mandado de segurança sempre devia ficar adstrita à sede da autoridade impetrada, questão que não pode, portanto, voltar a debate nestes autos.

Assim, seria admissível às instâncias inferiores reconhecer a ilegitimidade passiva da autoridade impetrada mesmo após a decisão da Superior Instância, tão somente, se a razão jurídica dessa ilegitimidade se referisse à observação de que, diante dos fatos objeto da impetração, não tivesse ela competência administrativa para a correção da alegada ilegalidade - questão que de fato não foi objeto da decisão do STJ proferida nestes autos -, o que, todavia, não se extrai das razões do r. voto do eminente relator no caso em exame.

Ante o exposto, voto pela rejeição da questão preliminar de ilegitimidade passiva, com o normal processamento do feito.

DECLARAÇÃO DE VOTO DO DES. FEDERAL JOHNSOM DI SALVO:

Reitero, aqui, as razões já expendidas no item 18 desta pauta de aditamentos, em que acompanhei o e. Relator, para considerar que são partes ilegítimas (i) o Superintendente de Serviço de Transporte de Passageiros da Unidade Regional de Minas Gerais da ANTT, (ii) o Superintendente de Fiscalização da Unidade Regional de Minas Gerais da ANTT, (iii) o Diretor de Fiscalização do DEER/MG, (iv) o Gerente de Fiscalização de Transportes e Trânsito do DEER/MG e (v) o Coordenador Regional do DEER/MG – CRG Metropolitana – Belo Horizonte.

Quanto a extinção do processo em sede de agravo de instrumento, entendo possível, mesmo que excepcionalmente e assim também já procedi, em homenagem ao princípio da eficiência, pois nada justifica o trâmite de demanda *namimorta*. Isso não significa supressão de instância ou decisão 'per saltum', já que as condições do exercício da ação devem ser perscrutadas sempre como rigor destinado a evitar a jurisdição estéril.

EMENTA

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RATIFICAÇÃO DE LIMINAR - CABIMENTO DO RECURSO - MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADES COATORAS COM ATRIBUIÇÕES E SEDE FUNCIONAIS EM MINAS GERAIS - CONTROLE PÚBLICO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO, EM QUALQUER GRAU DE JURISDIÇÃO.

1- Houve, no juízo competente, ratificação de medida liminar proferida por juízo incompetente. A partir daí, surge a oportunidade para o recurso, nos termos dos artigos 1.015, inciso I, do Código de Processo Civil, e 7º, § 1º, da Lei Federal nº. 12.016/09.

2- Não ocorreu cerceamento de defesa: é viável a antecipação de tutela, nos termos do artigo 300, do Código de Processo Civil. O contraditório é diferido, com a possibilidade de manifestação antes do julgamento pelo Colegiado, órgão competente para a análise do recurso.

3- Não se confunde a delimitação da competência - já operada pelo Superior Tribunal de Justiça - com o escrutínio necessário das condições da ação e de outros pressupostos processuais.

4- Definido o tema da competência, cumpre considerar, no âmbito do controle público das condições da ação, que autoridade administrativa com atribuições e sede funcional vinculadas ao Estado de Minas Gerais é parte passiva manifestamente ilegítima, para figurar em mandado de segurança sob a jurisdição da Justiça Federal da 3ª Região.

5- Reconhecimento, de ofício, da ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras. Extinção do mandado de segurança, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil. Prejudicado o agravo interno.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Turma, por unanimidade, indeferiu a proposta de emenda à petição inicial do Mandado de Segurança formulada no parecer da Procuradoria Regional da República e, por maioria, declarou, de ofício, a ilegitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e julgou o mandado de segurança extinto, sem a resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, prejudicado o agravo interno, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto do Desembargador Federal Johanson Di Salvo, vencido o Desembargador Federal Souza Ribeiro, que rejeitava a questão preliminar de ilegitimidade passiva. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002353-53.2016.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: PATRICIA GOMES SOARES, FRANCIS DAVID MATTOS DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA GOMES SOARES - SP274169-N
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA GOMES SOARES - SP274169-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002353-53.2016.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: PATRICIA GOMES SOARES, FRANCIS DAVID MATTOS DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA GOMES SOARES - SP274169-N
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA GOMES SOARES - SP274169-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de reexame necessário e apelação interposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO NACIONAL (INSS) contra sentença que, confirmando os termos da liminar, concedeu a segurança pleiteada por PATRÍCIA GOMES SOARES e OUTRO, assegurando-lhes o direito ao atendimento junto à autarquia sem a necessidade de prévio agendamento ou a imposição de quota máxima para protocolização, consultas ou requerimentos durante o atendimento.

Em sua inicial, os impetrantes pleiteiam, na qualidade de advogados, atendimento prioritário para a protocolização de requerimentos para benefícios previdenciários, consulta e juntada de documentos, sem a necessidade de prévio agendamento, limitação de pedidos por atendimento, retirada de senha ou fila. Pretendem ainda que lhes seja garantido o direito de vista e cópia de processos independentemente da apresentação de procuração, tudo à luz da lei de regência do exercício da advocacia.

O pedido de liminar foi parcialmente deferido para assegurar aos impetrantes o direito ao atendimento sem a necessidade de agendamento, bem como para vedar a imposição de cotas máximas de protocolos, consultas ou requerimentos por atendimento (fs. 74/77).

O Ministério Público Federal oficiante em Primeiro Grau opinou pela denegação da segurança (fs. 95/97).

O juízo confirmou os termos da liminar, baseado em jurisprudência do STF. Ressalvou a observância de fila ou de senha para atendimento pelos impetrantes, como forma de organização funcional do INSS. Sujeitou sua decisão ao reexame necessário (fs. 95/97).

O INSS interpôs apelo, sustentando a inadequação da via mandamental, por não terem os impetrantes identificado ato coator. No mérito, defendeu a legalidade das medidas administrativa, voltadas para a racionalização do atendimento e para o tratamento equitativo entre os beneficiados da Previdência Social (fs. 102/112).

Contrarrazões às fs. 115/121.

A Procuradoria Regional da República negou sua intervenção no feito (fs. 125).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002353-53.2016.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: PATRÍCIA GOMES SOARES, FRANCIS DAVID MATTOS DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: PATRÍCIA GOMES SOARES - SP274169-N
Advogado do(a) APELADO: PATRÍCIA GOMES SOARES - SP274169-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Inicialmente, atesta-se que a concessão da segurança pelo Juízo de Primeiro Grau não atendeu a totalidade do pleito mandamental, reconhecendo-se aos impetrantes, na forma da liminar então concedida, apenas o direito ao atendimento nas agências do INSS sem a necessidade de prévio agendamento e sem a imposição de quotas máximas por atendimento. Ausente recurso por parte dos impetrantes, deve-se concluir que o objeto recursal a ser apreciado cinge-se ao direito então fixado em sentença.

No mais, na sessão de 20.07.2017 proferi voto no sentido de dar provimento ao apelo do INSS e ao reexame necessário, no que fui acompanhado pelo voto da Juíza Federal convocada Giselle França, vinda a Desembargadora Federal Diva Malerbi que lhes negava provimento. O julgamento restou suspenso nos termos do art. 942 do Código de Processo Civil

Naquela oportunidade, acolhi o apelo do INSS e o reexame necessário, vez que vinha adotando a tese de que a necessidade do agendamento e a limitação do número de requerimentos por senha atendia à discricionariedade do INSS na prestação do serviço público, calcada em sua melhor ordenação e eficiência. A meu ver, a medida administrativa não indica qualquer violação ao art. 6º da Lei 8.906/94, não sendo possível atribuir privilégios à advocacia em detrimento dos segurados da Previdência Social que não mantenham procuradores.

Nada obstante, não é essa a tese prevalente e consolidada no âmbito desta Sexta Turma, motivo pelo qual, diante do princípio da colegialidade, fica alterado o posicionamento para reconhecer o direito líquido e certo ora posto em discussão, assegurando ao impetrante o direito de solicitar atendimento junto ao INSS independentemente de agendamento ou de limitação no número de requerimentos.

Destacam-se os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADVOGADO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - INSS - EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE PETIÇÕES. 1. Ao analisar a prestação dos serviços públicos, o juiz deve limitar-se à verificação do cumprimento das normas existentes, sem se imiscuir no dia-a-dia da repartição. A competência para organização do serviço público é do administrador. O juiz, no exercício da jurisdição, apenas pode verificar se a diretiva posta pelo administrador ofende alguma lei vigente. Não pode substituí-lo, pretendendo organizar um serviço público que não exerce e cuja realidade, muitas vezes, desconhece. 2. O exercício de qualquer profissão está sujeito ao princípio da legalidade. A otimização dos serviços administrativos autárquicos não constitui causa revocatória ou suspensiva do sistema legal. 3. O atendimento do advogado com procuração não pode sofrer restrições e limites de prévios agendamentos e protocolos. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(ApReeNec 5002856-94.2018.4.03.6111 / TRF3 - SEXTA TURMA / JUIZ FED. JOSÉ EDUARDO DE ALMEIDA LEONEL FERREIRA / 07/06/2019)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE REQUERIMENTOS A SEREM PROTOCOLADOS. VIOLAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÕES DESPROVIDAS. 1. A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o atendimento diferenciado dispensado aos advogados nas agências do INSS não ofende o princípio da isonomia. Precedentes. 2. A exigência de prévio agendamento para protocolizar requerimentos de benefícios previdenciários junto ao INSS, bem como a limitação de protocolos para cada advogado, configuram violação ao livre exercício da advocacia, pelo que merecem ser afastadas. 3. No entanto, não afronta o livre exercício da profissão de advogado a necessária observância de fila ou senha para atendimento, por se tratar de medida de organização interna dos serviços das agências do INSS, cuja finalidade é priorizar o interesse da coletividade e isonomia no atendimento dos usuários, inclusive com observância das preferências legais. 4. Do mesmo modo, não há como acolher o pleito de recebimento e protocolização em qualquer agência do INSS. A conduta da Autarquia ao estabelecer as regras sobre o processamento dos pedidos administrativos visa apenas à otimização dos serviços prestados, em respeito aos princípios da legalidade, eficiência e isonomia, pelo que não há que se falar em ato coator. 5. No tocante à necessidade de procuração para acesso aos processos, bem como para extração de cópias, ressalta-se que é prerrogativa do advogado a possibilidade de exame dos autos, independentemente da juntada de procuração aos autos, exceto aqueles que tramitam sob sigilo, consoante disposto no artigo 7º, XIII, da Lei nº 8.096/94 (Estatuto da Advocacia). 6. Remessa oficial e apelações dos impetrantes e do INSS desprovidas.

(ApReeNec 5003465-35.2017.4.03.6104 / TRF3 – SEXTA TURMA / DESº FED. DIVA MALERBI / e- DJF3 Judicial 1 DATA: 03/06/2019)

Pelo exposto, nos termos do § 2º do artigo 942 do CPC, retifico meu voto então proferido para negar provimento ao apelo e ao reexame necessário.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE DE AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE REQUERIMENTOS. VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS ATINENTES À ADVOCACIA. POSIÇÃO CONSOLIDADA NO ÂMBITO DESTA SEXTA TURMA. VOTO ENTÃO PROFERIDO RETIFICADO NOS TERMOS DO § 2º DO ARTIGO 942 DO CPC PARA DESPROVER O RECURSO E O REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após a retificação do voto do Relator, nos termos do § 2º do artigo 942 do CPC, para negar provimento ao apelo e ao reexame necessário, no que foi acompanhado pelo Desembargador Federal Fábio Prieto, a Dra. Diva Malerbi retificou o voto da Juíza Federal Giselle França, então convocada no Gabinete da Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, no julgamento ocorrido em 20/07/2017. Assim a Turma, por unanimidade, negou provimento ao apelo e ao reexame necessário. Lavrará o acórdão o Relator. Para correção ao julgamento, a Desembargadora Federal Diva Malerbi, alertou que não fez a retificação do voto da Juíza Federal Convocada Giselle França. Então, para a devida correção, votaram, nos termos do disposto no artigo 942 do CPC, o Desembargador Federal Fábio Prieto e a Juíza Federal Convocada Denise Avelar, acompanhando o Relator. Assim a Sexta Turma, por maioria, negou provimento ao apelo e ao reexame necessário, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelo voto da Desembargadora Federal Diva Malerbi, do Desembargador Federal Fábio Prieto e da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencida a Juíza Federal Convocada Giselle França, que dava provimento ao reexame necessário e ao apelo, denegando a segurança pleiteada. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003086-88.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: OTA INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS AGRICOLAS LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: DOMINGOS ASSAD STOCCO - SP79539-A, FABIO LUIS MARCONDES MASCARENHAS - SP174866-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003086-88.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OTA INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS AGRICOLAS LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: DOMINGOS ASSAD STOCCO - SP79539-A, FABIO LUIS MARCONDES MASCARENHAS - SP174866-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson di Salvo, Relator:

Cuida-se de **agravo interno** interposto por OTA INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS AGRICOLAS LTDA - EPP contra decisão monocrática deste Relator que deu provimento à apelação da União para reconhecer a possibilidade de substituição da CDA e determinar o prosseguimento do feito executivo (ID 119298229).

Nas razões do agravo interno a recorrente requer o provimento do recurso de modo que seja acolhida a exceção de pré-executividade para reconhecer a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, com a consequente extinção da Execução Fiscal, em virtude da ausência da fundamentação legal do débito exigido (ID 123785405).

Recurso respondido (ID 128819006).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003086-88.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: OTA INDUSTRIA E COMERCIO DE MAQUINAS AGRICOLAS LTDA - EPP

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Anoto que não foram apresentados quaisquer argumentos que modificassem o entendimento deste Relator.

Nas execuções fiscais é a CDA o documento essencial à propositura da demanda executiva; assim, qualquer eiva de nulidade verificada no título prejudicaria o próprio exercício do direito de ação.

Contudo, esse ônus nos executivos fiscais foi adocado em favor dos entes públicos porquanto essas demandas - como regra - tem por escopo a realização de dívidas *ex lege*. Daí a razoabilidade do instituto.

A norma constante do §8º do art. 2º da LEF (*até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos*) diz respeito, em verdade, a aplicação mais abrangente do princípio da economia processual nas ações de execução fiscal, notadamente no tocante a emenda ou substituição do documento essencial à propositura da demanda: a CDA.

Afetada a sua certeza, liquidez ou exigibilidade por um vício qualquer passível de saneamento, há que se admitir a substituição da CDA; havendo a apuração de novos débitos, ou a existência de erro material na elaboração desse título também a sua emenda deve ser facultada ao ente público - tudo isso sem prejuízo do direito de defesa assegurado ao demandado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, instrumentalizado nos processos de execução por meio dos embargos do devedor.

Assim, a substituição da CDA deve ocorrer toda vez que os elementos essenciais ao desenvolvimento regular do processo de execução fiscal constantes desse título executivo forem infirmados por circunstâncias de fato preexistentes ou supervenientes a propositura da ação.

A questão já foi decidida em sede de recurso repetitivo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA). SUBSTITUIÇÃO, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, PARA INCLUSÃO DO NOVEL PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ERRO FORMAL OU MATERIAL. SÚMULA 392/STJ.

1. A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ).

2. É que: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA." (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205).

3. Outrossim, a apontada ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1045472/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

No caso dos autos, a CDA originária não trouxe a fundamentação legal do débito, mas foi indicado o número do respectivo processo administrativo.

Após a citação da recorrida, que indicou bens a penhora, promoveu a União a substituição da CDA, desta feita, com sua fundamentação legal.

Tal circunstância não tem o condão de infirmar a liquidez do título executivo, porquanto foi promovida a intimação do executado para manifestação.

Assim, a r. decisão monocrática deve ser mantida.

Pelo exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

Peço vênia para divergir do e. Relator.

Isto porque, na hipótese em tela, entendo que não é possível a substituição das CDAs, tendo em vista que não possuem fundamento legal, requisito essencial do título executivo. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AOS ART. 489, 926 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADA. SÚMULA 7/STJ. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO EM QUESTÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consta-se que não se configura a ofensa aos arts. 489, 926 e 1.022 do Código de Processo Civil/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia que lhe foi apresentada

2. No enfrentamento da matéria, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos: "No caso presente e de forma frequente no Município - agravante, observa-se que a CDA não menciona qualquer legislação referente aos tributos e, de outro lado, é imprecisa quanto à atualização monetária, multa e juros o que dificulta, sobremaneira, o exercício do direito de defesa do executado, além de prejudicar o controle judicial sobre o ato administrativo. (...) Assim, era mesmo de rigor o reconhecimento da nulidade da CDA, já que 'admitir certidão de dívida ativa sem a satisfação das poucas exigências legais, representa não apenas a violação ao princípio da estrita legalidade, que rege a Administração Pública, mas, num contexto mais amplo, do princípio do devido processo legal processual (e seus corolários: ampla defesa e contraditório) e substancial'.
3. Outrossim, no julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal a quo esclareceu que "ao contrário do que aduz o embargante, era nítida a nulidade da CDA por falta de menção a qualquer legislação referente aos tributos. Impossível, assim, conforme fundamentação trazida na decisão agravada, a substituição da CDA".
4. Com efeito, o STJ tem decidido reiteradamente que não cabe apreciar se a CDA que instrui a Execução Fiscal preenche os requisitos formais para instauração do feito, por demandar revisão da matéria fático-probatória, vedação contida na Súmula 7/STJ.
5. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. A emenda ou substituição da CDA é admitida diante da existência de erro material ou formal, não sendo cabível, entretanto, quando os vícios decorrem do próprio lançamento ou da inscrição (Súmula 392/STJ). O referido entendimento já foi firmado em recurso repetitivo (art.543-C do CPC/1973), quando a Primeira Seção promoveu o julgamento do REsp 1.045.472/BA, relatoria do Min. Luiz Fux.
6. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação ao art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido. (AREsp 1588954/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 19/05/2020)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo interno para desprover a apelação, mantendo a sentença de extinção da execução fiscal.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nas execuções fiscais é a CDA o documento essencial à propositura da demanda executiva; assim, qualquer eiva de nulidade verificada no título prejudicaria o próprio exercício do direito de ação.
2. A norma constante do §8º do art. 2º da LEF (até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos) diz respeito, em verdade, a aplicação mais abrangente do princípio da economia processual nas ações de execução fiscal, notadamente no tocante a emenda ou substituição do documento essencial à propositura da demanda: a CDA.
3. Assim, a substituição da CDA deve ocorrer toda vez que os elementos essenciais ao desenvolvimento regular do processo de execução fiscal constantes desse título executivo forem infirmados por circunstâncias de fato preexistentes ou supervenientes a propositura da ação.
4. No caso dos autos, a CDA originária não trouxe a fundamentação legal do débito, mas foi indicado o número do respectivo processo administrativo. Após a citação da recorrida, que indicou bens a penhora, promoveu a União a substituição da CDA, desta feita, com sua fundamentação legal.
5. Tal circunstância não tem o condão de infirmar a liquidez do título executivo, porquanto foi promovida a intimação do executado para manifestação.
6. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, nos moldes do disposto no artigo 942, do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria negou provimento ao agravo interno, nos termos dos votos do Relator, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Diva Malerbi e Fábio Prieto, bem como do voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Souza Ribeiro que dava provimento ao agravo interno para desprover a apelação. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006401-27.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: USITEC - COMERCIAL EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUIS ERNESTO DOS SANTOS ABIB - SP191640-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006401-27.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: USITEC - COMERCIAL EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUIS ERNESTO DOS SANTOS ABIB - SP191640-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johonsom di Salvo, Relator:

Trata-se de agravo interposto por USITEC – COMERCIAL EIRELI em face de decisão monocrática pela qual **dei provimento** à apelação interposta pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) em face de sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal tão somente para o fim de determinar que a embargada retifique as Certidões de Dívida Ativa nºs 80 6 16 017570-47, 80 6 16 017586-04, 80 6 16 017626-36, 80 7 16 007961-43 e 80 7 16 007979-72, apurando os valores corretos mediante exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (fls. 239/246).

A agravante sustenta que a decisão agravada deve ser modificada em nome da segurança jurídica porque não foi observado o comando judicial emanado do RE nº 574.706/PR, submetido à sistemática da repercussão geral. Aduz que a fundamentação legal da CDA executada é prova cabal de que se está diante de débitos de PIS e COFINS, apenas cabendo a discussão se é ou não legítima a inclusão de ICMS na base de cálculo. Argumenta, ainda, que o Fisco não aponta as causas que motivaram a cobrança e que não existe nos autos do PAF relatórios fiscais ou descrição dos fatos, sendo impossível averiguar com precisão a apuração das receitas utilizadas na base de cálculo do tributo executado; por isso, diz que pleiteou a juntada do procedimento administrativo e a realização de perícia contábil que teria o condão de demonstrar o excesso de execução, mas não foi atendido pelo juiz *a quo*. Sendo assim, requer que esta C. Turma restabeleça a sentença ou, subsidiariamente, que seja o recurso provido para juntada do processo administrativo a fim de que possa provar o alegado e demonstrar que as CDA's são líquidas, inexigíveis e incertas, além de violarem o comando do RE nº 574.706 (ID nº 123951185).

Houve apresentação de contrarrazões (ID nº 128138110).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006401-27.2017.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSON DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: USITEC - COMERCIAL EIRELI - EPP
Advogado do(a) APELADO: LUIS ERNESTO DOS SANTOS ABIB - SP191640-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson di Salvo, Relator:

A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ANÁLISE DE NULIDADE DA CDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRODUÇÃO DE CÓPIAS. ÔNUS DA EMBARGANTE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada do processo administrativo, caso imprescindível à solução da controvérsia.

(...)

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1580219/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ÔNUS DA PROVA DO CONTRIBUINTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ.

(...)

2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, cujo ônus de ilidi-la é do contribuinte, cabendo a ele, ainda, a juntada dos documentos imprescindível à solução da controvérsia.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1565825/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 10/02/2016)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ARTS. 399, II, DO CPC E 41 DA LEI N. 6.830/80. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PEDIDO DE CÓPIAS DE AUTOS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ÔNUS DO EMBARGANTE.

(...)

3. O ônus da juntada de processo administrativo fiscal é da parte embargante, haja vista a presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA, a qual somente pode ser ilidida por prova em contrário a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite, nos termos do art. 204 do CTN. Precedentes (AgRg no REsp 1.475.824/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015; AgRg no REsp 1.475.824/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015; AgRg no Ag 750.388/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/4/2007, DJ 14/5/2007, p. 252).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1523791/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 14/09/2015)

A r. sentença decidiu que "o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS, uma vez que a base de cálculo do PIS somente pode incidir sobre a soma dos valores obtidos não operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre o ICMS, que constitui ônus fiscal e não faturamento", conforme a decisão do Plenário do E. STF no RE nº 574.406.

Em 15/03/2017 o Plenário do STF no RE nº 574.406 resolveu que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (tema 69).

Ao contrário do que sustenta a agravante, a constatação da inclusão do ICMS não pode ser feita apenas a partir da fundamentação legal da CDA. Cabia a ela DEMONSTRAR que a CDA é composta por tributação inconstitucional, e isso exigiria perícia que não foi realizada por inépcia da própria empresa, que não requereu essa prova a tempo e a modo adequados, mesmo tendo sido intimada para, no prazo de dez dias, manifestar-se sobre os documentos juntados aos autos pela embargada e requerer aquilo que fosse de seu interesse (fl. 231). Anoto que a constituição do crédito se deu pela apresentação de declaração de rendimentos pelo próprio contribuinte, como consta da CDA. Logo, até nisso deve sucumbir.

A embargante/gravante deveria ter demonstrado cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o *onus probandi*, consoante preceitua o artigo 333, I, do CPC/1973 (artigo 373, I, do CPC/2015). Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado na inicial dos embargos.

Nesse sentido, a jurisprudência desta C. Turma:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. SENTENÇA QUE DETERMINA QUE O VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS NÃO INCIDA NA BASE DE CÁLCULO PARA INCIDÊNCIA DA COFINS. AUSÊNCIA DE PERÍCIA APTA A DEMONSTRAR QUE A CDA É COMPOSTA POR TRIBUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL. RECURSO DA EMBARGADA PROVIDO.

1. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.

2. Em 15/03/2017 o Plenário do STF no RE nº 574.406 resolveu que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (tema 69).

3. Cabia à embargante DEMONSTRAR que a CDA é composta por tributação inconstitucional, e isso exigiria perícia que não foi realizada por inépcia ademais, a constituição do crédito se deu pela apresentação de declaração de rendimentos pelo próprio contribuinte, como consta da CDA. Logo, até nisso deve sucumbir.

4. A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o *onus probandi*, consoante preceitua o artigo 333, I, do CPC/1973 (artigo 373, I, do CPC/2015). Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado na inicial dos embargos.

5. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0006556-30.2017.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 02/12/2019, Intimação via sistema DATA: 09/12/2019)

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS E DA COFINS. SÚMULA 393 DO STJ. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Encontra-se consolidada a jurisprudência, em relação aos limites da exceção de pré-executividade, no sentido de que nela somente cabe a discussão de questão de ordem pública ou de evidente nulidade formal do título, passível de exame *ex officio*, e independentemente de dilação probatória.

2. O enunciado da Súmula nº 393 do STJ também é na mesma linha: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

3. Na hipótese, em que pese o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 574.706/PR, sob a sistemática da repercussão geral, tenha assentado a tese da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a alegação de excesso de execução não se resolve no plano do simples acolhimento da questão de direito, demandando dilação probatória, com a realização de perícia contábil, de modo a possibilitar a identificação e a quantificação da parcela tida por inexistente.

4. Lembra-se que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, a qual somente pode ser ilidida por prova inequívoca a cargo do contribuinte, o que não ocorreu no caso concreto. E considerando a impossibilidade de produção de prova em sede de exceção de pré-executividade, forçoso reconhecer a inadequação do incidente processual. Precedentes.

5. Com relação à existência de decisão proferida em sede de tutela provisória em processo de conhecimento para declarar direito do agravante a recolher as contribuições para PIS e COFINS excluindo-se o ICMS as respectivas bases de cálculo, verifica-se que tal fato não foi levado ao conhecimento do Juízo de origem da execução fiscal, de tal modo que fica o Tribunal impedido de analisar a questão, sob pena de supressão de instância.

6. Agravo de instrumento conhecido em parte; na parte conhecida, desprovido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5022882-79.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 23/01/2020, Intimação via sistema DATA: 27/01/2020)

Portanto, a insurgência da executada não se exaure com uma simples tese de direito, pois, na espécie, era preciso que se fizesse a necessária demonstração contábil da apuração das receitas utilizadas na base de cálculo do tributo executado, para assim verificar se haveria parcela a ser excluída.

Por fim, repiso que antes da prolação da sentença a agravante foi intimada a requerer aquilo que fosse de seu interesse (fl. 231) e não pleiteou a juntada de cópia integral do processo administrativo, que, aliás, não traria qualquer proveito à agravante, diante da evidente e desprezada necessidade de produção de prova pericial. Por fim, imperioso ainda destacar que, consoante entendimento remanso do STJ, "a juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010). E ainda: "a despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos empoder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor." (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.).

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

Peço vênia para divergir do e. Relator:

Tratando-se de CDA originada de lançamento, que aplicou a legislação, que determinava a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS (ou, mais precisamente, a lei não determinava que esta parcela do ICMS fosse excluída da base de cálculo destas contribuições), sendo, posteriormente, reconhecida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no RE 574.706, sob o tema nº. 69, que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS", sendo a questão unicamente de direito, a matéria pode ser de pronto analisada pelo Juízo, com determinação de exclusão pela Fazenda do ICMS que foi incluído indevidamente na base de cálculo do crédito objeto do título executivo, tratando-se, portanto, de vício do lançamento fiscal que afeta a própria liquidez e certeza da CDA, cuja correção deve ficar a cargo da autoridade fiscal responsável pelo lançamento.

Compete à Fazenda Nacional proceder à correta apuração do lançamento fiscal no âmbito administrativo, onde poderá obter todas as informações necessárias para a apuração adequada e exata do crédito fiscal, depois trazendo aos autos da execução fiscal o valor devidamente retificado com a exclusão dos valores que o STF reconheceu inconstitucionais, prosseguindo-se a execução quanto ao remanescente.

Ante o exposto, voto para dar provimento ao agravo interno para desprover o apelo da União, mantendo a sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal tão somente para o fim de determinar que a embargada retifique as Certidões de Dívida Ativa, apurando os valores corretos mediante exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS.

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. SENTENÇA QUE DETERMINA QUE O VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS NÃO COMPONHA A BASE DE CÁLCULO PARA INCIDÊNCIA DA COFINS. AUSÊNCIA DE PERÍCIA APTA A DEMONSTRAR QUE A CDA É COMPOSTA POR TRIBUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: DISPONIBILIDADE NA REPARTIÇÃO FISCAL IMPEDIR ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez que só pode ser elidida mediante prova inequívoca a cargo do embargante, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.830/80. Meras alegações de irregularidades ou de incerteza do título executivo, sem prova capaz de comprovar o alegado, não retiram da CDA a certeza e a liquidez de que goza por presunção expressa em lei.
2. Em 15/03/2017 o Plenário do STF no RE nº 574.406 resolveu que "o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins" (tema 69).
3. Cabia à embargante/agravante DEMONSTRAR que a CDA é composta por tributação inconstitucional, e isso exigiria perícia que não foi realizada por inépcia. Ademais, a constituição do crédito se deu pela apresentação de declaração de rendimentos pelo próprio contribuinte, como consta da CDA. Logo, até nisso deve sucumbir. Ao contrário do que sustenta a agravante, a constatação da inclusão do ICMS não pode ser feita apenas a partir da fundamentação legal da CDA.
4. A embargante/agravante deveria ter demonstrado cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o *onus probandi*, consoante preceitua o artigo 333, I, do CPC/1973 (artigo 373, I, do CPC/2015). Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado na inicial dos embargos.
5. Antes da prolação da sentença a agravante foi intimada a requerer aquilo que fosse de seu interesse e não pleiteou a juntada de cópia integral do processo administrativo, que, aliás, não traria qualquer proveito a ela, diante da evidente e desprezada necessidade de produção de prova pericial.
6. Ademais, consoante entendimento remansoso do STJ, "a juntada do processo administrativo fiscal na execução fiscal é determinada segundo juízo de conveniência do magistrado, quando reputado imprescindível à alegação da parte executada. A disponibilidade do processo administrativo na repartição fiscal impede a alegação de cerceamento de defesa" (REsp 1180299/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010). E ainda: "a despeito da possibilidade de o magistrado determinar a exibição de documentos empoder das partes, bem como a requisição de processos administrativos às repartições públicas, nos termos dos arts. 355 e 399, II, do CPC, não é possível instar a Fazenda Pública a fazer prova contra si mesma, eis que a hipótese dos autos trata de execução fiscal na qual há a presunção de certeza e liquidez da CDA a ser ilidida por prova a cargo do devedor." (REsp 1.239.257/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011.).
7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento realizado nos moldes do disposto no artigo 942, do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria negou provimento ao agravo interno, nos termos dos votos do Relator, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Diva Malerbi e Fábio Prieto, bem como do voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Souza Ribeiro que dava provimento ao agravo interno para desprover a apelação. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0056163-05.2013.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RICARDO MATARAZZO RONCON

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0056163-05.2013.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RICARDO MATARAZZO RONCON

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de apelação contra a r. sentença que julgou a execução fiscal extinta, nos termos dos artigos 803, I, e 485, IV, do Código de Processo Civil.

Na apelação, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis objetiva a reforma da r. sentença, com a retomada do andamento da execução fiscal das anuidades dos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, assim como da multa eleitoral.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhores Desembargadores, a Lei 10.795/2003 alterou os artigos 11 e 16, § 1º, da Lei 6.530/1978, vigorando desde 08/12/2003, fixando valores máximos para anuidades e multas dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis. A partir de 2004, portanto, existia lei que fixava o valor das anuidades, em consonância com o princípio da legalidade tributária.

Dispuseram tais preceitos:

"Art. 11. Os Conselhos Regionais serão compostos por vinte e sete membros efetivos e igual número de suplentes, eleitos em chapa pelo sistema de voto pessoal indelegável, secreto e obrigatório, dos profissionais inscritos, sendo aplicável ao profissional que deixar de votar, sem causa justificada, multa em valor máximo equivalente ao da anuidade."

[...]

"Art. 16. Compete ao Conselho Federal:

[...]

VII - fixar as multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais;

[...]

§ 1º Na fixação do valor das anuidades referidas no inciso VII deste artigo, serão observados os seguintes limites máximos:

I - pessoa física ou firma individual: R\$ 285,00 (duzentos e oitenta e cinco reais);

II - pessoa jurídica, segundo o capital social:

[...]

§ 2º Os valores correspondentes aos limites máximos estabelecidos no § 1º deste artigo serão corrigidos anualmente pelo índice oficial de preços ao consumidor."

Na espécie, as anuidades entre 2009 e 2011 foram fixadas em desconformidade com o § 1º do artigo 16 da Lei 6.530/1978, com a redação dada pela Lei 10.795/2003, o que, porém, não autoriza a extinção, mas impõe a adequação do título executivo aos parâmetros legais pertinentes.

Neste sentido, a jurisprudência desta Turma:

ApCiv 5004154-76.2018.4.03.6126, Rel. Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, e-DJF3 20/12/2019: "ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. EXECUÇÃO FISCAL. CRECI. LEI N.º 10.795. LEGALIDADE DAS ANUIDADES A PARTIR DE 2004. AFASTAMENTO DAS EXIGÊNCIAS ANTERIORES E DAS MULTAS ELEITORAIS. VALOR DA EXECUÇÃO SUPERA O LIMITE IMPOSTO PELO ART. 8º DA LEI 12.514/11. 1. O valor da anuidade de pessoa física devida ao CRECI a partir do ano de 2004 está fundamentada na Lei n.º 6.530/78, art. 16 que, com as alterações promovidas pela Lei n.º 10.795 de 05/12/2003, estabeleceu como limite máximo da cobrança o patamar de R\$ 285,00 (duzentos e oitenta e cinco reais), admitindo-se correção anual pelo índice oficial de preços ao consumidor. 2. A partir de 2004, existia lei que fixava o valor das anuidades, em consonância com o princípio da legalidade tributária. In casu, as anuidades de 2002 e 2003 não podem ser cobradas, visto que cobradas somente com fundamento em norma infralegal. 3. As multas eleitorais foram instituídas pelo parágrafo único do artigo 19 do Decreto nº 81.871/78, que, ao regulamentar a Lei nº 6.530/78, criou a exigência do voto obrigatório e impôs a multa eleitoral como penalidade. No entanto, se o contribuinte estiver impossibilitado de votar por falta de pagamento de anuidade, é descabida a exigência da multa eleitoral. 4. Conclui-se, portanto, que são exigíveis somente as anuidades relativas aos anos de 2004, 2005 e 2006. 5. O valor das anuidades remanescentes, excluídas as anteriores à vigência da Lei nº 10.795/2003 e as multas eleitorais, corresponde a R\$ 1.482,87. Adotando como parâmetro a última anuidade exigida, fixada para o ano de 2006 (R\$ 361,50x 4 = R\$ 1.446,00) vemos que o valor a ser executado, com os consectários, supera o mínimo legal, nos termos do art. 8º da Lei nº 12.514/11. 6. Apelação provida."

Em relação à anuidade de 2012, embora pudesse ser exigível nos termos da Lei 12.514/2011, é incabível, pois consta da CDA que o fundamento legal para sua cobrança foram os artigos 16, VII, da Lei 6.530/1978, e 34 e 35 do Decreto 81.871/1978, padecendo, pois, de nulidade o título executivo, neste ponto.

Igualmente, são indevidas as multas eleitorais do profissional que, ao contrário de simplesmente descumprir a obrigação de votar, estava impedido de exercer tal direito, em razão da inadimplência com as anuidades exigidas pelo respectivo conselho, a revelar que inexistente a situação voluntária de agir em desconformidade com a obrigação específica de que poderia resultar sanção.

Neste sentido, o seguinte precedente:

ApCiv 5007536-52.2018.4.03.6102, Rel. Des. Fed. NELTON DOS SANTOS, e-DJF3 09/12/2019: "EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 2ª REGIÃO - CRECI/SP. ANUIDADES. NULIDADE DA INSCRIÇÃO EM DIVÍDA ATIVA. MULTA ELEITORAL. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de execução fiscal em que se busca a cobrança das anuidades de 2009 a 2013 (ID de n.º 57081252, páginas 15-16 e 18-20), e multa eleitoral de 2009 e 2012 (ID de n.º 57081252, páginas 17 e 21). 2. A cobrança de anuidade cujo valor seja fixado, majorado ou mesmo atualizado por ato normativo do Conselho Profissional ofende o princípio da legalidade. 3. O Supremo Tribunal Federal enfrentou e rejeitou o argumento de que o artigo 2º da Lei nº 11.000/2004 autorizaria os conselhos profissionais a fixar os valores de suas anuidades e, indo além, refutou também a alegação de que a decisão da Turma violaria o artigo 97 da Constituição Federal. (Precedente: STF, ARE 640937 AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-171 DIVULG 05-09-2011 PUBLIC 06-09-2011 EMENT VOL-02581-02 PP-00362). 4. Em relação ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis, a cobrança da contribuição de interesse da categoria profissional inicialmente era prevista na Lei n.º 6.994/82 que estabeleceu limites ao valor das anuidades e taxas devidas aos conselhos fiscalizadores do exercício profissional, vinculando-as ao MVR (Maior Valor de Referência). Após, a Lei n.º 9.649/98 previu a fixação de anuidades pelos próprios Conselhos de Fiscalização no seu art. 58, §4º. Porém, foi declarada a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. Mas, a partir da edição da Lei nº 10.795/2003, de 5/12/2003, que deu nova redação aos artigos 11 e 16 da Lei nº 6.530/78 (que regulamenta a profissão de corretores de imóveis), a cobrança das anuidades passou a ser admitida, pois foram fixados limites máximos das anuidades, bem como estipulado o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada, em observância ao princípio da legalidade estrita. 5. Desse modo, observado o princípio da irretroatividade das leis, o Conselho Regional de Corretores de Imóveis passou a cobrar o valor das anuidades nos moldes estabelecidos em norma legal somente a partir de dezembro de 2003 (data de publicação da Lei nº 10.795/2003). 6. No presente caso, ainda que a Lei nº 10.795/2003 autorize a cobrança das anuidades devidas ao Conselho exequente, não há como a presente execução prosseguir, pois as CDA's que embasam a presente execução, indicam como dispositivos legais para a cobrança das anuidades, apenas o art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78 c/c os artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78, sendo que o primeiro dispositivo citado (art. 16, VII, da Lei nº 6.530/78) permite a fixação das multas, anuidades e emolumentos devidos aos Conselhos Regionais; e, o segundo (artigos 34 e 35 do Decreto 81.871/78) estabelece que o pagamento da anuidade constitui condição para o exercício da profissão (art. 34), além de estipular a data em que deve ser paga a anuidade (art. 35). 7. Assim, os dispositivos legais utilizados pelo exequente não configuram embasamento legal válido para a cobrança das anuidades em tela, pois não consta como fundamento das referidas CDA's, o § 1º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que fixou os limites máximos das anuidades, bem como, o § 2º do art. 16, da Lei nº 6.530/78, incluído pela Lei nº 10.795/2003, que estipulou o parâmetro para a atualização monetária a ser aplicada na sua cobrança (precedentes da Terceira Turma deste E. Tribunal). 8. Desse modo, não indicando o fundamento legal para a cobrança das anuidades (artigos §§ 1º e 2º do art. 16 da Lei nº 6.530/78, incluídos pela Lei nº 10.795/2003), deixou o exequente de observar os requisitos previstos art. 2º, §5º, III, da Lei nº 6.830/80. 9. De outra face, com relação à multa de eleição, prevista para os anos de 2009 e 2012, a execução padece de nulidade, pois a resolução COFECI de nº 1.128/2009 (art. 2º, II) estabelece normas para a realização de eleições nos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, dispondo no artigo 2º, II, das Normas Regulamentadoras do processo eleitoral que o corretor esteja em dia com as obrigações financeiras para com o CRECI da Região, inclusive a anuidade do exercício corrente para poder exercer seu direito a voto. Ressalte-se que a Resolução COFECI de nº 809/2003, no seu artigo 13, II, já estabelecia norma neste mesmo sentido. Como, no presente caso, estão sendo cobradas as anuidades de 2009 e 2012 é indevida a imposição da multa eleitoral. 10. Apelação desprovida."

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, apenas, em relação às anuidades de 2009 a 2011, observados os parâmetros da Lei 10.795/2003.

É como voto.

VOTO DO DES. FED. JOHNSOM DI SALVO:

Corretagem, inscrição no CRECI e pagamento de anuidades e multas eleitorais. Constitucionalidade.

No RE 70.563-SP, Rel. Ministro Thompson Flores, o plenário do STF afirmou, como dito pelo e. relator, que a intermediação para venda de imóveis podia ser feita por qualquer pessoa e não somente por quem se vinculasse a Conselho de Corretagem.

Mas o STF não disse que essas autarquias eram inconstitucionais e nem que as cobranças exigidas de seus filiados eram indevidas.

Assim, se alguém desempenha a atividade econômica por meio da corretagem de imóveis, precisa se inscrever no CRECI na condição de "corretor", deve pagar as anuidades correspondentes e, não comparecendo para votar nas eleições classistas, deve pagar a anuidade correspondente à falta.

Destaco que a validade da existência do CRECI e da exigibilidade de anuidades quando a pessoa ou entidade ostenta atividade básica de corretagem, tem sido afirmada no âmbito do STJ (AgInt no AREsp 1357519/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019).

De outro lado, a validade dessa autarquia foi implicitamente reconhecida em sede de recurso repetitivo (REsp 1330473/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 02/08/2013) quando foi reconhecida a prerrogativa de o advogado do CRECI ser pessoalmente intimado conforme disposto no art. 25 da Lei 6.830/80.

Noutro julgado, o STJ destacou que a Lei 6.530/1978, que regulamenta a profissão de corretor de imóveis e disciplina seus órgãos de fiscalização, dispõe, em seu art. 5º, que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais são autarquias, dotadas de personalidade jurídica de direito público, vinculadas ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira (REsp 1330190/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012).

Tomando ao RE 70.563-SP, a leitura do aresto mostra várias coisas: (1º) o julgamento versou sobre cobrança de comissão de corretagem que era exigida por pessoa que intermediou compra-e-venda sem ser vinculado ao CRECI; (2º) a ação originária envolvia apenas duas pessoas privadas – Mário Gozzo e Luiz Basile – que discutiam se um deles, não sendo corretor de imóveis, podia ou não receber a corretagem pela intermediação feita; (3º) o STF declarou inconstitucional apenas e tão somente o dispositivo da velha Lei nº 4.116/62, art. 7º, que dizia que apenas os que fossem corretores de imóveis poderiam receber remuneração como "mediadores" negociais; (4º) o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer autarquia profissional ou do regramento da profissão de corretor de imóveis; (5º) o julgamento ocorreu em 18/3/1971, portanto muito antes do surgimento da Lei nº 6.530/78, que se mantém incólume como já vimos.

A consequência única da decisão proferida no RE foi a de permitir que pessoas pudessem cobrar judicialmente uma comissão de corretagem mesmo não estando registradas como corretores de imóveis sob a égide da Lei nº 4.116/62 (AI 89406 AgR, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 14/09/1982, DJ 01-10-1982 PP-19829 EMENT VOL-01269-01 PP-00305 - RE 91451, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 28/08/1979, DJ 14-09-1979 PP-01370 EMENT VOL-01144-02 PP-00729) que, a esse tempo, já se achava revogada e substituída pela Lei nº Lei 6.530/78. Só isso.

Destarte, a mesma 2ª Turma do STF reconheceu a plena legitimidade dos Conselhos Regionais de Corretagem e de suas atribuições, tanto sob a égide da velha Lei nº 4.116/62, quanto da nova Lei nº Lei 6.530/78. A saber:

REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL, CORRETAGEM E LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS DA 1ª REGIÃO. NÃO VIOLA O PAR. 3 DO ART. 153 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL A EXIGÊNCIA, PREVISTA EM LEI, PARA QUE SE REGISTREM NOS CONSELHOS REGIONAIS DE IMÓVEIS AS EMPRESAS QUE SE DEDICAM A INTERMEDIACÃO NA COMPRA E VENDA, PERMUTA E LOCAÇÕES DE IMÓVEIS, TENDO EM VISTA O DISPOSTO NA LEI 6530, DE 12.05.78, MESMO PARA AQUELAS QUE JÁ VINHAM, ANTES DA LEI, EXERCENDO TAIS ATIVIDADES. A LEI N. 6530-78 E DE ORDEM PÚBLICA E, POIS, DE APLICAÇÃO IMEDIATA, E NÃO HÁ COMO DIZER-SE QUE O REGISTRO FERRE O DIREITO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE: AS NORMAS VISAM A FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS CORRETORES DE IMÓVEIS. AGRADO REGIMENTAL QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AI 109272 AgR, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 06/06/1986, DJ 08-08-1986 PP-13474 EMENT VOL-01427-02 PP-00345)

Muito recentemente, o Plenário do STF teve o ensejo de examinar vários dispositivos da Lei nº Lei 6.530/78 e nenhum deles – inclusive os que tratam de anuidades e eleições – foi considerado inconstitucional (ADI 4174, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-226 DIVULG 16-10-2019 PUBLIC 17-10-2019).

Portanto, **DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO, invertendo a sucumbência se o caso.**

APELAÇÃO CÍVEL (98) Nº 0056163-05.2013.4.03.6182
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2ª REGIAO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
APELADO: RICARDO MATARAZZO RONCON

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO-OBIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º, IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJE de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão.

2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (RE 795467 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014).

A orientação é seguida nesta Corte Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO FEDERAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAR E PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA.

1. A questão cinge-se em saber se os Conselhos dos Despachantes Documentalistas têm autorização legal para exercer poder de polícia, tributar e punir os profissionais despachantes.

2. Na ADI nº 1.717-6/DF, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia do caput e demais parágrafos do art. 58 da Lei nº 9.649/98, sob o argumento de que em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, não parece possível delegação, a uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir; no que tange ao exercício de atividades profissionais.

3. A decisão unânime de mérito do STF, em plenário (2002), julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do caput do art. 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98.

4. Da análise da Lei nº 10.602/2002 e respectivos vetos (artigo 1º, §§ 3º e 4º; artigo 3º, artigo 4º e artigo 8º), verifica-se que ficou obstada a delegação do poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício da atividade profissional de despachante documentalista, conforme decisão do STF na ADI mencionada.

5. A Lei nº 10.602/2002 conferiu aos referidos Conselhos apenas o poder de representar os profissionais junto a órgãos e entidades, sendo vedado - por ausência de previsão legal - estipular requisitos ou entaves aos pedidos de inscrição que lhes forem endereçados. Precedentes.

6. Com relação ao advento da Lei nº 12.514/2011, informado pela parte agravante como 'fato novo', há impossibilidade de análise da questão tomando-se por base o novo paradigma legal, uma vez que a novel legislação não foi objeto da decisão agravada - o que impede o conhecimento da matéria na estreita via do agravo de instrumento.

7. Agravo regimental não conhecido e agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0006812-24.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 16/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013).

A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal.

De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos'".

O texto acima, de autoria do então desembargador Rodrigues Alckmin, do TJSP, foi citado e transcrito pelo Ministro Thompson Flores, no julgamento do RE 70.563-SP, na 2ª Turma do STF.

É oportuno dizer que, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal libertou, o exercente da atividade de corretagem de imóvel, de "uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza" (Rodrigues Alckmin, supra).

Depois, a pedido do Sindicato dos Advogados do Estado de Guanabara, o Procurador-Geral da República Moreira Alves representou pela inconstitucionalidade integral da lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, "para evitar que os advogados sejam impedidos de proceder a alienações de bens imóveis que lhes são confiados pelos seus clientes através de inventário e ações de despejo e outras, como vem ocorrendo frequentemente, prejudicando os interesses dos próprios espólios e do público em geral".

Desta feita, na RP930, o Plenário do STF declarou integralmente inconstitucional a lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis.

Nesta oportunidade, não mais como Desembargador do TJSP, mas, como Ministro do STF, lá estava Rodrigues Alckmin, cujo erudito voto condutor ainda é dotado de eficácia persuasiva naquele Colegiado, como será documentado adiante.

Alguns tópicos:

"5. Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. Observa Sampaio Dória: "A lei para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas" (Comentários à Constituição de 1946, v. IV, pág. 637). São legítimas, consequentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. Aliás, na Constituinte, sustentava Mário Masagão que somente esses requisitos de capacidade técnica poderiam ser exigidos por lei ordinária. E ponderava que, se se mantivesse a autorização ao legislador ordinário para estabelecer as condições de capacidade técnica unicamente, "já teremos assegurado o interesse público. Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções porque estaríamos mutilando o regime democrático de Constituição e o Estado Jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter" (v. José Duarte, "A Constituição Brasileira", de 1946, v. 3º p. 33/34)".

(...)

8. No Brasil, a Constituição do Império, depois de assegurar a liberdade de trabalho "que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos", declarou abolidas "as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres".

(...)

9. Postos esses princípios, examine-se a lei federal nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma profissão de "corretor de imóveis", profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não se justifica regulamentada sob o critério da exigência de capacidade técnica, por dupla razão.

Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio.

Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica, para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício desta profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum pelo interesse público, de capacidade técnica. Haverá acaso, ditado pelo mesmo interesse público, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão, para que seja de mister regulamentá-la? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Como consequência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis" como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. Nada justifica, pois, em princípio, se regulamente essa profissão. Não há, na verdade, interesse coletivo algum que o imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e o regime democrático vigente repelem".

É certo que, após a derrubada integral da citada lei corporativa, foi editada, em 1978, a Lei Federal nº 6.530.

Salvo lapso de informação, a partir da pesquisa realizada no site do STF, esta Lei Federal nº 6.530/78 jamais foi levada ao Plenário da mais Alta Corte.

Há, tão-só, precedente da 2ª Turma do STF. Com fundamentação ligeira, sem caráter vinculante: AI 109272.

Este precedente da 2ª Turma do STF é anterior à vigência da Constituição de 1.988 - sem a autoridade do Plenário ou do caráter vinculante da decisão, repita-se.

Seja como for, os termos da Lei nº 6.530/78 são os mesmos, **substancialmente**, da Lei Federal nº 4.116/62, **no que concerne à disciplina da atividade sem risco social relevante e à fixação de "contribuições"**.

Registre-se que, mesmo naquela quadra, o Supremo Tribunal Federal não aceitava a reedição, de modo aberto ou dissimulado, de normas jurídicas por ele declaradas inconstitucionais.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: AGROTÓXICOS E BIOCIDAS. - CONTRARIEDADE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE DISPOSITIVOS DA LEI N. 5032, DE 15 DE ABRIL DE 1986, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE, A TÍTULO DE ALTERA-LA, REINTRODUZEM NORMAS DA LEI N. 4002, DE 5 DE JANEIRO DE 1984, DO MESMO ESTADO, JA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS, PELO STF, NA RP N. 1241-7-SP. - INCONSTITUCIONALIDADE, AINDA, DOS ARTIGOS QUE DISPÕEM SOBRE MATERIAS REGULADAS POR DIPLOMAS FEDERAIS E QUE SE COMPRENDEM NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO INCISO XVII, ALÍNEA 'C', 'IN FINE' E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º, DA CARTA POLITICA EM VIGOR. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rp 1348, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1988, DJ 29-04-1988 PP-09844 EMENT VOL-01499-01 PP-00021).

Sob qualquer perspectiva constitucional, os preceitos substanciais da lei de 1.978 não podem subsistir, pois, se é certo que, a partir de 1.988, nos termos do artigo inaugural da Constituição, **"a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana e IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa"**, a norma jurídica que institui, na dicção do STF, **"corporação de ofício"** contra os cidadãos e as empresas não pode ser considerada recepcionada.

No Supremo Tribunal Federal, no RE 395.902-AgR, o Ministro Celso de Mello esclareceu a questão da revogação da lei, por incompatibilidade superveniente com novo texto constitucional:

"É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional "(...) traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores" (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 - RTJ 99/544 - RTJ 124/415 - RTJ 135/32 - RT 179/922 - RT 208/197 - RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 - RTJ 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legítimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 143/355 - RTJ 145/339, v.g.).

De acordo com a Constituição - **a vigente ou a precedente** - ninguém pode ser submetido a conselho de corretores de imóveis.

A assimetria, do mencionado sistema de intervenção e controle autárquicos, com a atual Constituição, parece mais que evidente, porque o texto de 1.988 privilegia **a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional**.

A regra é a liberdade profissional. Empreendedores individuais e empresas não podem ser submetidos a controles corporativos, sem justa causa, com os custos e a burocracia inerentes a tal modalidade de regulação.

Conselho caracterizado como **"corporação de ofício"**, pelo **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, não pode ter a pretensão de ver recepcionadas, pelo Texto Constitucional vigente, as suas atividades interventivas contra cidadãos e empresas.

Uma nota incidental de atualização e esclarecimento.

O voto histórico do Ministro Rodrigues Akckmin ainda hoje é paradigma. Em caso recente, o **Plenário do STF**, no **RE 511.961**, desautorizou a exigência de diploma universitário, para o exercício da profissão de jornalista.

O Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, transcreveu - como aqui - trechos significativos do texto de Rodrigues Akckmin.

Mas o que é oportuno enfatizar, como esclarecimento, é a sentença - **só aparentemente** - radical de Rodrigues Akckmin, no sentido de que até analfabetos podem realizar certas atividades.

Sua Excelência não estava a pregar nenhuma espécie de supremacia social do obscurantismo cognitivo ou sensorial. É fato que incultos podem realizar, e realizam, a corretagem de imóveis - e **milhares** de outras atividades humanas.

Rodrigues Akckmin não disse que atividade alguma deve ser privatizada para analfabetos ou letrados. O dedutível é que, ainda quando sejam os mais cultos os seus exercentes, nenhuma atividade profissional pode ser aparelhada por regulação, se não há **risco social relevante** vinculado à falta de **diplomação formal** ou à **apropriação livre de técnicas simples** de prestação de serviço.

O Ministro Gilmar Mendes jogou luz sobre este ponto:

"É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/1969. Esses cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, marketing, desenho industrial, moda e costura, educação física, entre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas. Um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área. Certamente o Poder Público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores.

Os cursos de publicidade e de cinema, por exemplo, igualmente inseridos no âmbito mais amplo da comunicação social, tal como o jornalismo, são extremamente importantes para a formação do profissional que atuará nessas áreas, mas não constituem requisito básico e indispensável para o exercício regular das profissões de publicitário e cineasta.

O mesmo raciocínio deve ser válido para músicos e artistas em geral, cujo exercício profissional deve estar sob o âmbito de proteção do direito fundamental à livre expressão da atividade artística, intelectual e de comunicação, tal como expressamente previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição.

Certamente, há, nessas hipóteses, uma esfera de livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades".

O Ministro Cezar Peluso deu colaboração analítica importante:

"O que significa essa racionalidade no caso? Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão. E que isso significa concretamente neste caso? Significa a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, sobretudo - e aqui o meu ponto de vista, Senhor Presidente - de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão.

Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade? A especificidade dessa necessidade, a meu ver, está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.

Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

O curso de jornalismo não garante a eliminação das distorções e dos danos decorrentes do mau exercício da profissão. São estes atribuídos a deficiências de caráter; a deficiências de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e, até, dependendo da hipótese, a deficiências de sentidos. Ou seja, não existe, no campo do jornalismo, nenhum risco que advinha diretamente da ignorância de conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso".

Passados tantos anos do voto fulgurante de Rodrigues Akckmin e da chancela de **ampla maioria** que lhe concedeu o **Plenário do Supremo Tribunal Federal**, a **corretagem de imóveis não ganhou foros de verdade científica, nem sequer tem postulados elementares inacessíveis aos desprovidos de titulação formal**.

Por outro ângulo, mas ainda por uma **questão constitucional**, a cobrança da dívida também é injustificável.

A modernização do Poder Judiciário vem sendo realizada através de várias iniciativas.

A Constituição submete todos os Poderes da República ao **princípio da eficiência** - artigo 37, "caput".

É regra universal de eficiência, em todo sistema de distribuição de justiça, que a movimentação da pesada e custosa máquina judiciária não pode ser feita por bagatelas.

Em harmonia com a **norma constitucional**, a aplicação do princípio da insignificância, no **plano processual**, tem definido o destino de **ações irrelevantes**, nos mais variados ramos do direito - penal, meio ambiente, improbidade e todos os demais.

PENAL -DESCAMINHO - REJEIÇÃO DE DENÚNCIA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INÉPCIA E SINGNIFICAÇÃO DO DANO - RECURSO IMPROVIDO.

1 - No Estado Democrático de Direito, a fidelidade narrativa da denúncia ao tipo penal, expressão da vinculação estrita das autoridades executivas da repressão criminal à vontade da lei, materializa a observância ao devido processo legal, garantia do cidadão e da defesa social.

2 - Dívida tributária infima não autoriza o ajuizamento de execução fiscal (STF - RE n.º 235.270-8-SP - Rel. Min. Nelson Jobim).

3 - É colorário do princípio liberal da graduação das sanções que, vetado o menos - a execução fiscal -, não se permite o mais - a ação penal.

4 - Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, RSE 0060554-81.1997.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 20/02/2001, DJU DATA:17/04/2001).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA.

1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.

4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPLA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

9. Precedentes do STF e do TSE.

10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como réis e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0038686-27.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 02/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2010).

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DERRAMAMENTO DE 30 LITROS DE ÓLEO NO ESTUÁRIO DO PORTO DE SANTOS - INSIGNIFICÂNCIA.

1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.

4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública - ou a consideração direta do meio ambiente, como valor de estatura constitucional - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do higienismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Precedentes do STF, do STJ e do TSE.

9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0208502-87.1993.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2011 PÁGINA: 520).

No caso da execução forçada de dívidas fiscais, o legislador resolveu preservar o Poder Judiciário da cobrança de valores insignificantes.

É oportuno registrar que a medida legislativa foi impulsionada por juízes compromissados com a racionalidade do sistema judiciário. O Supremo Tribunal Federal passou a manter as decisões judiciais vinculadas a esta hermenêutica.

RE 378035 / SP

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) Min. MOREIRA ALVES DJ DATA-05/05/2003 P - 00105

Julgamento 02/04/2003

DESPACHO : 1. É este o teor da decisão proferida em embargos infringentes: "Os embargos devem ser rejeitados. O embargante nada inovou em suas razões, trazendo à baila alegações já apreciadas na sentença. No que respeita à falta de interesse processual, a orientação da extinção da ação em causas de valor ínfimo tem amparo na doutrina pátria. Nesse sentido: A sobrecarga decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores realmente expressivos, já que as grandes e pequenas causas fiscais seguem praticamente o mesmo rito processual (Lei nº 6.830/80). Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos e inibir a sonegação, os processos de valores irrisórios congestionam a máquina judiciária e prejudicam o andamento da execução de valores expressivos, tudo em prejuízo do interesse público (Lei de Execução Fiscal comentada e Anotada, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 307, de Manoel Álvares, Maury Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão). A jurisprudência tem acolhido esse entendimento, a saber: "Execução, valor ínfimo, inexistente interesse processual na execução da quantia de significância mínima, a demandar despesas consideravelmente superiores ao crédito pretendido" (TRF - 1ª região, Ap. nº 96.01.02701-7 MG, rel. Juiz Jirair Aram Menguerian, J. 25/03/96, p. 57.748). Persiste, pois, a sentença tal como lançada. Ante o exposto, rejeito os embargos, mantendo a decisão recorrida, devendo o embargante arcar com as despesas comprovadas pela parte contrária, com fundamento no disposto no art. 39 e seu parágrafo, da Lei de execução Fiscal. Ao curador nomeado, arbitro os honorários de 223,04. Com o trânsito, expeça-se a certidão." (fls. 52/53) Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho: "1. Subam os autos ao E. Tribunal Superior Federal, com as cautelas de praxe e as homogeneas deste Juízo. 2. Providência a serventia o traslado necessário." (fls. 78) 2. É evidente que, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de que não é cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário (cfe. RE 240.250). 3. De outra parte, esta Primeira Turma, ao julgar os RREs 225.564 e 217.952, decidiu que a alegação de violação ao artigo 2º da Constituição pela circunstância de a decisão recorrida haver extinto a execução fiscal pela falta de interesse do autor era alegação de ofensa indireta à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. 4. Por fim, a decisão recorrida não ventilou as demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). 5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso. Brasília, 02 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.

RE 241017/SP

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE DJ DATA-12-02-99

P-00029 Julgamento 15/12/1998

DESPACHO: A sentença objeto do RE - começando com a invocação do douto Cândido Dinamarco, (Execução Civil, ed. RT, 2ª ed, v. 2/229) para quem há falta do interesse de agir, quando "a atividade preparatória de provimento custe mais em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem em vantagens que dele é lícito esperar" -, como em numerosos casos similares de Estância de Atibaia, extinguiu a execução fiscal movida pelo Município fundada em crédito tributário de valor insignificante. E aduziu: "A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traz de utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exequente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despense cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestionam a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT, 1996). Estes fatos tornam obrigatório o reconhecimento da ausência do Interesse Público de Agir da exequente no presente processo, em face do valor da dívida. O prosseguimento da ação mostra-se antieconômico, pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado. Esta conclusão não se confunde com os institutos da anistia e remissão. Não está sendo julgada a existência do crédito tributário, nem declarada a sua extinção ou exclusão. Respeitados os prazos prescricionais, a soma de créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade." Rejeitados os embargos infringentes e expresso, no julgamento de embargos de declaração, a inexistência de contrariedade do art. 30, III, da Constituição - autonomia dos municípios para "instituir e arrecadar os tributos de sua competência" - nela insiste o Município no recurso extraordinário, fundamento a que adita o do princípio da independência e harmonia dos poderes (CF, art. 2º). O RE admitido no juízo a quo, porém, é inviável, ainda quando, com alguma liberalidade, se reputem prequestionados os temas constitucionais. Com efeito. Nem a independência do Poder local, nem a autonomia do município para arrecadar os tributos de sua competência o dispensam - para valer-se a tanto da via jurisdicional - da satisfação das condições da ação, entre elas, o interesse processual de agir. A existência ou não do interesse de agir - fundamentadamente negada pela sentença recorrida - é questão de Direito Processual ordinário, cuja solução não é revisível na instância do recurso extraordinário. De resto, em casos idênticos, à mesma conclusão tem chegado diversos Ministros da Casa (v.g., RE 236.591, Moreira, DJ 23.11.98; RE 235.186, Gallotti, DJ 25.11.98; RE 236.943, Velloso, DJ 06.11.98; RE 235.242, Corrêa, DJ 20.10.98). Nego seguimento ao recurso extraordinário. Brasília, 15 de dezembro de 1998 Ministro SEPULVEDA PERTENCE - Relator RE 240250/SP - SÃO PAULO.

RE 240250/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 15/06/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-06-08-99 PP-00052 EMENT VOL-01957-20 PP-04350

EMENTA: Execução fiscal. - A única questão constitucional prequestionada, porque ventilada na decisão prolatada em embargos infringentes - as demais não o foram (súmulas 262 e 356) - é a relativa ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). É evidente, porém, que por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir não se pode pretender, por se entender que não cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 252965/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/03/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-29-09-00 PP-00098 EMENT VOL-02006-04 PP-00793

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.

AI 388397/RJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Julgamento 16/05/2002

Relator(a) Min. ELLEN GRACIE DJ DATA-17/06/2002 P - 00081

AGTE.: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA - 4ª REGIÃO/RJ

AGDO.: GILSON ALVES CAVALHEIRO

A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base em lei processual (artigos 267, § 3º e IV e VI e 598 do CPC), por entender que o agravante não possui interesse processual para intentar execução fiscal, de acordo com as Leis 6.830/80 e 9.649/98. Sem lugar a alegação de ofensa aos artigos 37, XIX e 149, caput, da Constituição, não dando margem, portanto, ao cabimento do recurso extraordinário interposto também com base na alínea "b" do permissivo constitucional, por não alcançar nível constitucional a controvérsia posta nos autos. Veja-se o AGRAG 153310, DJ de 21.06.06, o AGRAG 255669, DJ de 16.06.00, o RE 240941, DJ de 12.02.99 e o RE 197931, DJ de 19.10.01. Nego, portanto, seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 16 de maio de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.

Durante a evolução da questão, a Lei Federal nº 10.522/02, com a nova redação da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, deu parâmetro econômico para a racionalidade no uso da máquina judiciária e inovou a solução do arquivamento provisório.

Confira-se o seu artigo 20: "Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); § 1º - Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados".

Salvo melhor juízo, não cabia dizer que a solução adotada para a Fazenda Nacional era inconveniente aos interesses das corporações autárquicas.

De um lado, seria interditar a cobrança relevante do crédito público nacional, porque o Poder Judiciário tem limite operacional e deve ser preservado em certas circunstâncias, e, de outro, resguardar a máquina judiciária para a cobrança de anuidades e multas corporativas irrisórias.

Menos, ainda, sustentar que a solução racional do arquivamento provisório, de interesse público, estivesse interdita à declaração de ofício, pelo Judiciário, pois o que interessava, em termos de administração de justiça e de lei processual, era a vontade caprichosa, perdulária e disfuncional da parte.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu este entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.176-79/01, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.522/02. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/04. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF.

1. A Medida Provisória nº 2.176-79/01, convertida na Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04, dispõe que os executivos fiscais pendentes, referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ter seus autos arquivados, e somente reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite estabelecido.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, sedimentou o entendimento de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04."

(REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 08/05/2006; AgRg nos EREsp 471.107/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 25/10/2004)

2. In casu, o art. 1º da Lei 5.194/66 não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

Trata-se de recurso especial interposto pela CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA CREA - SP, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos da ementa a seguir transcrita:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INEXPRESSIVO. PARÂMETROS OBJETIVOS. LEI N. 9.469/97. EXTINÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

I - Cabe ao magistrado, ao verificar a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, obstar as ações executivas fiscais de valor inexpressivo, as quais, além de sobrecarregarem o aparelho estatal, acarretam prejuízos ao erário, haja vista os custos da cobrança equivalente ou superarem o valor do crédito exequendo.

II - Estabelecidos os valores considerados irrisórios (art. 1º, da Lei 9.469/97), de rigor a extinção de execução fiscal fundada em dívida ativa cujo montante seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

III - O reconhecimento da falta de interesse de agir da Exequente é medida que, em última análise, atende ao princípio da supremacia do interesse público.

IV - Apelação improvida.

Nas razões do especial, aduziu a recorrente que o acórdão impugnado violou os artigos 1º, da Lei 9.469/97, e 1º da Lei 5.194/66. Sustentou que o Tribunal a quo decidiu sem qualquer respaldo legal quando extinguiu o executivo fiscal sob o fundamento de ausência de interesse processual. Isto porque o preceito indicado como malferido estabelece o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Ademais, os créditos exequendos não pertencem à União, mas a uma autarquia federal, dotada de parafiscalidade, de modo que a Lei 9.469/97 não os alcançaria, sendo certo o prosseguimento da presente execução fiscal.

Sem contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem.

Relatados, decidido.

Preliminarmente, não merece conhecimento o recurso pela alegação de violação ao art. 1º da Lei 5.194/66, porquanto o referido dispositivo legal não restou prequestionado. No tocante ao arquivamento do processo em razão do baixo valor exequendo, merece reparo a decisão hostilizada, porquanto diverge do entendimento pacificado desta Corte Superior, cuja Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, no sentido de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

Confira-se a ementa do referido aresto:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEQUENO VALOR. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.

1. As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04.

2. Precedentes: EREsp 669.561/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1º.08.05; EREsp 638.855/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 18.09.06; EREsp 670.580/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.10.05; REsp 940.882/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.08.08; RMS 15.372/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 05.05.08; REsp 1.087.842 Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.04.09; REsp 1.014.996/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 12.03.09; EDcl no REsp 906.443/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.03.09; REsp 952.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.03.09.

3. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Destarte, o presente processo não comporta extinção, mas arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, devendo ser reativado se o valor do débito ultrapassar o limite legal.

Ex positis, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nesta parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de março de 2010.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Com a posição do Superior Tribunal de Justiça, depois de **décadas de ineficiência, desperdício de dinheiro público, preferência, no Poder Judiciário, pela cobrança executiva das anuidades dos conselhos corporativos, em detrimento do crédito público destinado à educação, à saúde e a outros valores sociais relevantes**, os Poderes Constituídos chegaram a uma solução **razoável**.

O arquivamento provisório das execuções fiscais, de todas elas, cujos valores não alcançam o teto mínimo de R\$ 10.000,00.

Ocorreu que, logo após o Superior Tribunal de Justiça fixar a interpretação do direito federal, nos termos acima citados, os conselhos corporativos obtiveram o ressurgimento da possibilidade da cobrança executiva de créditos insignificantes, através da edição de **lei inconstitucional**, por **todos** os motivos - **alguns já declarados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

A oportunidade surgiu quando o Poder Executivo editou a **Medida Provisória 536/2011**, para o **reajustamento das bolsas concedidas aos médicos sob regime de residência**.

Durante a tramitação da Medida Provisória, o Senador Valdir Raupp e o Deputado Federal Rogério Carvalho apresentaram, respectivamente, as **Emendas 11 e 12**, para a **disciplina legal do valor das anuidades de dois conselhos**: engenharia, arquitetura e agronomia e medicina.

As duas Emendas foram **inadmitidas, liminarmente**: "Com fundamento no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1/2002-CN, c.c. art. 125 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indefiro **liminarmente** as Emendas nºs 11 e 12 apresentadas à Medida Provisória nº 536/2011, por versarem sobre matéria estranha, tudo em conformidade com a decisão desta Presidência proferida à Questão de Ordem nº 478/2009. Publique-se. Oficie-se."

O Deputado Rogério Carvalho apresentou recurso e, o Senador Valdir Raupp, pedido de reconsideração.

Ambos com desfecho de **insucesso**.

A Comissão Mista, prevista na Constituição Federal e na Resolução 1/01, do Congresso Nacional, **nunca** foi instalada.

Na Seção Plenária Deliberativa, a Relatora da Medida Provisória, a Deputada Jandira Feghali, apresentou o seu Relatório:

"As duas últimas emendas tratam de conselhos regionais de classe.

A Emenda nº 11, de autoria do Senador Valdir Raupp refere-se aos conselhos regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia; fixa o valor das anuidades; limita os valores para o registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e para as multas devidas a tais conselhos, autorizando sua correção anual; e determina que tanto o Conselho Federal e quanto os regionais apresentem a seus registrados prestação de contas anual.

Já a Emenda 12, proposta pelo Deputado Rogério Carvalho, aborda os conselhos regionais de Medicina. Autoriza-os a cobrar e executar contribuições anuais, multas e preços por serviços relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias para cada Conselho. Fixa os valores das anuidades, retirando do Conselho Federal a competência para "fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina".

Em consonância com diretriz adotada pela Presidência da Câmara dos Deputados, as Emendas de nº 11 e 12 não foram admitidas à tramitação, por tratarem matéria alheia aos temas disciplinados pela MP 521/10.

(...)

Outro ponto que me cabe aprofundar respeita às duas emendas que tratam dos conselhos de classe. Mesmo não tendo sido acolhidas pela Mesa Diretora da Câmara, não posso ignorá-las, por se ocuparem de assunto também de alta relevância.

De fato, no período de discussão da MP fui interpelada por vários desses conselhos, para que recolocasse em pauta a discussão por elas proposta.

Propõe-se seja restabelecido, para os conselhos de fiscalização do exercício de profissões referidos nas duas emendas, o procedimento de fixação e atualização das anuidades dos entes de fiscalização do exercício de profissões que vigorou com base na Lei nº 6.994 de 26 de maio de 1982, que "dispõe sobre a fixação do valor das anuidades e taxas devidas aos órgãos fiscalizadores de exercício profissional e dá outras providências". Aquela Lei, ao impor valores máximos para as anuidades, expressos em Maior Valor de Referência - MRV, deixava aos conselhos federais a incumbência de editar os atos que fixavam em moeda nacional os valores efetivos das anuidades.

Após a extinção da MRV, os valores máximos das anuidades passaram a ter como parâmetro a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, que também veio a ser extinta anos depois. Passou-se então a adotar, para atualização dos valores máximos das anuidades daquelas autarquias, a variação do IPCA. Essa sistemática deixou de ter amparo legal por força da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que revogou expressamente a referida Lei nº 6.994, de 1982.

Em face da ausência de norma legal que permitisse a atualização dos valores das anuidades dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas, o Congresso Nacional optou por outorgar delegação plena àqueles conselhos para fazê-lo, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, resultante de emenda ao texto da Medida Provisória nº 203, de 2004. Tal delegação vem, contudo, sendo reiteradamente questionada em juízo, com fulcro no descumprimento do princípio da legalidade estrita a que estão sujeitas as normas que versam sobre matéria tributária. A questão deverá ser definitivamente elucidada quando o Supremo Tribunal Federal vier a deliberar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI - 3408, referente à matéria.

A perspectiva de perda de eficácia da delegação contida na referida Lei nº 11.000, de 2004, motivou a formalização de diversos projetos de lei tendo por objeto a atualização dos valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões.

Objetivando solucionar esse vácuo legal, reintroduzo a matéria no PLV por meio dos art. 3º a 11. O teor desses artigos espelha-se nos textos das referidas leis, inclusive quanto à admissão de atualização anual futura na proporção da variação do IPCA. Estabelecem limites para os valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões neles referidos, admitindo a atualização anual daqueles valores na proporção da variação futura do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Os valores ora propostos como limites para as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização são tidos como adequados para o custeio daquelas autarquias, sem onerar excessivamente os profissionais e empresas sujeitos ao pagamento daquelas anuidades.

III CONCLUSÃO

Pelos motivos acima expostos, concluo:

I - pelo atendimento da Medida Provisória nº 536, de 2011, aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência;

II - pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da Medida Provisória nº 536, de 2011, e das emendas de nº 2, 7 e 8 a ela apresentadas, e pela inconstitucionalidade das emendas de nº 1, 4, 6, 9 e 10; 13;

III - pela adequação financeira e orçamentária da Medida Provisória nº 536, de 2011; pela não implicação com aumento da despesa ou diminuição da receita pública da União das emendas de nº 1, 6 e 9; pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária das emendas nº 2, 4, 7, 8 e 10; e

IV - no mérito, pela aprovação da Medida Provisória nº 536, de 2011, na forma do Projeto de Lei de Conversão em anexo".

Em nenhuma instância do processo parlamentar foi realizada a discussão sobre a cobrança judicial dos créditos insignificantes dos conselhos corporativos.

Em meio a tantas e tão graves violações ao processo parlamentar, no Plenário do Congresso Nacional, foram feitas as seguintes ponderações:

"O DEPUTADO SILVIO COSTA (Bloco/PTB - PE. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, entre todas as matérias estranhas que eu presenciei nesta Casa, ao longo do meu primeiro mandato e nesses 8 meses, esta é a mais estarecedora. Primeiro ponto: a Constituição da República diz que medida provisória só em assuntos extraordinários - em assuntos extraordinários! Anuidade de Conselho não é assunto extraordinário. Não é. Eu estou pedindo e preparando uma CPI para os Conselhos Federais e Regionais deste País.

Quero explicar a V.Exas. como funciona um pouco isso. Existe uma tal de anuidade nos Conselhos. Por exemplo, no meu Estado, o Conselho de Odontologia - e eu cito nomes do meu Estado - tem dez odontólogos que já estão há muito tempo à frente do Conselho. São 8 mil dentistas no meu Estado. Cada um paga 480 reais por mês. Desse dinheiro arrecadado, ele manda um terço para o Conselho Nacional e dois terços ficam no Estado. No Brasil existem 230 mil dentistas. Se colocarmos a 500 reais, como a Relatora está propondo aqui, são 115 milhões de reais por ano. Desse 115 milhões de reais, um terço fica no Conselho Nacional e dois terços vão para os Estados. Moral da história: nesta Casa, só lá na minha Comissão, a Comissão do Trabalho - o Deputado Eudes Xavier é o Relator; e o Deputado Augusto Coutinho já fez audiência pública -, existem três projetos regulamentando essa história de anuidade de Conselho. Agora, com todo o respeito à Deputada Jandira Feghali, em nome dos profissionais do Brasil, quem é dono de Conselho, quem é diretor de Conselho quer isto aqui. Mas perguntem aos profissionais se eles querem. Os profissionais querem discutir. É um absurdo colocar anuidade de Conselho em medida provisória. E eu não acredito que a Oposição, que zela tanto pelo dinheiro público, faça parte deste acordo. Eu estou criticando mesmo é o conjunto da Oposição. Fazer parte deste acordo? Este é um acordo contra os profissionais do Brasil, contra os médicos, os engenheiros, os advogados, contra todo mundo. Você está beneficiando aqui grupelhos, donos de Conselho. Do mesmo jeito que existe a indústria sindical no Brasil, existe a indústria do Conselho. É um desrespeito à democracia, é um desrespeito à Constituição colocar anuidade de Conselho em medida provisória, para beneficiar esse porão de Conselhos que existe no Brasil. Líder do Governo, vamos fazer um acordo aqui agora. Eu até retiro tudo o que disse. Vamos assinar a CPI dos Conselhos. Entra até a OAB no jogo. Vamos! Vamos assinar a CPI, que topamos discutir isso. Agora, não dá, não dá! Tudo tem limite! Tudo tem limite! Colocar anuidade de Conselho em medida provisória? É um absurdo, Sr. Presidente, um desrespeito a esta Casa".

O Deputado RUBENS BUENO, do PPS-PR (Pela ordem. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, eu tenho um destaque apresentado, mas vou pedir a sua retirada e vou explicar por quê. Primeiro, porque nós fomos convencidos pela presença da Deputada Jandira Feghali ontem, na reunião de Líderes, comandada por V.Exa. Naquela reunião eu fui convencido da importância desta proposta apresentada. É claro que aí fica sempre um pouco da incoerência nossa - eu quero confessar de público -, porque esta é uma parte de contrabando nesta medida provisória. É isso que lamento. Eu até disse para a Deputada Jandira: vamos fazer um desafio aqui, no melhor sentido do Parlamento, para evitar isso, porque sempre vem, na última hora, dentro de uma medida provisória importante, agora de médico-residente, a questão dos Conselhos Regionais. Nós temos que definir isso, para o bem do Parlamento e do País, para termos discussão para valer, até porque sempre o Parlamento teve boas e amplas discussões. Todos nós estamos imbuídos desse propósito, mas precisamos discutir mais, Sr. Presidente. Em cima da hora, o contrabando, isso não é bom para o Parlamento, não é bom para nenhum de nós."

Sem embargo destes incidentes, a Deputada Federal Jandira Feghali apresentou, em Sessão Plenária Deliberativa, o Projeto de Lei de Conversão, comas **normas jurídicas contrárias à interpretação do direito federal afirmada no Superior Tribunal de Justiça**.

A matéria foi aprovada e integra a Lei Federal nº 12.514/11:

Art. 6º. As anuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

(...)

Art. 7º. Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a anuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

As normas jurídicas transcritas estão viciadas por **transgressões graves** da Constituição Federal.

Nunca foi instalada a Comissão Mista prevista na Constituição Federal - artigo 62, § 9º: "**Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional**".

A Relatora deu o parecer solitário, no Plenário, sem qualquer debate sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal **procedimento parlamentar afrontoso à democracia**.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º; DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). ACÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legisferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias". Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: "No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário". Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÉVE, Clémerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo - atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285)

6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998).

7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas com efeitos ex tunc.

9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada *pure prospectivity*, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não aquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º; da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

A técnica da modulação, no caso concreto, resulta no reconhecimento do grave vício da inconstitucionalidade, sem a atribuição da consequência da nulidade do procedimento parlamentar.

Há outra inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Houve, no jargão parlamentar, "**contrabando legislativo**"; a inserção, no Projeto de Lei de Conversão, de matéria estranha ao objeto inicial da Medida Provisória.

O Supremo Tribunal Federal veta o procedimento, segundo notícia registrada em seu site:

"Legislativo não pode incluir em lei de conversão matéria estranha a MP, decide STF.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (15), que a partir de agora o Congresso Nacional não pode mais incluir, em medidas provisórias (MPs) editadas pelo Poder Executivo, emendas parlamentares que não tenham pertinência temática com a norma, o chamado "contrabando legislativo".

A decisão foi tomada nesta quinta-feira (15) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5127, por meio da qual a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na MP 472/2009, convertida na Lei 12.249/2010, que resultaram na extinção da profissão de técnico em contabilidade. A MP em questão tratava de temas diversos, que não guardam relação com a profissão de contador. Por maioria, o Plenário julgou improcedente a ação, mantendo a validade da norma questionada em razão do princípio da segurança jurídica. Contudo, o Tribunal decidiu cientificar o Congresso Nacional de que a prática é incompatível com a Constituição Federal".

Paradoxo do sistema constitucional, as normas jurídicas aqui analisadas padecem de outro vício de inconstitucionalidade, mas, ainda assim, não podem ser declaradas nulas, pela técnica da modulação adotada no julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Há, ainda, um **terceiro** vício grave, de inconstitucionalidade, nas normas jurídicas aqui analisadas.

A lei derivada de projeto de conversão está sujeita ao exame dos requisitos típicos exigíveis para a edição de medida provisória.

É a posição do Supremo Tribunal Federal: "A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória" (ADI 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Renovada:

ACÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI. ACÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. (...)

2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. (...)

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (ADI 3330, Pleno).

No caso concreto, ainda que superados os graves vícios da afronta à democracia e à impertinência temática - não porque inexistam, mas porque a nulidade relacionada a eles não pode ter eficácia -, o fato é que, como foi bem destacado pelos Parlamentares do Congresso Nacional, a questão não tem relevância, nem urgência.

A questão da cobrança judicial das dívidas fiscais **não** foi objeto de Emendas, sequer.

As Emendas citadas tratavam da **fixação** das anuidades corporativas, **não de sua cobrança forçada**.

As duas Emendas foram inadmitidas. Uma foi objeto de pedido de reconsideração; a outra, de recurso. **Sem** sucesso.

Por mais elástica que seja hermenêutica, a respeito da violação ao processo legislativo, não se pode admitir que **Emendas inadmitidas** surjam no Relatório do projeto de substitutivo.

Mas o pior é que, no caso concreto, a respeito do tema da cobrança forçada de anuidades corporativas, **nem** Emendas parlamentares foram apresentadas.

Não houve projeto de **conversão**. Mas **versão, lei nova**, sem nenhum debate ou controle parlamentar, democrático.

Ainda que fossem superados todos estes vícios, caberia o controle aprovado na jurisprudência plenária do STF: a cobrança judicial de dívidas corporativas irrisórias, é tema com relevância e urgência?

A resposta é negativa.

Não há urgência, parece óbvio, como destacaram os próprios Parlamentares do Congresso Nacional.

Menos, ainda, relevância.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar, em sede de Medida Cautelar (**ADI 2527-9**), a criação do regime de transcendência, na Justiça do Trabalho.

Dizia-se da inexistência de relevância, na medida provisória editada sobre o assunto.

A Relatora, a Ministra Ellen Gracie, prolatou o voto condutor. O essencial:

"3 - A alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal não se reveste, no caso, de plausibilidade jurídica. Esta Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente, como sedimentado no julgamento das medidas cautelares na ADIn nº 1.753/DF (Min. Sepúlveda Pertence) e na ADIn nº 1.397/DF (Min. Carlos Velloso), e na ADIn nº 162/DF (Min. Moreira Alves). Não vejo, no caso vertente, a evidência dessa improcedência; pelo contrário, se fosse emitir juízo de valor sobre o conteúdo desses requisitos, diria estar convencida de que, na hipótese, ambos estão presentes. A exposição de motivos da medida provisória impugnada, reproduzida nas informações do requerido, que, em parte, inseri em meu relatório, narra a situação caótica em que se encontra o Tribunal Superior do Trabalho. A Corte, pelo que se viu, encontra-se sobrecarregada de recursos repetitivos, para cujo atendimento se azafamam como Danaídes os seus integrantes, a esvaziar sempre os mesmos cântaros repletos das mesmas questões de direito, incalculadas vezes já decididas.

Ainda que tal situação não seja exclusiva do Tribunal Superior do Trabalho, entendo que a adoção de medidas visando a minorar os entraves a uma célere e qualificada prestação jurisdicional se mostra relevante e urgente, estando este último requisito intimamente ligado aos interesses de milhares de trabalhadores que litigam por verbas de caráter alimentar, muitas vezes essenciais à sua própria sobrevivência. Não vejo, por isso, plausibilidade na alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal".

A ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, 5º, CAPUT E II, 22, I, 24, XI, 37, 62, CAPUT E § 1º, I, B, 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. (...)

2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. (...)

6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido".

Aqui, há o oposto.

Se, no precedente do STF, o requisito da relevância foi reconhecido, porque a mudança prestigiava a "**célere e qualificada prestação jurisdicional**", no caso concreto, retomamos à distribuição de **milhares** de execuções fiscais **irrisórias**, a **inviabilizar** a administração da justiça.

O quadro é de avanço. Há juizados especiais. Amplos controles de constitucionalidade e legalidade, com eficácia contra terceiros. E, no caso destas execuções corporativas insignificantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impediu o **congestionamento da máquina judiciária com bagatelas**.

Não há, pois, relevância.

A inconstitucionalidade é manifesta, também por estes defeitos.

Há, não obstante, mais um

O confesso "**contrabando legislativo**", antidemocrático, sem relevância ou urgência, é inconstitucional, ainda, pela sua motivação última: tratou-se de contornar a interpretação do direito federal realizada pelo Superior do Tribunal de Justiça, em prejuízo do sistema de administração de justiça.

Em caso similar - o da Lei Complementar nº 118/05 -, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma nova, por contrariar a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para a preservação da segurança jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal desautorizou o legislador complementar.

No caso concreto, ressalta, a mais não poder, a inconstitucionalidade das normas jurídicas. **Deseja-se o retorno ao "direito" à ineficiência do sistema de administração de justiça. O congestionamento da máquina judiciária como irrisório, o marcado pelo signo da bagatela.**

De há muito, o próprio Supremo Tribunal Federal não abria a instância extraordinária, para a revisão de casos injustificáveis, como documentado acima.

Não há, apenas, a tentativa de contornar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Mas de fazê-lo em prejuízo **evidente** do próprio sistema de distribuição de justiça.

As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência da multa eleitoral.

Por estes fundamentos, **nego provimento à apelação**.

É o voto.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO:

Acompanho a divergência apresentada pelo e. Des. Fed. Carlos Muta.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES. ANUIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI 10.795/2002. MULTAS ELEITORAIS. INDEVIDAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Lei 10.795/2003 alterou os artigos 11 e 16, § 1º, da Lei 6.530/1978, vigorando desde 08/12/2003, fixando valores máximos para anuidades e multas dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis. A partir de 2004, portanto, existia lei que fixava o valor das anuidades, em consonância com o princípio da legalidade tributária.

2. Na espécie, as anuidades entre 2009 e 2011 foram fixadas em desconformidade com o § 1º do artigo 16 da Lei 6.530/1978, com a redação dada pela Lei 10.795/2003, o que, porém, não autoriza a extinção, mas impõe a adequação do título executivo aos parâmetros legais pertinentes.

3. Em relação à anuidade de 2012, embora pudesse ser exigível nos termos da Lei 12.514/2011, é incabível, pois consta da CDA que o fundamento legal para sua cobrança foram os artigos 16, VII, da Lei 6.530/1978, e 34 e 35 do Decreto 81.871/1978, padecendo, pois, de nulidade o título executivo, neste ponto. Igualmente, são indevidas as multas eleitorais do profissional que, ao contrário de simplesmente descumprir a obrigação de votar, estava impedido de exercer tal direito, em razão da inadimplência com as anuidades exigidas pelo respectivo conselho, a revelar que inexistente a situação voluntária de agir em desconformidade com a obrigação específica de que poderia resultar sanção.

4. Apelação provida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento realizado nos termos do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação, para determinar o prosseguimento da execução fiscal, apenas em relação às anuidades de 2009 a 2011, observados os parâmetros da Lei 10.795/2003, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA, acompanhado pelos votos do Desembargadores Federais SOUZA RIBEIRO e ANTÔNIO CEDENHO, vencidos o Desembargador Federal Relator, que negava provimento à apelação, e o Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal CARLOS MUTA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005126-81.2010.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: MARCIO VALLE PIRES
Advogado do(a) APELANTE: NORIVALDO COSTA GUARIM FILHO - SP50712-A
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005126-81.2010.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: MARCIO VALLE PIRES
Advogado do(a) APELANTE: NORIVALDO COSTA GUARIM FILHO - SP50712
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

Trata-se de apelação contra a r. sentença que julgou improcedentes os embargos à execução fiscal e condenou o embargante em multa por litigância de má-fé, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da execução fiscal.

Na apelação, o embargante sustenta a ocorrência de prescrição e requer a exclusão da multa por litigância de má-fé.

As contrarrazões de apelação foram apresentadas.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhores Desembargadores, o relator suscitou questão prejudicial de inconstitucionalidade, em primeiro lugar quanto à não recepção da legislação anterior à atual Constituição, que regulamenta profissão, atinente ao caso concreto, que envolve a Lei 6.530, de 12 de maio de 1978, relativa a corretores de imóveis.

Não se duvida que certas atividades não devem sujeitar-se a registro e fiscalização profissional, como é o caso dos músicos, porém tal situação é excepcional, como tive oportunidade de registrar no julgamento, perante a 3ª Turma, da AC 0024930-96.2000.4.03.6100, cujo acórdão foi assim publicado no DJU 24/08/2005:

AC 0024930-96.2000.4.03.6100, DJU 24/08/2005: "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI Nº 3.857/60. EXIGÊNCIA DE REGISTRO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. REQUISITO PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. NÃO RECEPÇÃO. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONSENTÂNEOS COM A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRECEDENTES. 1. No plano constitucional, verifica-se que encontra tutela tanto a livre expressão da atividade artística e cultural (artigo 5º, inciso IX), como o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (artigo 5º, inciso XIII). 2. No caso particular dos músicos, a jurisprudência não tem reconhecido como condição para o exercício da atividade a inscrição no órgão profissional indicado, estando, pois, superados, pelo advento da Carta de 1988, os preceitos invocados a partir da Lei nº 3.857, de 22.12.60. 3. É que se situa fora dos limites próprios e decorrentes de princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade e finalidade, o controle de tal atividade que, caracterizada mais pela vocação e expressão artística, não se insere na categoria das condutas sujeitas a ordenamento técnico, que esteja a especificamente demandar a formulação de controle de tal natureza, como instrumento de defesa da ordem social, ou para a garantia de direitos individuais, coletivos ou difusos. 4. Não que a profissão de músico não exija técnica própria, longe disso. Mas não é, por evidente, imprescindível, com base na autoridade de um princípio ou valor superior, que se proteja juridicamente tal técnica, por meio da atuação e intervenção obrigatória de órgão de controle profissional, a ponto de coibir ou condicionar o exercício da atividade artística a uma cláusula de registro compulsório, com encargo econômico, em sobreposição à iniciativa individual e voluntária. 5. São consentâneas com a ordem constitucional as ponderações que, de um lado a outro da jurisprudência nacional, têm sido firmadas contra a imposição de tal ônus que, como prevista, inibe a manifestação cultural e artística, em plano individual e coletivo, sem justificativa fundada numa necessidade concreta e juridicamente tutelada, derivando daí, pois, o direito líquido e certo, que se postulou corretamente nesta ação. 6. Em consequência da integral sucumbência da parte apelada, cumpre condená-la ao pagamento das custas e da verba honorária, que se fixa em 10% sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com os critérios do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil."

A excepcionalidade do caso, como revelado pelo quanto fundamentado, não permite expandir a solução para outros casos e outras profissões, cuja regulamentação é, sim, de interesse social e coletivo, objetivando garantir que atividades profissionais sejam exercidas com controle, competência, eficiência e responsabilidade tanto técnica como social.

Importa frisar que tais conselhos profissionais, integrados à Administração Pública, não se confundem com sindicatos e associações, pois estes têm funções voltadas mais à defesa do interesse de classe dos membros respectivos, diferentemente das autarquias profissionais disciplinadas por leis específicas com poderes não apenas de registro e cobrança de anuidades, mas de fiscalização e controle, dos quais derivam poderes de polícia, disciplinar e sancionatório no âmbito do exercício da profissão objeto de regulamentação, protegendo o interesse público, social e coletivo.

A compatibilidade de tais entidades com a Carta Constitucional resulta no reconhecimento de que devem ser financiadas com recursos públicos, oriundos do regime constitucional-tributário (artigo 149, CF), muito diferente do que existe para outras entidades de defesa de interesse sindical ou associativo.

Logo, não se avista fundamento para concluir no sentido da não recepção da legislação que regulamenta a atividade profissional de que se cuida nos autos, inclusive porque, ainda que não diretamente, vários precedentes da Suprema Corte têm tratado de temas relacionados a tais conselhos profissionais, sem qualquer abordagem dirigida ao reconhecimento de inconstitucionalidade na legislação reguladora de profissão e respectivo conselho profissional de fiscalização.

É importante registrar que no controle abstrato de constitucionalidade a causa de pedir é aberta e, assim, pode a Suprema Corte reconhecer inconstitucionalidade da norma impugnada, ainda que por fundamento distinto do exposto pelo autor da ação, de modo que questionada a validade da lei posterior à Constituição por um específico fundamento - por exemplo, em razão de vício formal -, nada impediria o acolhimento do pedido por outro - ainda a título de mero exemplo, por não ter sido recepcionada a lei anterior, cuja modificação pela posterior tomou esta inócua e insubsistente.

Suponha-se, no sentido do exemplo dado, que a lei nova tenha apenas modificado critério de cálculo das anuidades do conselho profissional, órgão este criado por lei anterior à Constituição. Se esta não tiver sido objeto de recepção pela nova ordem constitucional, aquela não pode subsistir isoladamente no que especificamente disciplinou matéria que dependia da própria recepção da legislação pré-constitucional.

No contexto do exposto, cabe destacar o julgado proferido na ADI 4.174, Rel. Min. LUIZ FUX, que tratou da Lei 10.795/2003, no que alterou a Lei 6.530/1978, que disciplinou o exercício da profissão de corretor de imóveis e o funcionamento do respectivo conselho profissional, e cujo acórdão foi assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL 10.795/2003, QUE ALTEROU A LEI FEDERAL 6.530/1978 PARA ESTABELECE A ELEIÇÃO DA TOTALIDADE DOS MEMBROS DOS CONSELHOS REGIONAIS DE CORRETORES DE IMÓVEIS E FIXAR VALORES MÁXIMOS PARA AS ANUIDADES DEVIDAS A ESSAS ENTIDADES, COM CORREÇÃO ANUAL. AGENTES HONORÍFICOS. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DA INICIATIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA A EDIÇÃO DE NORMAS RELATIVAS A CRIAÇÃO DE CARGOS, SERVIDORES PÚBLICOS, ORGANIZAÇÃO OU FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS REGIONAIS. AUSÊNCIA DE ÔNUS PARA O PODER EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AMPLIAÇÃO DO PODER DE ESCOLHA DA CATEGORIA. PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. A DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DA CATEGORIA NÃO SE CONFUNDE COM A DISCIPLINA E FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO PLO CONSELHO FEDERAL DOS CORRETORES DE IMÓVEIS DAS ANUIDADES DEVIDAS AOS CONSELHOS REGIONAIS. COMPETÊNCIA PREVISTA EM NORMA PRÉ-CONSTITUCIONAL. ESTABELECIMENTO DE LIMITES MÁXIMOS PARA A FIXAÇÃO DOS VALORES DAS ANUIDADES. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO. 1. Conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquia. Precedentes: MS 22.643, rel. min. Moreira Alves, Plenário, DJ de 4/12/1998; ADI 1.717, rel. min. Sydney Sanches, DJ de 28/3/2003. 2. Os agentes públicos que servem ao Poder Público, são das seguintes espécies: agentes políticos, agentes honoríficos, servidores estatais, servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de direito privado – e particulares em colaboração com a Administração (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 248-256). 3. A iniciativa parlamentar e suas limitações estão previstas em numerus clausus no artigo 61, § 1º, da Constituição Federal (ADI 3.394, rel. min. Eros Grau, Plenário, DJ de 15/8/2008). 4. As anuidades devidas aos conselhos de fiscalização profissional possuem natureza jurídica de tributo, da espécie contribuição de interesse das categorias profissionais, sujeitando-se, por conseguinte, ao regime tributário. Precedentes: ADI 1.717, rel. min. Sydney Sanches, DJ de 28/3/2003; MS 21.797, rel. min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 18/5/2001. 5. A Lei federal 10.795/2003, de iniciativa parlamentar, promoveu alterações nos artigos 11 e 16 da Lei federal 6.530/1978, e especificamente no artigo 11, que incidiram sobre a forma de composição dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, cujos membros, em sua totalidade, passaram a ser eleitos pelo voto direto, secreto e obrigatório dos profissionais inscritos, alterando-se a regra anterior segundo a qual um terço dos integrantes de cada Conselho deveria ser indicado pelos Sindicatos de Corretores de Imóveis com funcionamento regular na respectiva jurisdição. Previu a lei, ainda, a aplicação de multa àqueles que deixarem de votar. Deveras, em relação ao artigo 16, houve a inserção dos §§ 1º e 2º, que estabeleceram os limites máximos para a fixação dos valores das anuidades devidas aos Conselhos Regionais pelo Conselho Federal dos Corretores de Imóveis, bem como a correção anual desses limites pelo índice oficial de preços ao consumidor. 6. Os Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis não são integrados por servidores públicos, mas sim agentes honoríficos, sem vínculo profissional com a Administração, posto possuírem mandato temporário e não recebem remuneração. 7. A lei sub examine não padece de vício de iniciativa, porquanto não criou cargos nem dispôs sobre servidores públicos, organização ou funcionamento dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis. 8. O princípio da separação dos poderes, à luz da modificação na forma de composição dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis, não acarretou nenhum ônus para o Poder Executivo. 9. O terço sindical suprimido na composição dos Conselhos Regionais de Corretores de Imóveis ampliou o poder de escolha da categoria, em prestígio ao princípio democrático, por isso que não há se confundir a defesa dos direitos e interesses da categoria – função dos sindicatos com a disciplina e fiscalização do exercício profissional função dos conselhos de fiscalização profissional. 10. A competência do Conselho Federal dos Corretores de Imóveis para fixar os valores das anuidades devidas aos Conselhos Regionais não decorre dos §§ 1º e 2º do artigo 16 da Lei federal 6.530/1978, acrescentados pela Lei federal 10.795/2003, mas sim do inciso VII do caput do referido artigo, em sua redação original. Norma que, além de não ter sido impugnada, nem poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de direito pré-constitucional. Precedentes: ADI 2, rel. min. Paulo Brossard, Plenário, DJ de 21/11/1997; ADI 7, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 4/9/1992; ADI 74, rel. min. Celso de Mello, Plenário, DJ de 25/9/1992; e ADI 129, rel. min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 4/9/1992. 11. Os conselhos de fiscalização profissional, na fixação do valor exato das anuidades, respeitadas as balizas quantitativas previstas em lei, não ofendem os princípios da reserva legal e da legalidade tributária. Precedentes: ADI 4.697 e ADI 4.762, rel. min. Edson Fachin, Plenário, DJ de 30/3/2017; RE 704.292, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, DJ de 3/8/2017, Tema 540 da Repercussão Geral; RE 838.284, rel. min. Dias Toffoli, Plenário, DJ de 22/9/2017, Tema 829 da Repercussão Geral. 12. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada improcedente o pedido."

Como se observa, os conselhos profissionais são inseridos nos marcos normativos da Constituição vigente, que estabelece os parâmetros para a solução de diversas lides, envolvendo a constitucionalidade, por exemplo, de leis ou atos normativos que tratam da organização interna do respectivo quadro ou da forma de financiamento de suas atividades, revelando, assim, que tem respaldo e base para recepção a legislação anterior a 1988, que trate da regulamentação de profissões e dos respectivos conselhos.

A liberdade de exercício profissional não deixa de prescrever a sujeição da garantia aos termos da lei, que deve estabelecer as qualificações profissionais necessárias (artigo 5º, XIII, CF), cuja conferência e controle são feitos por conselhos profissionais, que atestam a regularidade da capacitação técnica e do próprio exercício profissional em prol da sociedade.

Logo, o presente feito não se resolve, devida vênia, com a declaração de não recepção da legislação anterior, de que se cuida nos autos, baseada na percepção ampla de que o texto constitucional veda a submissão de toda e qualquer atividade profissional a regime legal de intervenção e controle por conselhos profissionais.

Quanto à inconstitucionalidade da Lei 11.033, de 29 de dezembro de 1997, pontuada no voto do relator, é questão cuja resolução não prescinde da observância do rito essencial previsto nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil, destinado a proteger o princípio da reserva de Plenário (artigo 97, CF), vedando o pronunciamento de mérito no âmbito dos órgãos fracionários, como prescreve, inclusive, o enunciado da Súmula Vinculante 10, editada pela Suprema Corte.

Rejeitada, portanto, a questão prejudicial de inconstitucionalidade, seja pela não recepção da legislação pré-constitucional, seja pela inviabilidade de examinar a inconstitucionalidade de lei posterior à Constituição sem a abertura do incidente específico para garantia do princípio da reserva de Plenário, cabe, por dever de ofício, apreciar a matéria devolvida pela via recursal ao exame da Turma para que se entregue, plenamente, a prestação jurisdicional pleiteada.

No caso, a sentença julgou improcedentes os embargos à execução fiscal, promovida pelo CRECI, para cobrança de anuidades de 2004 a 2008 e multa eleitoral de 2006, afastando a prescrição e fixando verba honorária de 10% sobre o valor atualizado da execução, além de multa por litigância de má-fé de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 18 do CPC/1973.

Apelou o embargante, alegando prescrição dos juros referentes às anuidades de 2004 a 2006, da multa relativa às anuidades de 2006 e 2007, nos termos do artigo 206, § 3º, III, do Código Civil, e da anuidade de 2004, nos termos do artigo 173, I, do CTN; aduzindo que não houve litigância de má-fé, uma vez que não restou comprovada a intenção protelatória do executado.

No mérito, resta consolidada a jurisprudência no sentido de que as anuidades possuem natureza tributária, sujeitando-se ao regime de prescrição do artigo 174 do Código Tributário Nacional, não se aplicando as regras do Código Civil nem as do artigo 173 do Código Tributário Nacional, computando-se o quinquênio a partir da data da constituição definitiva do crédito tributário, observadas as causas de suspensão e interrupção do respectivo curso.

Na espécie, a prescrição tem como termo inicial a data do vencimento da anuidade, posterior à notificação do contribuinte para o pagamento, salvo procedimento que tenha efeito de impedir a constituição definitiva ou suspender a exigibilidade fiscal, a obstar, pois, que se conte, por igual, o prazo de prescrição.

Os autos revelam que o vencimento da anuidade mais antiga ocorreu em 31/03/2004 e a execução fiscal foi proposta em 25/05/2009. Sucede que, no intervalo, houve discussão administrativa com notificação final da decisão no recurso interposto em 04/03/2009, justificando que a cobrança tenha sido ajuizada apenas em 25/05/2009, sem a consumação da prescrição quinquenal em relação, seja ao principal, seja aos respectivos acessórios.

Quanto à multa por litigância de má-fé, decidiu a sentença o seguinte:

"Acolho a alegação de litigância de má-fé, considerando que restou comprovado que o embargante alterou a verdade dos fatos (artigo 17, inciso II, do Código de Processo Civil), pois alegou, na inicial, a "falta de oportunidade que o embargante teve de oferecer defesa plena no processo administrativo" (fls. 03), "não foi dado ao Embargante oportunidade de discutir o débito" (fls. 04), "de processo administrativo do qual não participou" (fls. 06), restando documentalmente provado que exerceu efetivamente o direito de defesa (fls. 49/50), tendo a impugnação, inclusive, sido parcialmente acolhida (fls. 59/61), bem como que "não recebeu qualquer comunicado acerca da decisão do recurso administrativo" (fls. 06), constando, a fls. 60, o encaminhamento de AR pelos correios, portanto, fixo multa de um por cento sobre o valor atualizado da execução fiscal, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil, deixando de condená-lo em indenização, na ausência de comprovação de efetivo prejuízo suportado pela parte contrária".

O pedido de reforma não procede, pois descrita de forma detalhada a conduta temerária de alterar a verdade dos fatos, o que configura litigância de má-fé em face do disposto no artigo 17, II, do Código de Processo Civil de 1973, cuja aplicação não reduz as garantias do devido processo legal, contraditório ou ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, CF), pois estas não se prestam a autorizar a prática de ilícito no curso do processo. Por outro lado, inequívoco que a alteração da verdade dos fatos foi intencional e objetivava assegurar o acolhimento dos embargos do devedor, auferindo o apelante proveito indevido como conduta perpetrada, suficiente para que seja sancionada com a aplicação da multa processual na forma corretamente definida pela sentença.

Ante o exposto, nego provimento à apelação.

É como voto.

VOTO DIVERGENTE DO DES. FEDERAL JOHNSOM DI SALVO:

Vênia do r. Relator, não há inconstitucionalidade na existência do Conselho de Corretores de Imóveis, já que o próprio STF em decisão recentes vem reconhecendo a existência dessa entidade e de seus atos (por exemplo: ADI 4.174, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 17/10/2019) sob a égide da Constituição atual.

Ultrapassada a questão, desassistiu razão ao executado-embargante-apelante, pois é escoreta a sentença do e. Juiz Federal Roberto de Oliveira.

Não há prescrição no caso, eis que "não decorreu lapso temporal superior a cinco anos entre a notificação da constituição definitiva do crédito tributário - 04.03.2009, este o termo inicial da prescrição, e o dia do ajuizamento da demanda - 25.05.2009 (fls. 02 - autos da execução final), termo final, considerando que não houve inércia da embargada.". O mesmo decorreu com relação a anuidade de 2008, pois a notificação do devedor ocorreu aos 10.03.2009, não havendo o transcurso do lapso prescricional quinquenal.

Ademais, a litigância de má-fé é evidente. O caso restou bem esclarecido na minudente sentença apelada, in verbis: "...Acolho a alegação de litigância de má-fé, considerando que restou comprovado que o embargante alterou a verdade dos fatos (artigo 17, inciso II, do Código de Processo Civil), pois alegou, na inicial, a "falta de oportunidade que o embargante teve de oferecer defesa plena no processo administrativo" (fls. 03), "não foi dado ao Embargante oportunidade de discutir o débito" (fls. 04), "de processo administrativo do qual não participou" (fls. 06), restando documentalmente provado que exerceu efetivamente o direito de defesa (fls. 49/50), tendo a impugnação, inclusive, sido parcialmente acolhida (fls. 59/61), bem como que "não recebeu qualquer comunicado acerca da decisão do recurso administrativo" (fls. 06), constando, a fls. 60, o encaminhamento de AR pelos correios, portanto, fixo multa de um por cento sobre o Valor atualizado da execução fiscal, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Civil, deixando de condená-lo em indenização, na ausência de comprovação de efetivo prejuízo suportado pela parte contrária.". O embargante tentou iludir o Juízo com alegação despropositada, "brincando" com a Justiça e temerariamente confiando em eventual desatenção do insigne Magistrado e por isso não pode ficar impune.

Pelo exposto, afasto a alegação de inconstitucionalidade e, antecipando o mérito, NEGOU PROVIMENTO AO APELO.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005126-81.2010.4.03.6104
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: MARCIO VALLE PIRES
Advogado do(a) APELANTE: NORIVALDO COSTA GUARIM FILHO - SP50712
APELADO: CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMOVEIS DA 2 REGIAO
Advogado do(a) APELADO: MARCIO ANDRE ROSSI FONSECA - SP205792-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O senhor Desembargador Federal FÁBIO PRIETO:

O Supremo Tribunal Federal veta a submissão de toda e qualquer atividade profissional ao regime de intervenção e controle das autarquias corporativas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL (OMB). PAGAMENTO DE ANUIDADES. NÃO-OBIGATORIEDADE. OFENSA À GARANTIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO (ART. 5º. IX, DA CF). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 414.426, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 10-10-2011, firmou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, sendo, por isso, incompatível com a Constituição Federal de 1988 a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil, bem como de pagamento de anuidade, para o exercício de tal profissão.

2. Recurso extraordinário provido, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (RE 795467 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 05/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014).

A orientação é seguida nesta Corte Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSELHO FEDERAL DOS DESPACHANTES DOCUMENTALISTAS. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA TRIBUTAR E PARA O EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA.

1. A questão cinge-se em saber se os Conselhos dos Despachantes Documentalistas têm autorização legal para exercer poder de polícia, tributar e punir os profissionais despachantes.

2. Na ADI nº 1.717-6/DF, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar suspendendo a eficácia do caput e demais parágrafos do art. 58 da Lei nº 9.649/98, sob o argumento de que em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, 22, XVI, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, não parece possível delegação, a uma entidade com personalidade jurídica de direito privado, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.

3. A decisão unânime de mérito do STF, em plenário (2002), julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do caput do art. 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649/98.

4. Da análise da Lei nº 10.602/2002 e respectivos vetos (artigo 1º, §§ 3º e 4º; artigo 3º, artigo 4º e artigo 8º), verifica-se que ficou obstada a delegação do poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício da atividade profissional de despachante documentalista, conforme decisão do STF na ADI mencionada.

5. A Lei nº 10.602/2002 conferiu aos referidos Conselhos apenas o poder de representar os profissionais junto a órgãos e entidades, sendo vedado - por ausência de previsão legal - estipular requisitos ou entaves aos pedidos de inscrição que lhes forem endereçados. Precedentes.

6. Com relação ao advento da Lei nº 12.514/2011, informado pela parte agravante como "fato novo", há impossibilidade de análise da questão tomando-se por base o novo paradigma legal, uma vez que a novel legislação não foi objeto da decisão agravada - o que impede o conhecimento da matéria na estreita via do agravo de instrumento.

7. Agravo regimental não conhecido e agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AI 0006812-24.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 16/05/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2013).

A submissão da atividade de corretagem de imóveis ao controle de conselho corporativo foi proibida pelo Supremo Tribunal Federal.

De há muito, a mais Alta Corte do País reconheceu que "nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos'".

O texto acima, de autoria do então desembargador Rodrigues Akckmin, do TJSP, foi citado e transcrito pelo Ministro Thompson Flores, no julgamento do RE 70.563-SP, na 2ª Turma do STF.

É oportuno dizer que, naquele caso, o Supremo Tribunal Federal libertou, o exercente da atividade de corretagem de imóvel, de "uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza" (Rodrigues Akckmin, supra).

Depois, a pedido do Sindicato dos Advogados do Estado de Guanabara, o Procurador-Geral da República Moreira Alves representou pela inconstitucionalidade integral da lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis, "para evitar que os advogados sejam impedidos de proceder a alienações de bens imóveis que lhes são confiados pelos seus clientes através de inventário e ações de despejo e outras, como vem ocorrendo frequentemente, prejudicando os interesses dos próprios espólios e do público em geral".

Desta feita, no RP 930, o Plenário do STF declarou integralmente inconstitucional a lei regulamentadora da profissão de corretor de imóveis.

Nesta oportunidade, não mais como Desembargador do TJSP, mas, como Ministro do STF, lá estava Rodrigues Akckmin, cujo erudito voto condutor ainda é dotado de eficácia persuasiva naquele Colegiado, como será documentado adiante.

Alguns tópicos:

"5. Quais os limites que se justificam, nas restrições ao exercício de profissão? Primeiro, os limites decorrentes da exigência de capacidade técnica. Observa Sampaio Dória: "A lei para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvorar em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas" (Comentários à Constituição de 1946, v. IV, pág. 637). São legítimas, consequentemente, as restrições que imponham demonstração de capacidade técnica, para o exercício de determinadas profissões. De profissões que, realmente, exijam conhecimentos técnicos para o seu exercício. Aliás, na Constituinte, sustentava Mário Masagão que somente esses requisitos de capacidade técnica poderiam ser exigidos por lei ordinária. E ponderava que, se se mantivesse a autorização ao legislador ordinário para estabelecer as condições de capacidade técnica unicamente, "já teremos assegurado o interesse público. Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão, e por isso, a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade. Fora deste terreno, não podemos admitir exceções porque estaríamos mutilando o regime democrático de Constituição e o Estado Jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma força que não deve e não pode ter" (v. José Duarte, "A Constituição Brasileira", de 1946, v. 3º p. 33/34)".

(...)

8. No Brasil, a Constituição do Império, depois de assegurar a liberdade de trabalho "que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos", declarou abolidas "as corporações de ofícios, seus juizes, escrivães e mestres".

(...)

9. Postos esses princípios, examine-se a lei federal nº 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma profissão de "corretor de imóveis", profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não se justifica regulamentada sob o critério da exigência de capacidade técnica, por dupla razão.

Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não consegue obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém prejudica, mais que a si próprio.

Em segundo lugar, porque não há requisito algum de capacidade técnica, para exercê-la. Que diploma, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício desta profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum pelo interesse público, de capacidade técnica. Haverá acaso, ditado pelo mesmo interesse público, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão, para que seja de mister regulamentá-la? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Como consequência, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de "corretor de imóveis" como não o impõe com relação a tantas e tantas atividades profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. Nada justifica, pois, em princípio, se regulamente essa profissão. Não há, na verdade, interesse coletivo algum que o imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e o regime democrático vigente repelem".

É certo que, após a derrubada integral da citada lei corporativa, foi editada, em 1978, a Lei Federal nº 6.530.

Salvo lapso de informação, a partir da pesquisa realizada no site do STF, esta Lei Federal nº 6.530/78 jamais foi levada ao Plenário da mais Alta Corte.

Há, tão-só, precedente da 2ª Turma do STF. Com fundamentação ligeira, sem caráter vinculante: AI 109272.

Este precedente da 2ª Turma do STF é anterior à vigência da Constituição de 1.988 - sem a autoridade do Plenário ou do caráter vinculante da decisão, repita-se.

Seja como for, os termos da Lei nº 6.530/78 são os mesmos, substancialmente, da Lei Federal nº 4.116/62, no que concerne à disciplina da atividade sem risco social relevante e à fixação de "contribuições".

Registre-se que, mesmo naquela quadra, o Supremo Tribunal Federal não aceitava a reedição, de modo aberto ou dissimulado, de normas jurídicas por ele declaradas inconstitucionais.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: AGROTÓXICOS E BIOCIDAS. - CONTRARIEDADE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE DISPOSITIVOS DA LEI N. 5032, DE 15 DE ABRIL DE 1986, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE, A TÍTULO DE ALTERA-LA, REINTRODUZEM NORMAS DA LEI N. 4002, DE 5 DE JANEIRO DE 1984, DO MESMO ESTADO, JÁ DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS, PELO STF, NA RP N. 1241-7-SP. - INCONSTITUCIONALIDADE, AINDA, DOS ARTIGOS QUE DISPÕEM SOBRE MATERIAS REGULADAS POR DIPLOMAS FEDERAIS E QUE SE COMPREENDEM NA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO INCISO XVII, ALÍNEA 'C', 'IN FINE' E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 8º. DA CARTA POLITICA EM VIGOR. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (Rp 1348, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/1988, DJ 29-04-1988 PP-09844 EMENT VOL-01499-01 PP-00021).

Sob qualquer perspectiva constitucional, os preceitos substanciais da lei de 1.978 não podem subsistir, pois, se é certo que, a partir de 1.988, nos termos do artigo inaugural da Constituição, "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana e IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", a norma jurídica que institui, na dicção do STF, "corporação de ofício" contra os cidadãos e as empresas não pode ser considerada recepcionada.

No Supremo Tribunal Federal, no RE 395.902-AgR, o Ministro Celso de Mello esclareceu a questão da revogação da lei, por incompatibilidade superveniente com novo texto constitucional:

"É que, em tal situação, por tratar-se de lei pré-constitucional (porque anterior à Constituição de 1988), o único juízo admissível, quanto a ela, consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, resumindo-se, desse modo, a solução da controvérsia, à formulação de um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional (...) traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores" (RTJ 145/339, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.).

Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalecente nesta Suprema Corte e em outros Tribunais (RTJ 82/44 - RTJ 99/544 - RTJ 124/415 - RTJ 135/32 - RT 179/922 - RT 208/197 - RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei nº 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 - RTJ 169/763).

Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção - precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) - dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legítimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 143/355 - RTJ 145/339, v.g.).

De acordo com a Constituição - a vigente ou a precedente - ninguém pode ser submetido a conselho de corretores de imóveis.

nacional.

A assimetria, do mencionado sistema de intervenção e controle autárquicos, com a atual Constituição, parece mais que evidente, porque o texto de 1.988 privilegia a livre iniciativa e o desenvolvimento

regulação.

A regra é a liberdade profissional. Empreendedores individuais e empresas não podem ser submetidos a controles corporativos, sem justa causa, com os custos e a burocracia inerentes a tal modalidade de

interventivas contra cidadãos e empresas.

Uma nota incidental de atualização e esclarecimento.

de jornalista.

O voto histórico do Ministro Rodrigues Alckmin ainda hoje é paradigma. Em caso recente, o Plenário do STF, no RE 511.961, desautorizou a exigência de diploma universitário, para o exercício da profissão

O Relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes, transcreveu - como aqui - trechos significativos do texto de Rodrigues Alckmin.

Mas o que é oportuno enfatizar, como esclarecimento, é a sentença - só aparentemente - radical de Rodrigues Alckmin, no sentido de que até analfabetos podem realizar certas atividades.

Sua Excelência não estava a pregar nenhuma espécie de supremacia social do obscurantismo cognitivo ou sensorial. É fato que incultos podem realizar, e realizam, a corretagem de imóveis - e milhares de outras atividades humanas.

Rodrigues Alckmin não disse que atividade alguma deve ser privatizada para analfabetos ou iletrados. O dedutível é que, ainda quando sejam os mais cultos os seus exercentes, nenhuma atividade profissional pode ser aparelhada por regulação, se não há risco social relevante vinculado à falta de diplomação formal ou à apropriação livre de técnicas simples de prestação de serviço.

O Ministro Gilmar Mendes jogou luz sobre este ponto:

"É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº. 972/1969. Esses cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, marketing, desenho industrial, moda e costura, educação física, entre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas. Um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área. Certamente o Poder Público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores.

Os cursos de publicidade e de cinema, por exemplo, igualmente inseridos no âmbito mais amplo da comunicação social, tal como o jornalismo, são extremamente importantes para a formação do profissional que atuará nessas áreas, mas não constituem requisito básico e indispensável para o exercício regular das profissões de publicitário e cineasta.

O mesmo raciocínio deve ser válido para músicos e artistas em geral, cujo exercício profissional deve estar sob o âmbito de proteção do direito fundamental à livre expressão da atividade artística, intelectual e de comunicação, tal como expressamente previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição.

Certamente, há, nessas hipóteses, uma esfera de livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades".

O Ministro Cezar Peluso deu colaboração analítica importante:

"O que significa essa racionalidade no caso? Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão. E que isso significa concretamente neste caso? Significa a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, sobretudo - e aqui o meu ponto de vista, Senhor Presidente - de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão.

Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade? A especificidade dessa necessidade, a meu ver, está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.

Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

O curso de jornalismo não garante a eliminação das distorções e dos danos decorrentes do mau exercício da profissão. São estes atribuídos a deficiências de caráter; a deficiências de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e, até, dependendo da hipótese, a deficiências de sentidos. Ou seja, não existe, no campo do jornalismo, nenhum risco que advinha diretamente da ignorância de conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso".

Passados tantos anos do voto fulgurante de Rodrigues Akkmin e da chancela de **ampla maioria** que lhe concedeu o **Plenário do Supremo Tribunal Federal, a corretagem de imóveis não ganhou foros de verdade científica, nem sequer tem postulados elementares inacessíveis aos desprovidos de titulação formal.**

Por outro ângulo, mas ainda por uma **questão constitucional**, a cobrança da dívida também é injustificável.

A modernização do Poder Judiciário vem sendo realizada através de várias iniciativas.

A Constituição submete todos os Poderes da República ao **princípio da eficiência** - artigo 37, "caput".

É regra universal de eficiência, em todo sistema de distribuição de justiça, que a movimentação da pesada e custosa máquina judiciária não pode ser feita por bagatelas.

Em harmonia com a **norma constitucional**, a aplicação do princípio da insignificância, no **plano processual**, tem definido o destino de **ações irrelevantes**, nos mais variados ramos do direito - penal, meio ambiente, improbidade e todos os demais.

PENAL-DESCAMINHO - REJEIÇÃO DE DENÚNCIA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - INÉPCIA E SINGNIFICAÇÃO DO DANO - RECURSO IMPROVIDO.

1 - No Estado Democrático de Direito, a fidelidade narrativa da denúncia ao tipo penal, expressão da vinculação estrita das autoridades executivas da repressão criminal à vontade da lei, materializa a observância ao devido processo legal, garantia do cidadão e da defesa social.

2 - Dívida tributária ínfima não autoriza o ajuizamento de execução fiscal (STF - RE n.º 235.270-8-SP - Rel. Min. Nelson Jobim).

3 - É colorário do princípio liberal da gradação das sanções que, vetado o menos - a execução fiscal -, não se permite o mais - a ação penal.

4 - Recurso improvido.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, RSE 0060554-81.1997.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 20/02/2001, DJU DATA:17/04/2001).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREGÃO PÚBLICO: COMPRA DO BEM, DE TERCEIRO AUSENTE DO CERTAME, POR R\$ 0,70 ABAIXO DO LANCE VENCEDOR, DE R\$ 468,70 - INSIGNIFICÂNCIA.

1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.

4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.

5. Os tribunais nacionais têm sujeitado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.

6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.

7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública de improbidade administrativa - ou a consideração direta da própria moralidade pública - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do moralismo populista, ingênuo ou de ocasião.

8. Não cabe invocar o artigo 21, inciso I, da LACPLA - "A aplicação das sanções previstas nesta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público" -, porque tipicidade material e imposição de sanção não se confundem. É larga e conhecida a distância ritual entre os institutos.

9. Precedentes do STF e do TSE.

10. Rejeição da petição inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, por inadequação da via eleita (art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa).

11. Provimento ao agravo de instrumento de uma das indicadas como réis e adoção da providência, de ofício, em relação aos demais.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0038686-27.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 02/09/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2010).

DIREITO CONSTITUCIONAL E DO MEIO AMBIENTE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DERRAMAMENTO DE 30 LITROS DE ÓLEO NO ESTUÁRIO DO PORTO DE SANTOS - INSIGNIFICÂNCIA.

1. "De minimis, non curat praetor". A eficácia dos sistemas jurídicos sempre dependeu do distanciamento mantido em relação às bagatelas, às insignificâncias e a outros signos representativos da irrelevância da infração.

2. É socialmente inútil a movimentação da pesada máquina judiciária, para a repressão de faltas ou comportamentos desprovidos, manifestamente, de potencial ou efetiva aptidão para ferir bens tutelados pelo sistema normativo.

3. Quando não, exteriorização da incompatibilidade com o exercício moderado das funções repressivas, pois as sociedades qualificadas com algum grau de civilidade institucional são providas de mecanismos censórios proporcionais.
4. A racionalidade inspirada na contenção ao excessivo formalismo persecutório, na elaboração, na interpretação e na execução da lei, tem conduzido a jurisprudência.
5. Os tribunais nacionais têm stuitizado a todos e a quaisquer valores jurídicos à ponderação do chamado princípio da insignificância.
6. A mais grave das transgressões, o crime, inclusive o cometido contra a Administração Pública - a militar também, registre-se -, ainda quando relacionado à sobrevivência do próprio modelo de arrecadação das receitas públicas, como é o caso do delito fiscal, tem sido objeto de mediação pelo princípio da insignificância.
7. No ordenamento jurídico, a existência da ação civil pública - ou a consideração direta do meio ambiente, como valor de estatura constitucional - não pode ser elevada à categoria de veto à racionalidade hermenêutica ou de compromisso com os excessos do higienismo populista, ingênuo ou de ocasião.
8. Precedentes do STF, do STJ e do TSE.
9. Apelação provida.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AC 0208502-87.1993.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FABIO PRIETO, julgado em 05/05/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:31/05/2011 PÁGINA: 520).

No caso da execução forçada de dívidas fiscais, o legislador resolveu preservar o Poder Judiciário da cobrança de valores insignificantes.

É oportuno registrar que a medida legislativa foi impulsionada por juízes compromissados com a racionalidade do sistema judiciário. O Supremo Tribunal Federal passou a manter as decisões judiciais vinculadas a esta hermenêutica.

RE 378035/SP

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) Min. MOREIRA ALVES DJ DATA-05/05/2003 P - 00105

Julgamento 02/04/2003

DESPACHO : 1. É este o teor da decisão proferida em embargos infringentes: "Os embargos devem ser rejeitados. O embargante nada inovou em suas razões, trazendo à baila alegações já apreciadas na sentença. No que respeita à falta de interesse processual, a orientação da extinção da ação em causas de valor ínfimo tem amparo na doutrina pátria. Nesse sentido: A sobrecarga decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores realmente expressivos, já que as grandes e pequenas causas fiscais seguem praticamente o mesmo rito processual (Lei nº 6.830/80). Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos e inibir a sonegação, os processos de valores irrisórios congestionam a máquina judiciária e prejudicam o andamento da execução de valores expressivos, tudo em prejuízo do interesse público (Lei de Execução Fiscal comentada e Anotada, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, pág. 307, de Manoel Álvares, Maury Bottesini, Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti e Carlos Henrique Abrão). A jurisprudência tem acolhido esse entendimento, a saber: "Execução, valor ínfimo, inexistente interesse processual na execução da quantia de significância mínima, a demandar despesas consideravelmente superiores ao crédito pretendido" (TRF - 1ª região, Ap. nº 96.01.02701-7 MG, rel. Juiz Jirair Aram Menguerian, J. 25/03/96, p. 57.748). Persiste, pois, a sentença tal como lançada. Ante o exposto, rejeito os embargos, mantendo a decisão recorrida, devendo a embargante arcar com as despesas comprovadas pela parte contrária, com fundamento no disposto no art. 39 e seu parágrafo, da Lei de execução Fiscal. Ao curador nomeado, arbitro os honorários de 223,04. Com o trânsito, expeça-se a certidão." (fls. 52/53) Interposto recurso extraordinário, foi ele admitido pelo seguinte despacho: "1. Subam os autos ao E. Tribunal Superior Federal, com as cautelas de praxe e as homenagens deste Juízo. 2. Providencie a serventia o traslado necessário." (fls. 78) 2. É evidente que, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de que não é cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário (cfe. RE 240.250). 3. De outra parte, esta Primeira Turma, ao julgar os RRE 225.564 e 217.952, decidiu que a alegação de violação ao artigo 2º da Constituição pela circunstância de a decisão recorrida haver extinto a execução fiscal pela falta de interesse do autor era alegação de ofensa indireta à Carta Magna, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. 4. Por fim, a decisão recorrida não ventilou as demais questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário, nem foram objeto de embargos de declaração, faltando-lhes, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). 5. Em face do exposto, não conheço do presente recurso. Brasília, 02 de abril de 2003. Ministro MOREIRA ALVES Relator.

RE 241017/SP

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE DJ DATA-12-02-99

P-00029 Julgamento 15/12/1998

DESPACHO: A sentença objeto do RE - começando com a invocação do douto Cândido Dinamarco, (Execução Civil, ed. RT, 2ª ed, v. 2/229) para quem há falta do interesse de agir, quando "a atividade preparatória de provimento custe mais em dinheiro, trabalho ou sacrifícios, do que valem em vantagens que dele é lícito esperar" -, como em numerosos casos similares de Estância de Atibaia, extinguiu a execução fiscal movida pelo Município fundada em crédito tributário de valor insignificante. E aduziu: "A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traduz a utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exequiente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despense cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestionam a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT, 1996). Estes fatos tornam obrigatório o reconhecimento da ausência do Interesse Público de Agir da exequiente no presente processo, em face do valor da dívida. O prosseguimento da ação mostra-se antieconômico, pelo descompasso entre o custo e o benefício demandado. Esta conclusão não se confunde com os institutos da anistia e remissão. Não está sendo julgada a existência do crédito tributário, nem declarada a sua extinção ou exclusão. Respeitados os prazos prescricionais, a soma de créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade." Rejeitados os embargos infringentes e expresso, no julgamento de embargos de declaração, a inexistência de contrariedade do art. 30, III, da Constituição - autonomia dos municípios para "instituir e arrecadar os tributos de sua competência" - nela insiste o Município no recurso extraordinário, fundamento a que adita o do princípio da independência e harmonia dos poderes (CF, art. 2º). O RE admitido no juízo a quo, porém, é inviável, ainda quando, com alguma liberalidade, se reputem prequestionados os temas constitucionais. Com efeito. Nem a independência do Poder local, nem a autonomia do município para arrecadar os tributos de sua competência o dispensam - para valer-se a tanto da via jurisdicional - da satisfação das condições da ação, entre elas, o interesse processual de agir. A existência ou não do interesse de agir - fundamentadamente negada pela sentença recorrida - é questão de Direito Processual ordinário, cuja solução não é revisível na instância do recurso extraordinário. De resto, em casos idênticos, à mesma conclusão tem chegado diversos Ministros da Casa (v.g., RE 236.591, Moreira, DJ 23.11.98; RE 235.186, Gallotti, DJ 25.11.98; RE 236.943, Velloso, DJ 06.11.98; RE 235.242, Corrêa, DJ 20.10.98). Nego seguimento ao recurso extraordinário. Brasília, 15 de dezembro de 1998 Ministro SEPULVEDA PERTENCE - Relator RE 240250/SP - SÃO PAULO.

RE 240250/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 15/06/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: DJ DATA-06-08-99 PP-00052 EMENT VOL-01957-20 PP-04350

EMENTA: Execução fiscal - A única questão constitucional prequestionada, porquanto ventilada na decisão prolatada em embargos infringentes - as demais não o foram (súmulas 262 e 356) - é a relativa ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). É evidente, porém, que por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir não se pode pretender, por se entender que não cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.

RE 252965/SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 23/03/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ DATA-29-09-00 PP-00098 EMENT VOL-02006-04 PP-00793

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - INSIGNIFICÂNCIA DA DÍVIDA ATIVA EM COBRANÇA - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - EXTINÇÃO DO PROCESSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.

Julgamento 16/05/2002

Relator(a) Min. ELLEN GRACIE DJ DATA-17/06/2002 P - 00081

AGTE.: CONSELHO REGIONAL DE TÉCNICOS EM RADIOLOGIA - 4ª REGIÃO/RJ

AGDO.: GILSON ALVES CAVALHEIRO

A sentença recorrida extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com base em lei processual (artigos 267, § 3º e IV e VI e 598 do CPC), por entender que o agravante não possui interesse processual para intentar execução fiscal, de acordo com as Leis 6.830/80 e 9.649/98. Sem lugar a alegação de ofensa aos artigos 37, XIX e 149, caput, da Constituição, não dando margem, portanto, ao cabimento do recurso extraordinário interposto também com base na alínea "b" do permissivo constitucional, por não alcançar nível constitucional a controvérsia posta nos autos. Veja-se o AGRAG 153310, DJ de 21.06.96, o AGRAG 255669, DJ de 16.06.00, o RE 240941, DJ de 12.02.99 e o RE 197931, DJ de 19.10.01. Nego, portanto, seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 16 de maio de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora.

Durante a evolução da questão, a Lei Federal nº 10.522/02, com a nova redação da Lei Federal nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, deu **parâmetro econômico** para a racionalidade no uso da máquina judiciária e **inovou** com a solução do arquivamento provisório.

Confira-se o seu artigo 20: "**Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais); § 1º - Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados**".

Salvo melhor juízo, não cabia dizer que a solução adotada para a **Fazenda Nacional** era inconveniente aos interesses das **corporações autárquicas**.

De um lado, seria interditar a cobrança **relevante** do **crédito público nacional**, porque o Poder Judiciário tem limite operacional e deve ser preservado em certas circunstâncias, e, de outro, resguardar a máquina judiciária para a cobrança de **anuidades e multas corporativas irrisórias**.

Menos, ainda, sustentar que a **solução racional** do arquivamento provisório, de **interesse público**, estivesse interdita à declaração de ofício, pelo Judiciário, pois o que interessava, em termos de administração de justiça e de lei processual, era a **vontade caprichosa, perdulária e disfuncional da parte**.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu este entendimento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.151.622 - SP (2009/0149754-0)

RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE: CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CREA/SP

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ARQUIVAMENTO. DÉBITO INFERIOR A R\$ 10.000,00. ART. 20 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.176-79/01. CONVERTIDA NA LEI Nº 10.522/02. NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.033/04. MATÉRIA OBJETO DE RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO C. STF.

1. A Medida Provisória nº 2.176-79/01, convertida na Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 11.033/04, dispõe que os executivos fiscais pendentes, referentes a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devem ter seus autos arquivados, e somente reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem o limite estabelecido.

2. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, sedimentou o entendimento de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04."

(REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

3. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. (Precedentes: AgRg no Ag 1085297/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 1036656/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/03/2009, DJe 06/04/2009; REsp 771.105/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/03/2006, DJ 08/05/2006; AgRg nos EREsp 471.107/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2004, DJ 25/10/2004)

2. In casu, o art. 1º da Lei 5.194/66 não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foram apositos embargos declaratórios com a finalidade de prequestioná-lo, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

Trata-se de recurso especial interposto pela CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA CREA - SP, com fulcro na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos termos da ementa a seguir transcrita:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INEXPRESSIVO. PARÂMETROS OBJETIVOS. LEI N. 9.469/97. EXTINÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

I - Cabe ao magistrado, ao verificar a necessidade e utilidade do provimento jurisdicional pleiteado, obstar as ações executivas fiscais de valor inexpressivo, as quais, além de sobrecarregarem o aparelho estatal, acarretam prejuízos ao erário, haja vista os custos da cobrança equívalem ou superarem o valor do crédito executando.

II - Estabelecidos os valores considerados irrisórios (art. 1º, da Lei 9.469/97), de rigor a extinção de execução fiscal fundada em dívida ativa cujo montante seja igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

III - O reconhecimento da falta de interesse de agir da Exequente é medida que, em última análise, atende ao princípio da supremacia do interesse público.

IV - Apelação improvida.

Nas razões do especial, aduziu a recorrente que o acórdão impugnado violou os artigos 1º, da Lei 9.469/97, e 1º da Lei 5.194/66. Sustentou que o Tribunal a quo decidiu sem qualquer respaldo legal quando extinguiu o executivo fiscal sob o fundamento de ausência de interesse processual. Isto porque o preceito indicado como malferido estabelece o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Ademais, os créditos exequendos não pertencem à União, mas a uma autarquia federal, dotada de parafiscalidade, de modo que a Lei 9.469/97 não os alcançaria, sendo certo o prosseguimento da presente execução fiscal.

Sem contra-razões, o inconformismo foi admitido na origem.

Relatados, decidido.

Preliminarmente, não merece conhecimento o recurso pela alegação de violação ao art. 1º da Lei 5.194/66, porquanto o referido dispositivo legal não restou prequestionado. No tocante ao arquivamento do processo em razão do baixo valor exequendo, merece reparo a decisão hostilizada, porquanto diverge do entendimento pacificado desta Corte Superior, cuja Primeira Seção, por ocasião do julgamento do Resp 1111982/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, no sentido de que "As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04." (REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

Confira-se a ementa do referido aresto:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PEQUENO VALOR. ARQUIVAMENTO DO FEITO SEM BAIXA NA DISTRIBUIÇÃO. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.

1. As execuções fiscais relativas a débitos iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) devem ter seus autos arquivados, sem baixa na distribuição. Exegese do artigo 20 da Lei 10.522/02, com a redação conferida pelo artigo 21 da Lei 11.033/04.

2. Precedentes: EREsp 669.561/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 1º.08.05; EREsp 638.855/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 18.09.06; EREsp 670.580/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 10.10.05; REsp 940.882/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.08.08; RMS 15.372/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 05.05.08; REsp 1.087.842 Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 13.04.09; REsp 1.014.996/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 12.03.09; EDcl no REsp 906.443/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27.03.09; REsp 952.711/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 31.03.09.

3. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1111982/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Destarte, o presente processo não comporta extinção, mas arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição, devendo ser reativado se o valor do débito ultrapassar o limite legal.

Ex positis, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nesta parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para determinar o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição.

Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de março de 2010.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

Com a posição do Superior Tribunal de Justiça, depois de **décadas de ineficiência, desperdício de dinheiro público, preferência, no Poder Judiciário, pela cobrança executiva das anuidades dos conselhos corporativos, em detrimento do crédito público destinado à educação, à saúde e a outros valores sociais relevantes**, os Poderes Constituídos chegaram a uma solução **razoável**.

O arquivamento provisório das execuções fiscais, de todas elas, cujos valores não alcançam o teto mínimo de R\$ 10.000,00.

Ocorreu que, logo após o Superior Tribunal de Justiça fixar a interpretação do direito federal, nos termos acima citados, os conselhos corporativos obtiveram o ressurgimento da possibilidade da cobrança executiva de créditos insignificantes, através da edição de **lei inconstitucional**, por **todos** os motivos - **alguns já declarados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal**.

A oportunidade surgiu quando o Poder Executivo editou a **Medida Provisória 536/2011**, para o **reajustamento das bolsas concedidas aos médicos sob regime de residência**.

Durante a tramitação da Medida Provisória, o Senador Valdir Raupp e o Deputado Federal Rogério Carvalho apresentaram, respectivamente, as **Emendas 11 e 12**, para a **disciplina legal do valor das anuidades de dois conselhos**: engenharia, arquitetura e agronomia e medicina.

As duas Emendas foram **inadmitidas, liminarmente**: "**Com fundamento no art. 4º, § 4º, da Resolução nº 1/2002-CN, c.c. art. 125 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, indefiro liminarmente as Emendas nºs 11 e 12 apresentadas à Medida Provisória nº 536/2011, por versarem sobre matéria estranha, tudo em conformidade com a decisão desta Presidência proferida à Questão de Ordem nº 478/2009. Publique-se. Oficie-se.**"

O Deputado Rogério Carvalho apresentou recurso e, o Senador Valdir Raupp, pedido de reconsideração.

Ambos com desfecho de **insucesso**.

A Comissão Mista, prevista na Constituição Federal e na Resolução 1/01, do Congresso Nacional, **nunca** foi instalada.

Na Seção Plenária Deliberativa, a Relatora da Medida Provisória, a Deputada Jandira Feghali, apresentou o seu Relatório:

"As duas últimas emendas tratam de conselhos regionais de classe.

A Emenda nº 11, de autoria do Senador Valdir Raupp refere-se aos conselhos regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia: **fixa o valor das anuidades; limita os valores para o registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e para as multas devidos a tais conselhos, autorizando sua correção anual; e determina que tanto o Conselho Federal e quanto os regionais apresentem a seus registrados prestação de contas anual.**

Já a Emenda 12, proposta pelo Deputado Rogério Carvalho, **aborda os conselhos regionais de Medicina. Autoriza-os a cobrar e executar contribuições anuais, multas e preços por serviços relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias para cada Conselho. Fixa os valores das anuidades, retirando do Conselho Federal a competência para "fixar e alterar o valor da anuidade única, cobrada aos inscritos nos Conselhos Regionais de Medicina".**

Em consonância com diretriz adotada pela Presidência da Câmara dos Deputados, as Emendas de nº 11 e 12 não foram admitidas à tramitação, por tratarem matéria alheia aos temas disciplinados pela MP 521/10.

(...)

Outro ponto que me cabe aprofundar respeita às duas emendas que tratam dos conselhos de classe. Mesmo não tendo sido acolhidas pela Mesa Diretora da Câmara, não posso ignorá-las, por se ocuparem de assunto também de alta relevância.

De fato, no período de discussão da MP fui interpelada por vários desses conselhos, para que recolocasse em pauta a discussão por elas proposta.

Propõe-se seja restabelecido, para os conselhos de fiscalização do exercício de profissões referidos nas duas emendas, o procedimento de fixação e atualização das anuidades dos entes de fiscalização do exercício de profissões que vigorou com base na Lei nº 6.994 de 26 de maio de 1982, que "dispõe sobre a fixação do valor das anuidades e taxas devidas aos órgãos fiscalizadores de exercício profissional e dá outras providências". Aquela Lei, ao impor valores máximos para as anuidades, expressos em Maior Valor de Referência - MRV, deixava aos conselhos federais a incumbência de editar os atos que fixavam em moeda nacional os valores efetivos das anuidades.

Após a extinção da MRV, os valores máximos das anuidades passaram a ter como parâmetro a Unidade Fiscal de Referência - UFIR, que também veio a ser extinta anos depois. Passou-se então a adotar, para atualização dos valores máximos das anuidades de aquelas autarquias, a variação do IPCA. Essa sistemática deixou de ter amparo legal por força da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que revogou expressamente a referida Lei nº 6.994, de 1982.

Em face da ausência de norma legal que permitisse a atualização dos valores das anuidades dos conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas, o Congresso Nacional optou por outorgar delegação plena àqueles conselhos para fazê-lo, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, resultante de emenda ao texto da Medida Provisória nº 203, de 2004. Tal delegação vem, contudo, sendo reiteradamente questionada em juízo, com fulcro no descumprimento do princípio da legalidade estrita a que estão sujeitas as normas que versam sobre matéria tributária. A questão deverá ser definitivamente elucidada quando o Supremo Tribunal Federal vier a deliberar sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI - 3408, referente à matéria.

A perspectiva de perda de eficácia da delegação contida na referida Lei nº 11.000, de 2004, motivou a formalização de diversos projetos de lei tendo por objeto a atualização dos valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões.

Objetivando solucionar esse vácuo legal, reintroduzo a matéria no PLV por meio dos art. 3º a 11. O teor desses artigos espelha-se nos textos das referidas leis, inclusive quanto à admissão de atualização anual futura na proporção da variação do IPCA. Estabelecem limites para os valores de anuidades devidas aos conselhos de fiscalização do exercício de profissões neles referidos, admitindo a atualização anual daqueles valores na proporção da variação futura do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Os valores ora propostos como limites para as anuidades devidas aos conselhos de fiscalização são tidos como adequados para o custeio daquelas autarquias, sem onerar excessivamente os profissionais e empresas sujeitos ao pagamento daquelas anuidades.

III CONCLUSÃO

Pelos motivos acima expostos, concluo:

I - pelo atendimento da Medida Provisória nº 536, de 2011, aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência;

II - pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa da Medida Provisória nº 536, de 2011, e das emendas de nº 2, 7 e 8 a ela apresentadas, e pela inconstitucionalidade das emendas de nº 1, 4, 6, 9 e 10; 13;

III - pela adequação financeira e orçamentária da Medida Provisória nº 536, de 2011; pela não implicação com aumento da despesa ou diminuição da receita pública da União das emendas de nº 1, 6 e 9; pela incompatibilidade e inadequação financeira e orçamentária das emendas nº 2, 4, 7, 8 e 10; e

IV - no mérito, pela aprovação da Medida Provisória nº 536, de 2011, na forma do Projeto de Lei de Conversão em anexo".

Em nenhuma instância do processo parlamentar foi realizada a discussão sobre a cobrança judicial dos créditos insignificantes dos conselhos corporativos.

Em meio a tantas e tão graves violações ao processo parlamentar, no Plenário do Congresso Nacional, foram feitas as seguintes ponderações:

"O DEPUTADO SILVIO COSTA (Bloco/PTB - PE. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, Sras. e Srs. Deputados, entre todas as matérias estranhas que eu presenciei nesta Casa, ao longo do meu primeiro mandato e nesses 8 meses, esta é a mais estarecedora. Primeiro ponto: a Constituição da República diz que medida provisória só em assuntos extraordinários - em assuntos extraordinários! Anuidade de Conselho não é assunto extraordinário. Não é. Eu estou pedindo e preparando uma CPI para os Conselhos Federais e Regionais deste País.

Quero explicar a V.Exas. como funciona um pouco disso. Existe uma tal de amuidade nos Conselhos. Por exemplo, no meu Estado, o Conselho de Odontologia - e eu cito nomes do meu Estado - tem dez odontólogos que já estão há muito tempo à frente do Conselho. São 8 mil dentistas no meu Estado. Cada um paga 480 reais por mês. Desse dinheiro arrecadado, ele manda um terço para o Conselho Nacional e dois terços ficam no Estado. No Brasil existem 230 mil dentistas. Se colocarmos a 500 reais, como a Relatora está propondo aqui, são 115 milhões de reais por ano. Desse 115 milhões de reais, um terço fica no Conselho Nacional e dois terços vão para os Estados. Moral da história: nesta Casa, só lá na minha Comissão, a Comissão do Trabalho - o Deputado Eudes Xavier é o Relator; e o Deputado Augusto Coutinho já fez audiência pública -, existem três projetos regulamentando essa história de amuidade de Conselho. Agora, com todo o respeito à Deputada Jandira Feghali, em nome dos profissionais do Brasil, quem é dono de Conselho, quem é diretor de Conselho quer isto aqui. Mas perguntem aos profissionais se eles querem. Os profissionais querem discutir. É um absurdo colocar amuidade de Conselho em medida provisória. E eu não acredito que a Oposição, que zela tanto pelo dinheiro público, faça parte deste acordo. Eu estou criticando mesmo é o conjunto da Oposição. Fazer parte deste acordo? Este é um acordo contra os profissionais do Brasil, contra os médicos, os engenheiros, os advogados, contra todo mundo. Você está beneficiando aqui grupelhos, donos de Conselho. Do mesmo jeito que existe a indústria sindical no Brasil, existe a indústria do Conselho. É um desrespeito à democracia, é um desrespeito à Constituição colocar amuidade de Conselho em medida provisória, para beneficiar esse porão de Conselhos que existe no Brasil. Líder do Governo, vamos fazer um acordo aqui agora. Eu até retiro tudo o que disse. Vamos assinar a CPI dos Conselhos. Entra até a OAB no jogo. Vamos! Vamos assinar a CPI, que topamos discutir isso. Agora, não dá, não dá! Tudo tem limite! Tudo tem limite! Colocar amuidade de Conselho em medida provisória? É um absurdo, Sr. Presidente, um desrespeito a esta Casa."

O Deputado RUBENS BUENO, do PPS-PR (Pela ordem. Sem revisão do orador) - Sr. Presidente, eu tenho um destaque apresentado, mas vou pedir a sua retirada e vou explicar por quê. Primeiro, porque nós fomos convencidos pela presença da Deputada Jandira Feghali ontem, na reunião de Líderes, comandada por V.Exa. Naquela reunião eu fui convencido da importância desta proposta apresentada. É claro que aí fica sempre um pouco da incoerência nossa - eu quero confessar de público -, porque esta é uma parte de contrabando nesta medida provisória. É isso que lamento. Eu até disse para a Deputada Jandira: vamos fazer um desafio aqui, no melhor sentido do Parlamento, para evitar isso, porque sempre vem, na última hora, dentro de uma medida provisória importante, agora de médico-residente, a questão dos Conselhos Regionais. Nós temos que definir isso, para o bem do Parlamento e do País, para termos discussão para valer; até porque sempre o Parlamento teve boas e amplas discussões. Todos nós estamos imbuídos desse propósito, mas precisamos discutir mais, Sr. Presidente. Em cima da hora, o contrabando, isso não é bom para o Parlamento, não é bom para nenhum de nós."

Sem embargo destes incidentes, a Deputada Federal Jandira Feghali apresentou, em Sessão Plenária Deliberativa, o Projeto de Lei de Conversão, com as **normas jurídicas contrárias à interpretação do direito federal afirmada no Superior Tribunal de Justiça.**

A matéria foi aprovada e integra a Lei Federal nº 12.514/11:

Art. 6º. As amuidades cobradas pelo conselho serão no valor de:

I - para profissionais de nível superior: até R\$ 500,00 (quinhentos reais);

II - para profissionais de nível técnico: até R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais); e

III - para pessoas jurídicas, conforme o capital social, os seguintes valores máximos:

a) até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais): R\$ 500,00 (quinhentos reais);

b) acima de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais): R\$ 1.000,00 (mil reais);

c) acima de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais): R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais);

d) acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais): R\$ 2.000,00 (dois mil reais);

e) acima de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e até R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais): R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);

f) acima de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 3.000,00 (três mil reais);

g) acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais): R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

(...)

Art. 7º. Os Conselhos poderão deixar de promover a cobrança judicial de valores inferiores a 10 (dez) vezes o valor de que trata o inciso I do art. 6º.

Art. 8º. Os Conselhos não executarão judicialmente dívidas referentes a amuidades inferiores a 4 (quatro) vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente.

As normas jurídicas transcritas estão viciadas por **transgressões graves** da Constituição Federal.

Nunca foi instalada a Comissão Mista prevista na Constituição Federal - artigo 62, § 9º: "**Cabará à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.**"

A Relatora deu o parecer solitário, no Plenário, sem qualquer debate sobre a matéria.

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tal **procedimento parlamentar afrontoso à democracia.**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

4. As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.

5. O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional. A Doutrina do tema é assente no sentido de que "O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tomou-se praxe a manifestação singular: 'No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes." (In: CLÉVE, Clémerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. *Processo Legislativo - atuação das comissões permanentes e temporárias*. São Paulo: RT, 2008, p. 285)

6. A atuação do Judiciário no controle da existência dos requisitos constitucionais de edição de Medidas Provisórias em hipóteses excepcionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da Democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República. Precedentes (ADI 1910 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2004; ADI 1647, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/12/1998; ADI 2736/DF, rel. Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 8/9/2010; ADI 1753 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998).

7. A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

8. Deveras, a proteção do meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria desatendida caso pudessem ser questionados os atos administrativos praticados por uma autarquia em funcionamento desde 2007. Na mesma esteira, em homenagem ao art. 5º, caput, da Constituição, seria temerário admitir que todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devam ser expurgadas com efeitos ex tunc.

9. A modulação de efeitos possui variadas modalidades, sendo adequada ao caso sub judice a denominada pure prospectivity, técnica de superação da jurisprudência em que "o novo entendimento se aplica exclusivamente para o futuro, e não aquela decisão que originou a superação da antiga tese" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. *Embargos de declaração como meio processual adequado a suscitar a modulação dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade*. RePro, vol. 198, p. 389, ago/2011). 10. Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto. Inconstitucionalidade material inexistente.

11. Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo. (ADI 4029, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203).

A técnica da modulação, no caso concreto, resulta no reconhecimento do grave vício da inconstitucionalidade, sem a atribuição da consequência da nulidade do procedimento parlamentar.

Há outra inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Houve, no jargão parlamentar, "**contrabando legislativo**"; a inserção, no Projeto de Lei de Conversão, de matéria estranha ao objeto inicial da Medida Provisória.

O Supremo Tribunal Federal veta o procedimento, segundo notícia registrada em seu site:

"Legislativo não pode incluir em lei de conversão matéria estranha a MP, decide STF.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta quinta-feira (15), que a partir de agora o Congresso Nacional não pode mais incluir, em medidas provisórias (MPs) editadas pelo Poder Executivo, emendas parlamentares que não tenham pertinência temática com a norma, o chamado "contrabando legislativo".

A decisão foi tomada nesta quinta-feira (15) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5127, por meio da qual a Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) questionava alterações feitas na MP 472/2009, convertida na Lei 12.249/2010, que resultaram na extinção da profissão de técnico em contabilidade. A MP em questão tratava de temas diversos, que não guardam relação com a profissão de contador. Por maioria, o Plenário julgou improcedente a ação, mantendo a validade da norma questionada em razão do princípio da segurança jurídica. Contudo, o Tribunal decidiu censurar o Congresso Nacional de que a prática é incompatível com a Constituição Federal".

Paradoxo do sistema constitucional, as normas jurídicas aqui analisadas padecem de outro vício de inconstitucionalidade, mas, ainda assim, não podem ser declaradas nulas, pela técnica da modulação adotada no julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Há, ainda, um **terceiro** vício grave, de inconstitucionalidade, nas normas jurídicas aqui analisadas.

A lei derivada de projeto de conversão está sujeita ao exame dos requisitos típicos exigíveis para a edição de medida provisória.

É a posição do Supremo Tribunal Federal: "**A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória**" (ADI 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Renovada:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS - PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. (...)

2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004. (...)

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes. (ADI 3330, Pleno).

No caso concreto, ainda que superados os graves vícios da afronta à democracia e à impertinência temática - não porque inexistam, mas porque a nulidade relacionada a eles não pode ter eficácia -, o fato é que, como foi bem destacado pelos Parlamentares do Congresso Nacional, a questão não tem relevância, nem urgência.

A questão da cobrança judicial das dívidas fiscais **não** foi objeto de Emendas, sequer.

As Emendas citadas tratavam da **fixação** das anuidades corporativas, **não de sua cobrança forçada**.

As duas Emendas foram **inadmitidas**. Uma foi objeto de pedido de reconsideração; a outra, de recurso. **Sem** sucesso.

Por mais elástica que seja hermenêutica, a respeito da violação ao processo legislativo, não se pode admitir que **Emendas inadmitidas** surjam no Relatório do projeto de substitutivo.

Mas o pior é que, no caso concreto, a respeito do tema da cobrança forçada de anuidades corporativas, **nem** Emendas parlamentares foram apresentadas.

Não houve projeto de **conversão**. Mas **versão, lei nova**, sem nenhum debate ou controle parlamentar, democrático.

Ainda que fossem superados todos estes vícios, caberia o controle aprovado na jurisprudência plenária do STF: a cobrança judicial de dívidas corporativas irrisórias, é tema com relevância e urgência?

A resposta é negativa.

Não há urgência, parece óbvio, como destacaram os próprios Parlamentares do Congresso Nacional.

Menos, ainda, relevância.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de examinar, em sede de Medida Cautelar (ADI 2527-9), a criação do regime de transcendência, na Justiça do Trabalho.

Dizia-se da inexistência de relevância, na medida provisória editada sobre o assunto.

A Relatora, a Ministra Ellen Gracie, prolatou o voto condutor. O essencial:

"3 - A alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal não se reveste, no caso, de plausibilidade jurídica. Esta Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a improcedência da alegação de presença desses pressupostos seja evidente, como sedimentado no julgamento das medidas cautelares na ADIn nº 1.753/DF (Min. Sepúlveda Pertence) e na ADIn nº 1.397/DF (Min. Carlos Velloso), e na ADIn nº 162/DF (Min. Moreira Alves). Não vejo, no caso vertente, a evidência dessa improcedência; pelo contrário, se fosse emitir juízo de valor sobre o conteúdo desses requisitos, diria estar convencida de que, na hipótese, ambos estão presentes. A exposição de motivos da medida provisória impugnada, reproduzida nas informações do requerido, que, em parte, inseri em meu relatório, narra a situação caótica em que se encontra o Tribunal Superior do Trabalho. A Corte, pelo que se viu, encontra-se sobrecarregada de recursos repetitivos, para cujo atendimento se afastam como Danaides os seus integrantes, a esvaziar sempre os mesmos cântaros repletos das mesmas questões de direito, incalculadas vezes já decididas.

Ainda que tal situação não seja exclusiva do Tribunal Superior do Trabalho, entendo que a adoção de medidas visando a minorar os entraves a uma célere e qualificada prestação jurisdicional se mostra relevante e urgente, estando este último requisito intimamente ligado aos interesses de milhares de trabalhadores que litigam por verbas de caráter alimentar, muitas vezes essenciais à sua própria sobrevivência. Não vejo, por isso, plausibilidade na alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição Federal".

A ementa:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 2.226, DE 04.09.2001. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO DE REVISTA. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA NA ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTIGOS 1º, 5º, CAPUT E II, 22, I, 24, XI, 37, 62, CAPUT E § 1º, I, B, 111, § 3º E 246. LEI 9.469/97. ACORDO OU TRANSAÇÃO EM PROCESSOS JUDICIAIS EM QUE PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA. PREVISÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS, POR CADA UMA DAS PARTES, AOS SEUS RESPECTIVOS ADVOGADOS, AINDA QUE TENHAM SIDO OBJETO DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO, DA APARENTE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA. (...)

2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos excepcionalíssimos, em que a ausência desses pressupostos seja evidente. No presente caso, a sobrecarga causada pelos inúmeros recursos repetitivos em tramitação no TST e a imperiosa necessidade de uma célere e qualificada prestação jurisdicional aguardada por milhares de trabalhadores parecem afastar a plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 62 da Constituição. (...)

6. Pedido de medida liminar parcialmente deferido".

Aqui, há o oposto.

Se, no precedente do STF, o requisito da relevância foi reconhecido, porque a mudança prestigiava a "**célere e qualificada prestação jurisdicional**", no caso concreto, retomamos à distribuição de **milhares** de execuções fiscais **irrisórias**, a **inviabilizar a administração da justiça**.

O quadro é de avanço. Há juizados especiais. Amplos controles de constitucionalidade e legalidade, com eficácia contra terceiros. E, no caso destas execuções corporativas insignificantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impediu o **congestionamento da máquina judiciária com bagatelas**.

Não há, pois, relevância.

A inconstitucionalidade é manifesta, também por estes defeitos.

Há, não obstante, mais um.

O confessado "**contrabando legislativo**", antidemocrático, sem relevância ou urgência, é inconstitucional, ainda, pela sua motivação última: tratou-se de contornar a interpretação do direito federal realizada pelo Superior do Tribunal de Justiça, em prejuízo do sistema de administração de justiça.

Em caso similar - o da Lei Complementar nº 118/05 -, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a norma nova, por contrariar a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para a preservação da segurança jurídica, o Plenário do Supremo Tribunal Federal desautorizou o legislador complementar.

No caso concreto, ressalta, a mais não poder, a inconstitucionalidade das normas jurídicas. **Deseja-se o retorno ao "direito" à ineficiência do sistema de administração de justiça. O congestionamento da máquina judiciária como irrisório, o marcado pelo signo da bagatela.**

De há muito, o próprio Supremo Tribunal Federal não abria a instância extraordinária, para a revisão de casos injustificáveis, como documentado acima.

Não há, apenas, a tentativa de contornar a interpretação do Superior Tribunal de Justiça. Mas de fazê-lo em prejuízo **evidente** do próprio sistema de distribuição de justiça.

As anuidades não são exigíveis. Pelo mesmo motivo, não há fundamento para a exigência de multas eleitorais.

Prejudicada a análise da prescrição e da multa por litigância de má-fé.

Por estes fundamentos, **dou provimento à apelação.**

É o voto.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES. ANUIDADE. DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Inicialmente, o relator suscitou questão prejudicial de inconstitucionalidade, quanto à não recepção da legislação anterior à atual Constituição, que regulamenta profissão, atinente ao caso concreto, que envolve a Lei 6.530, de 12 de maio de 1978, relativa a corretores de imóveis.
2. Não se duvida que certas atividades não devem sujeitar-se a registro e fiscalização profissional, como é o caso dos músicos, porém tal situação é excepcional, como teve oportunidade de registrar no julgamento, perante a 3ª Turma, na AC 0024930-96.2000.4.03.6100. A excepcionalidade do caso, como revelado pelo quanto fundamentado, não permite expandir a solução para outros casos e outras profissões, cuja regulamentação é, sim, de interesse social e coletivo, objetivando garantir que atividades profissionais sejam exercidas com controle, competência, eficiência e responsabilidade tanto técnica como social.
3. Importa frisar que tais conselhos profissionais, integrados à Administração Pública, não se confundem com sindicatos e associações, pois estes têm funções voltadas mais à defesa do interesse de classe dos membros respectivos, diferentemente das autarquias profissionais disciplinadas por leis específicas com poderes não apenas de registro e cobrança de anuidades, mas de fiscalização e controle, dos quais derivam poderes de polícia, disciplinar e sancionatório no âmbito do exercício da profissão objeto de regulamentação, protegendo o interesse público, social e coletivo. A compatibilidade de tais entidades com a Carta Constitucional resulta no reconhecimento de que devem ser financiadas com recursos públicos, oriundos do regime constitucional-tributário (artigo 149, CF), muito diferente do que existe para outras entidades de defesa de interesse sindical ou associativo.
4. Não se avista, com a devida vênia, fundamento para concluir no sentido da não recepção da legislação que regulamenta a atividade profissional de que se cuida nos autos, inclusive porque, ainda que não diretamente, vários precedentes da Suprema Corte têm tratado de temas relacionados a tais conselhos profissionais, sem qualquer abordagem dirigida ao reconhecimento da não recepção da legislação anterior ou inconstitucionalidade da legislação posterior, editada para tratar ou modificar a regulamentação do exercício profissional e do respectivo conselho profissional. No contexto do exposto, cabe destacar o julgado proferido na ADI 4.174, Rel. Min. LUIZ FUX, que tratou da Lei 10.795/2003, no que alterou a Lei 6.530/1978, que disciplinou o exercício da profissão de corretor de imóveis e o funcionamento do respectivo conselho profissional.
5. Como se observa, os conselhos profissionais são inseridos nos marcos normativos da Constituição vigente, que estabelece os parâmetros para a solução de diversas lides, envolvendo a constitucionalidade, por exemplo, de leis ou atos normativos que tratam da organização interna do respectivo quadro ou da forma de financiamento de suas atividades, revelando, assim, que tem respaldo e base para recepção a legislação anterior a 1988, que trate da regulamentação de profissões e dos respectivos conselhos. A liberdade de exercício profissional não deixa de prescrever a sujeição da garantia aos termos da lei, que deve estabelecer as qualificações profissionais necessárias (artigo 5º, XIII, CF), cuja conferência e controle são feitos por conselhos profissionais, que atestam a regularidade da capacitação técnica e do próprio exercício profissional em prol da sociedade.
6. Logo, o presente feito não se resolve, devida vênia, com a declaração de não recepção da legislação anterior, de que se cuida nos autos, baseada na percepção ampla de que o texto constitucional veda a submissão de toda e qualquer atividade profissional a regime legal de intervenção e controle por conselhos profissionais.
7. Quanto à inconstitucionalidade da Lei 11.033, de 29 de dezembro de 1997, pontuada no voto do relator, é questão cuja resolução não prescinde da observância do rito essencial previsto nos artigos 948 a 950 do Código de Processo Civil, destinado a proteger o princípio da reserva de Plenário (artigo 97, CF), vedando o pronunciamento de mérito no âmbito dos órgãos fracionários, como prescreve, inclusive, o enunciado da Súmula Vinculante 10, editada pela Suprema Corte.
8. Rejeitada, portanto, a questão prejudicial de inconstitucionalidade, seja pela não recepção da legislação pré-constitucional, seja pela inviabilidade de examinar a inconstitucionalidade de lei posterior à Constituição sem a abertura do incidente específico para garantia do princípio da reserva de Plenário, cabe, por dever de ofício, apreciar a matéria devolvida pela via recursal ao exame da Turma para que se entregue, plenamente, a prestação jurisdicional pleiteada.
9. No mérito, resta consolidada a jurisprudência no sentido de que as anuidades possuem natureza tributária, sujeitando-se ao regime de prescrição do artigo 174 do Código Tributário Nacional, não se aplicando as regras do Código Civil nem as do artigo 173 do Código Tributário Nacional, computando-se o quinquênio a partir da data da constituição definitiva do crédito tributário, observadas as causas de suspensão e interrupção do respectivo curso.
10. Na espécie, a prescrição tem como termo inicial a data do vencimento da anuidade, posterior à notificação do contribuinte para o pagamento, salvo procedimento que tenha efeito de impedir a constituição definitiva ou suspender a exigibilidade fiscal, a obstar, pois, que se conte, por igual, o prazo de prescrição.
11. Os autos revelam que o vencimento da anuidade mais antiga ocorreu em **31/03/2004** e a execução fiscal foi proposta em **25/05/2009**. Sucede que, no intervalo, houve discussão administrativa com notificação final da decisão no recurso interposto em **04/03/2009**, justificando que a cobrança tenha sido ajuizada apenas em **25/05/2009**, sem a consumação da prescrição quinquenal em relação, seja ao principal, seja aos respectivos acessórios.
12. Quanto à multa por litigância de má-fé, o pedido de reforma não procede, pois descrita de forma detalhada a conduta temerária de alterar a verdade dos fatos, o que configura litigância de má-fé em face do disposto no artigo 17, II, do Código de Processo Civil de 1973, cuja aplicação não reduz as garantias do devido processo legal, contraditório ou ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, CF), pois estas não se prestam a autorizar a prática de ilícito no curso do processo. Por outro lado, inequívoco que a alteração da verdade dos fatos foi intencional e objetivava assegurar o acolhimento dos embargos do devedor, auferindo o apelante proveito indevido com a conduta perpetrada, suficiente para que seja sancionado com a aplicação da multa processual na forma corretamente definida pela sentença.
13. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento realizado nos moldes do artigo 942 do Código de Processo Civil, a Sexta Turma, por maioria, negou provimento à apelação, nos termos do voto do Desembargador Federal CARLOS MUTA, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais JOHNSOM DI SALVO e SOUZA RIBEIRO, e da Juíza Federal Convocada LEILA PAIVA, vencido o Relator, Desembargador Federal FÁBIO PRIETO, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão o Desembargador Federal CARLOS MUTA, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002033-34.2010.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS, PRISCILA MOREIRA MARTINS, SERGIO MOREIRA MARTINS, LETICIA MOREIRA MARTINS

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MARCIA ELIZA SERROU DO AMARAL - MS5437

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002033-34.2010.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS, PRISCILA MOREIRA MARTINS, SERGIO MOREIRA MARTINS, LETICIA MOREIRA MARTINS

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MARCIA ELIZA SERROU DO AMARAL - MS5437

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelas autoras, em face da r. sentença de improcedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos morais e materiais, promovida por MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS e OUTROS, contra os réus, pessoas jurídicas, UNIÃO FEDERAL e FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL - FUFMS.

A petição inicial (ID 90059698), distribuída à 1ª Vara Cível Federal de Campo Grande/MS, veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 90059477):

[...]

Trata-se de ação ordinária por meio da qual os autores buscam provimento jurisdicional que condene as réus a indenizá-los no importe equivalente a: 1) 550 (quinhentos e cinquenta) salários mínimos, referentes aos danos sofridos pela autora Maria Aparecida Moreira Martins; 2) 350 (trezentos e cinquenta) salários mínimos referentes aos danos sofridos pela autora Leticia Moreira Martins; 3) 350 (trezentos e cinquenta) salários mínimos referentes aos danos sofridos pela autora Priscila Moreira Martins; e, 4) 350 (trezentos e cinquenta) salários mínimos referentes aos danos sofridos pelo autor Sérgio Moreira Martins, além do pagamento de pensão alimentícia à esposa e à filha menor de de cujus, no valor de R\$ 269.400,00 (duzentos e sessenta e nove mil e quatrocentos reais) para cada uma delas, em decorrência de alegado erro médico, que teria ocasionado a morte de Sebastião Aparecido Reis Martins, esposo da primeira autora e pai dos demais autores.

Corno fundamentos dos pedidos os autores alegam que em Janeiro de 2008 Sebastião estava em boas condições de saúde, tendo sido detectado "derrame pleural de pequeno volume à direita" (fl. 50).

Em razão do derrame pleural recidivante, o mesmo foi submetido à cirurgia de "pleuroscopia videoassistida com biópsia" no dia 22/07/2008 (fl. 53).

Menos de um mês depois da primeira cirurgia, em 14/08/2008, o paciente sofreu nova intervenção cirúrgica, consistente em "decorticação pulmonar" e biópsia, a fim de tratar "empiema pleural", quando foi constatada "presença de grande quantidade de pus fétido" (fl. 55).

Dois meses depois, em 23/10/2008, Sebastião voltou a apresentar diagnóstico de empiema pleural, sendo submetido à cirurgia de pleurostomia, conforme relatório de fls. 58.

Quase seis meses após a última cirurgia, em 01/04/2009, foi constatada a recidiva do processo infeccioso/inflamatório no mesmo (fl. 69).

O paciente veio a falecer dois meses depois, em 23/06/2009, em razão de "septicemia, empiema renal crônica e pneumonia bacteriana" (fl. 74).

Os autores afirmam que as várias internações de de cujus foram consequência da falta de condições sanitárias no hospital da UFMS e que isso teria causado as infecções que o levaram a óbito. Alegam, ainda, que as idas e vindas ao hospital e as seguidas cirurgias causaram-lhes sofrimentos imensuráveis; tudo a dar suporte à procedência dos pedidos autorais da presente ação.

[...]

Contestação da UNIÃO (ID 90059698/99) e da FUFMS (ID 90059699). Réplica (ID 90059742/43).

Manifestação do Ministério Público.

Requerida e produzida a prova testemunhal, em audiência (ID 90059742). Requerida pelo MPF e pela FUFMS e deferida, em audiência, a produção da perícia médica. Questitos do Juízo, da UNIÃO, dos autores, da FUFMS e do MPF (ID 90059742). Laudo juntado (ID 90059477). Manifestação dos autores, da FUFMS e da UNIÃO (ID 90059477).

Reconhecido o atingimento da maioria de uma das autoras o MPF, concluiu pela falta de interesse do *parquet* (ID 90059477).

Sobreveio a r. sentença (ID 90059477) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Ocorre que, no presente caso, diante dos documentos colacionados aos autos, não é possível inferir-se que o atendimento dispensado ao paciente Sebastião tenha sido prestado com negligência, imprudência ou imperícia, de sorte a se incidir em culpa passível de indenização. Tampouco restou comprovado que a(s) infecção(ões) que causou(aram) a morte do paciente tenha(m) sido efetivamente adquirida(s) em sua internação no HU e que não tenha decorrido de infecção preexistente.

Segundo a perícia indireta realizada nos autos, ao chegar à sua primeira consulta o Sr. Sebastião já apresentava derrame pleural:

"O paciente chegou na primeira consulta já com derrame pleural instalado e em seguida foram realizadas várias intervenções cirúrgicas para retirar o líquido que várias vezes se formou no hemitórax Direito, o que caracteriza, conforme os critérios acima descritos como Empiema Pleural primário, pois não houve pneumonia e ocorreram várias intervenções a fim de sanar o derrame pleural" (fl. 519).

Assim, não parece ser controverso que o paciente já apresentava, à primeira vez em que compareceu ao HU Empiema Pleural Crônico, descrito pelo perito como "líquido presente na cavidade torácica com processo infeccioso associado - pus)":

"O paciente padecia de um quadro denominado EMPIEMA PLEURAL CRÔNICO, que começou a ser tratado em unidade hospitalar em maio de 2008 e permaneceu em acompanhamento/tratamento até abril de 2009. Com vários quadros de recidivas e internações cirúrgicas a fim de sanar a doença básica que provavelmente foi a que, por longa data o levou ao óbito sendo o desfecho final o quadro de infecção generalizada" (fl. 516/517).

Corroboram tais fatos/diagnósticos, a descrição do primeiro atendimento prestado ao de cujus:

"O paciente SEBASTIÃO APARECIDO REIS MÁRTINS, (...) compareceu ao ambulatório de Pneumologia do HU/UFMS, em 19.05/2008. Com queixa de dores musculares difusas, mais intensas em região dorsal e ombro direito, que tiveram início, segundo suas próprias informações, há 02 (dois) anos da presente referida consulta, com piora significativa nos últimos 06 (seis) meses" (fl.175).

Fixado o fato de que Sebastião já apresentava derrame pleural, cabe estabelecer se as bactérias já estavam no seu organismo, em decorrência do quadro de empiema apresentado, ou se o quadro infeccioso decorreu de infecção hospitalar.

Nesse sentido, a perícia foi inconclusiva:

"Havia sim um derrame pleural prévio ao primeiro atendimento no HU, porém afirmar que estas bactérias (*Staphylococcus* e *Streptococcus*) não estavam presentes antes do primeiro atendimento não é possível, mesmo porque nos exames iniciais coletados deste empiema na data do primeiro procedimento não foi constatado qualquer agente etiológico" (fl. 522).

"De acordo com a literatura não é possível afirmar que esteja relacionado ao primeiro procedimento cirúrgico" (fl. 523).

Por outro lado, verifica-se que a imprecisão do perito, no que tange à infecção, decorre da multitude de fatores que podem ser causadores da contaminação do paciente por bactérias:

"podemos ser colonizados por estas bactérias e não estamos doentes (...) pacientes podem estar colonizados sem necessariamente terem contato com o ambiente hospitalar. O mesmo vale para o derrame pleural que previamente já estava presente no paciente falecido, antes da primeira consulta" (fl. 523/524).

Nesse sentido, ele elenca diversos fatores que podem contribuir para a infecção do organismo, além da própria assepsia do ambiente cirúrgico:

"gravidade do estado clínico do paciente, presença de Diabetes Melitus, tabagismo (...)"/fl. 524).

Em relação a esses fatores de risco, verifica-se que o Sr. Sebastião era tabagista havia 35 anos. Quanto à gravidade do estado clínico do mesmo, quando da cirurgia, cumpre destacar os apontamentos do relatório médico de fls. 178:

"Cabe aqui chamar a atenção um descompasso aparentemente despercebido pela reclamante, entre a evidência de pequeno derrame pleural direito, descrito em exame tomográfico do tórax antes da primeira cirurgia, com o volumoso derrame pleural flagrado por ocasião do procedimento que foi aferido em 4.000 ml (4 litros) amarelo-turvo com características empiemáticas".

Embora inconclusivas as respostas periciais ante as inúmeras possibilidades de infecção, certo é que o Sr. SEBASTIÃO, ao iniciar seu tratamento, apresentava um quadro de saúde no qual já poderia estar (e muito provavelmente estava) infectado com as referidas bactérias. Além disso, o perito não informa que o paciente não estava infectado por essas bactérias, o que poderia ser um primeiro indicativo no sentido da assertiva dos autores - de infecção hospitalar. Essa situação inviabiliza a conclusão de que o dano alegado pelos autores tenha nexos causal direto com a má assepsia do hospital. Além disso, segundo o perito, o risco de infecção é uma variável que deve ser sempre considerada na opção dos tratamentos. Todos nós estamos sujeitos a ela. Em caso de ocorrência de infecção, há que se perquirir se o evento se deu por negligência em relação aos procedimentos normais para a situação e os recursos disponíveis naquele momento. O tratamento dispensado ao autor, segundo a perícia, foi o indicado e poderia oferecer risco de infecção:

"Foi realizado uma punção na primeira consulta do paciente no Hospital Universitário e em seguida foi realizado o procedimento de Pleuroscopia vídeoassistida com biópsia dirigida que serve para terapêutica e para diagnóstico das causas da formação do Empiema, sendo esta a medida correta quando há recidivas da formação do empiema. O dreno colocado no hemitórax direito do paciente é um dispositivo invasivo que fica dentro da caixa torácica em contato direto com o pulmão do paciente, portanto qualquer agente etiológico (fungo, bactéria, vírus, protozoários...) pode ocasionar infecção neste pulmão. É uma questão de risco e benefício" (fl. 524).

Os riscos pós-operatórios, segundo o perito, poderiam ter sido reduzidos caso o de cujus tivesse parado com o tabagismo e, também, caso tivesse realizado as sessões de fisioterapia respiratória que lhe foram indicadas, medidas, pelo que consta dos autos, não adotadas pelo Sr. SEBASTIÃO.

"Em relação ao tabagismo, sim a não cessação do tabagismo pode (...) evitar a infecção no local da cirurgia no pós operatório. porém este paciente já chegou na primeira consulta com o quadro de infecção pleural, portanto se caso tivesse parado o tabagismo poderia ler, talvez evitado tantas recidivas do quadro pleural infeccioso" (fl. 521).

"Em relação à fisioterapia respiratória também seria importante sua realização para que houvesse expansão pulmonar, podendo auxiliar na melhora do quadro de infecção" (fl. 521).

Assim, não me parece que tenha restado claro nos autos o nexos causal exclusivo entre o evento danoso e a infecção hospitalar, conforme alegado pelos autores. Ao contrário, mostra-se crível, da análise das provas juntadas aos autos, que Outras variáveis tenham incidido para o evento danoso, dentre elas, a plausível existência de infecção do primeiro derrame pleural do paciente, bem como a não observação do Sr. Sebastião, das indicações médicas de parar com o tabagismo - manteve-se fumando ainda dentro do hospital - e de realizar a fisioterapia respiratória, que tinham como objetivo diminuir o risco de infecção do paciente.

Além disso, não restou comprovado que o paciente não tenha recebido todos os cuidados adequados para o tratamento de sua doença. Ao contrário - e nesse sentido entendo que, de certa forma, resta fragilizado o argumento de que o HU teria sido negligente - o perito, reiteradamente, informa que todo tratamento fornecido ao autor seguiu o preconizado na literatura médica especializada:

"Sim, o tratamento realizado está de acordo com o preconizado () pela literatura médica" (fl. 517)

«O procedimento realizado era indicado sim, pois houve recidiva do derrame pleural após a primeira drenagem realizada na data de 19/05/2008. E esta segunda intervenção tinha a finalidade diagnóstica e de terapêutica coadjuvante ao tratamento clínico proposto. (...) Em relação à conduta médica adotada não encontrei, do ponto de vista clínico, qualquer irregularidade" (fl. 521).

"Foi realizado uma punção na primeira consulta do paciente no Hospital Universitário e em seguida foi realizado o procedimento de Pleuroscopia vídeoassistida com biópsia dirigida que serve para terapêutica e para diagnóstico das causas da formação do Empiema, sendo esta a medida correta quando há recidivas da formação do empiema" (fl. 524)

"(...) portanto foram realizadas as medidas diagnósticas disponíveis na medicina para chegar ao diagnóstico do empiema pleural" (fl. 530).

"foram realizados exames laboratoriais e condutas cirúrgicas condizentes com o proposto na teoria e literatura médica específica" (fl. 530).

"Não, o retardo do tratamento dito "adequado" pela advogada da parte dos familiares do paciente, não influenciou na piora e desdobramento da sua doença, pois houve um tratamento adequado conforme a literatura. voís os procedimentos cirúrgicos realizados são para o diagnóstico e para terapia" (fl. 530)

"As intervenções cirúrgicas realizadas foram necessárias tanto para alívio dos sintomas de dor e cansaço (dispneia) como também para conforto e na tentativa de diagnóstico" (fl. 530).

Assim, entendo não haver nos autos provas que sustentem o nexos causal entre o dano alegado pelos autores e a alegada negligência do HJ.

No presente caso, por se tratar de perícia indireta, calcada nos relatórios médicos da época, sem a análise direta do de cujus, não se alcançou a especificidade desejada pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Todavia, embora não tenha alcançado a referida especificidade, a prova pericial indicou outras possíveis causas para o evento danoso, como a conduta não cooperativa do paciente em eliminar fatores de risco de infecção (recusa em largar o tabagismo e em realizar as sessões indicadas de fisioterapia respiratória) e, bem assim, o quadro grave de empiema que ele chegou ao hospital, associado ao fato de as bactérias causadoras da infecção serem bactérias que existem no organismo humano e podem habitá-lo sem qualquer sintoma.

Tais causas encontram forte respaldo nas provas documentais juntadas aos autos e, diante disso, tenho que são aptas a construir entendimento, alinhado com a jurisprudência do STJ, no sentido de que, consideradas as em todas, e tendo em vista as particularidades da internação do autor, do tratamento médico que lhe foi dispensado (de acordo com a literatura médica especializada), e da evolução da infecção apontada pelo perito, podem excluir a responsabilidade contratual do hospital.

Diante do exposto, julgo improcedentes os pedidos materiais da presente ação e dou por resolvido o mérito da lide, nos termos do artigo 487, I, do CPC.

Condono os autores a arcarem com as custas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa (artigo 85, §4º, III, do CPC/15). Contudo, por serem eles beneficiários de justiça gratuita, suspendo a exigibilidade do crédito, nos termos do artigo 98 §3º do CPC/15.

[...]

Interposta apelação pelas autoras que, em suas razões recursais sustentam (ID 90059477), em síntese, o seguinte: que a vítima adquiriu infecção hospitalar no momento da cirurgia que teve que realizar vindo a óbito; afirma que foram diagnosticadas enfermidades que o paciente não tinha quando deu entrada no hospital; destaca que o paciente, entre o primeiro atendimento no ambulatório de pneumologia do Hospital Universitário e o óbito, passou por uma série de procedimentos invasivos, como a colocação de drenos e cirurgia; e defende a condenação em danos morais e materiais.

Contrarrazões da UNIÃO (ID 90059477) e da FUFMS (ID 123738098).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002033-34.2010.4.03.6000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS, PRISCILA MOREIRA MARTINS, SERGIO MOREIRA MARTINS, LETICIA MOREIRA MARTINS

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

Advogado do(a) APELANTE: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI - MS8650-A

APELADO: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL, UNIÃO FEDERAL

Advogado do(a) APELADO: MARCIA ELIZA SERROU DO AMARAL - MS5437

OUTROS PARTICIPANTES:

TERCEIRO INTERESSADO: MARIA APARECIDA MOREIRA MARTINS

ADVOGADO do(a) TERCEIRO INTERESSADO: GIOVANNA MARIA ASSIS TRAD CAVALCANTI

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. DANO E EVENTO DANOSO. COMPROVADOS. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo agravamento do estado de saúde do marido e pai das autoras, que o levou a óbito, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.
2. Vale ressaltar, inicialmente, que se trata de ação de indenização por dano, o que estabelece algumas premissas que devem ser demonstradas. A sistemática para esse tipo de ação envolve, primeiramente, a comprovação do dano; em seguida a inequívoca demonstração do ato danoso; depois a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva; e, por fim, a relação de causalidade entre esses três eventos: dano, ato danoso e conduta do agente.
3. Na hipótese dos autos, o dano efetivamente restou comprovado e é incontroverso. A vítima, marido e pai das autoras, deu entrada no hospital, teve seu estado de saúde agravado e veio a óbito.
4. De igual modo, no que se refere ao evento danoso, não há controvérsia e também não restam dúvidas quanto a sua ocorrência, ou seja, o agravamento do estado de saúde do autor, as complicações clínicas e o quadro infeccioso foram a causa do óbito.
5. É importante destacar que a relação existente entre o hospital e o paciente é de meio e não de resultado, devendo o primeiro garantir o emprego de todas as técnicas, de todo o conhecimento científico/médico existente e disponível, bem como de todos os recursos tecnológicos de que dispõe, com o objetivo de buscar os melhores resultados possíveis.
6. Destaco que o questionamento das autoras não diz respeito a essa obrigação das rés de disponibilizar todo o tipo de tratamento possível, para a recuperação do paciente, que efetivamente ocorreu, conforme consta dos autos e foi devidamente corroborado pelo Laudo Pericial Médico, produzido em Juízo, ou seja, todos os meios e possibilidades técnicas, médicas e de conhecimento científico, foram disponibilizados ao paciente, na busca de melhores resultados. A alegação das apelantes é no sentido de que o paciente foi vítima da falta de higienização do ambiente hospitalar, em especial no centro cirúrgico, o que teria sido a causa do quadro infeccioso que o levou a óbito.
7. Assim, a correta higienização do ambiente hospitalar é um dos meios que deve ser disponibilizado pelo nosocômio aos seus pacientes, observando rigorosamente as normas médicas e técnicas que regem esse procedimento. No entanto, não consta dos autos qualquer prova de que isso não ocorreu da forma como deveria, tampouco de que a falta de higienização do ambiente hospitalar é a única forma do paciente apresentar o quadro clínico infeccioso diagnosticado em relação ao marido e pai das apelantes.
8. O que se busca na presente ação é saber se as rés cumpriram com o seu dever de fornecer todos os meios à sua disposição para o melhor tratamento da enfermidade que acometia o paciente, na espécie, a correta e necessária higienização do ambiente hospitalar e, se isso foi feito como deveria, se o resultado seria outro, até porque, os documentos médicos constantes dos autos dão conta de que o estado clínico do paciente era complicado e vinha de muito mais tempo, ao que parece, sem acompanhamento médico.
9. Diante do conjunto probatório constante dos autos, não é possível responder, com segurança, qualquer desses questionamentos, o que é de se concluir pela não configuração do nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos agentes, razão pela qual não se justifica a condenação no dever de indenizar, por dano.
10. Nega-se provimento à apelação das autoras, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo agravamento do estado de saúde do marido e pai das autoras, que o levou a óbito, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.

Sustentam as autoras que a vítima adquiriu infecção hospitalar no momento da cirurgia que teve que realizar vindo a óbito; afirmam que foram diagnosticadas enfermidades que o paciente não tinha quando deu entrada no hospital; destacam que o paciente, entre o primeiro atendimento no ambulatório de pneumologia do Hospital Universitário e o óbito, passou por uma série de procedimentos invasivos, como a colocação de drenos e cirurgia; e defendem a condenação em danos morais e materiais.

Vale ressaltar, inicialmente, que se trata de ação de indenização por dano, o que estabelece algumas premissas que devem ser demonstradas.

A sistemática para esse tipo de ação envolve, primeiramente, a comprovação do dano; em seguida a inequívoca demonstração do ato danoso; depois a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva; e, por fim, a relação de causalidade entre esses três eventos: dano, ato danoso e conduta do agente.

Dito isso, passo a analisar cada uma dessas etapas a serem vencidas até se chegar à análise da responsabilidade das partes.

Na hipótese dos autos, o dano efetivamente restou comprovado e é incontroverso. A vítima, marido e pai das autoras, deu entrada no hospital, teve seu estado de saúde agravado e veio a óbito.

De igual modo, no que se refere ao evento danoso, não há controvérsia e também não restam dúvidas quanto a sua ocorrência, ou seja, o agravamento do estado de saúde do autor, as complicações clínicas e o quadro infeccioso foram a causa do óbito.

Partindo dessas premissas, das quais as partes não divergem, passo à análise, inicialmente, do nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos agentes.

As apelantes sustentam negligência no atendimento médico, falta da devida higiene no ambiente cirúrgico, o que teria ocasionado o agravamento do estado de saúde da vítima, vindo a óbito.

Afirmam que ao dar entrada no ambulatório do nosocômio a vítima não tinha as patologias que foram posteriormente diagnosticadas e que contribuíram efetivamente para o agravamento do seu quadro clínico levando-o a óbito.

Inicialmente é importante destacar que a relação existente entre o hospital e o paciente é de meio e não de resultado, devendo o primeiro garantir o emprego de todas as técnicas, de todo o conhecimento científico/médico existente e disponível, bem como de todos os recursos tecnológicos de que dispõe, com o objetivo de buscar os melhores resultados possíveis.

Nesse sentido o julgado:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS. FIBROPLASIA RETROENTOCULAR, QUE OCASIONOU PERDA DA VISÃO AO PACIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO HOSPITAL E DO MÉDICO POR ALEGADO ERRO CULPÁVEL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL DA MEDICINA E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E O ATO COMISSIVO OU OMISSIVO. REEXAME DE PROVAS, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE.

[...]

VOTO

[...]

4. A responsabilidade médica é fundada, em regra, em obrigação de meio, ou seja, o médico deve prestar os serviços atuando com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe, em conformidade com o desenvolvimento de sua ciência- elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento do ato comissivo ou omissivo tido por danoso, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais ao alcance do resultado almejado: Outrossim, está inerente ao trabalho do médico a natureza contratual, porquanto as partes acertam sua prestação, combinando o pagamento, e decorrendo direitos e obrigações. Mesmo assim, não dominam os princípios da responsabilidade objetiva, porquanto nem sempre é certo o êxito de seu desempenho. Se, porém, o médico é contratado para a prestação de serviços na área médica por instituições públicas ou privadas, ou se integra os quadros de administradoras de planos de saúde, o contrato vincula o médico com o empregador. Permanece, todavia, o vínculo contratual, posto que, salienta vera Maria Jacob de Fradera, "na relação médico-paciente, tem aquele a seu cargo uma obrigação de diligência ou de meios, e não uma obrigação determinada ou de resultado. Ao aceitar assistir ao doente, assume o médico uma obrigação de dar-lhe um tratamento adequado, isto é, conforme os dados atuais da ciência, segundo os recursos postos à sua disposição no local da atuação e ainda segundo as condições específicas e pessoais do doente. O médico não se obriga, portanto, a curar o doente; ele assume, isto sim, a obrigação de prestar meios adequados, de agir de maneira diligente e aplicando todos os seus conhecimentos e recursos disponíveis, a fim de obter êxito, o qual é estranho ao objeto mesmo da obrigação assumida, e, em muitos casos, v.g., em se tratando de doenças incuráveis, de antemão inatingíveis". Insta observar, pois, que a concepção contratual da responsabilidade médica, no dizer de Antônio Elias de Queiroga, "para o cliente, é limitada, porque pelo simples dizer de não obter a cura do doente não significa dizer que o médico foi inadimplente. Cuida-se, evidentemente, de uma obrigação de meio, e não de resultado, pois, conforme a lição já citado Aguiar Dias, o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência". Daí se concluir que não se contrata determinado resultado, mesmo que almejado. E se não atingindo o resultado, não importa em presumir a culpa, que somente se caracteriza se não proceder o médico de acordo com as regras e os ditames técnicos da profissão. A inadimplência somente desponta se faltarem atenção, a ciência própria para aquele ato realizado, o cuidado e diligência que eram de se esperar, a capacidade exigida para o ato realizado. (RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, ps. 319-321)

[...]

(REsp 992821/SC RECURSO ESPECIAL 2007/0231093-9 - Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - QUARTA TURMA - Julgado em 14/08/2012 - Publicado no DJe de 27/08/2012)

A partir disso, vejamos o que consta dos autos a respeito dessa obrigação.

Destaco que o questionamento das autoras não diz respeito a essa obrigação das rés de disponibilizar todo o tipo de tratamento possível, para a recuperação do paciente, que efetivamente ocorreu, conforme consta dos autos e foi devidamente corroborado pelo Laudo Pericial Médico, produzido em Juízo, ou seja, todos os meios e possibilidades técnicas, médicas e de conhecimento científico, foram disponibilizados ao paciente, na busca de melhores resultados.

A alegação das apelantes é no sentido de que o paciente foi vítima da falta de higienização do ambiente hospitalar, em especial no centro cirúrgico, o que teria sido a causa do quadro infeccioso que o levou a óbito.

Assim, tratando-se da hipótese de obrigação de meio, seja qual for a conduta aplicável às rés, cabe às autoras demonstrarem a culpa e a relação de causalidade entre a conduta das rés e o evento danoso.

Nesse sentido o julgado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.

[...]

4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.

5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).

[...]

(REsp 236708/MG RECURSO ESPECIAL 1999/0099099-4 - Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - QUARTA TURMA - Julgado em 10/02/2009 - Publicado no DJe 18/05/2009 RMP vol. 35 p. 259)

Assim, a correta higienização do ambiente hospitalar é um dos meios que deve ser disponibilizado pelo nosocômio aos seus pacientes, observando rigorosamente as normas médicas e técnicas que regem esse procedimento.

No entanto, não consta dos autos qualquer prova de que isso não ocorreu da forma como deveria, tampouco de que a falta de higienização do ambiente hospitalar é a única forma do paciente apresentar o quadro clínico infeccioso diagnosticado em relação ao marido e pai das apelantes.

Os documentos juntados aos autos e o resultado da perícia médica, de fato, são inconclusivos, como afirmou a r. sentença, ao transcrever vários trechos do Laudo Pericial, no que se refere à análise da possibilidade de o paciente contrair infecção no ambiente hospitalar, razão pela qual peço vênia para reproduzir essa parte da fundamentação do Juízo a quo:

[...]

Segundo a perícia indireta realizada nos autos, ao chegar à sua primeira consulta o Sr. Sebastião já apresentava derrame pleural:

"O paciente chegou na primeira consulta já com derrame pleural instalado e em seguida foram realizadas várias intervenções cirúrgicas para retirar o líquido que várias vezes se formou no hemitórax Direito, o que caracteriza, conforme os critérios acima descritos como Empiema Pleural primário, pois não houve pneumonia e ocorreram várias intervenções a fim de sanar o derrame pleural" (fl. 519).

Assim, não parece ser controverso que o paciente já apresentava, à primeira vez em que compareceu ao HU Empiema Pleural Crônico, descrito pelo perito como "líquido presente na cavidade torácica com processo infeccioso associado - pus":

"O paciente padecia de um quadro denominado EMPIEMA PLEURAL CRÔNICO, que começou a ser tratado em unidade hospitalar em maio de 2008 e permaneceu em acompanhamento/tratamento até abril de 2009. Com vários quadros de recidivas e internações cirúrgicas a fim de sanar a doença básica que provavelmente foi a que, por longa data o levou ao óbito sendo o desfecho final o quadro de infecção generalizada" (fl. 516/517).

Corroboram tais fatos/diagnósticos, a descrição do primeiro atendimento prestado ao de cujus:

"O paciente SEBASTIÃO APARECIDO REIS MÁRTINS, (...) compareceu ao ambulatório de Pneumologia do HU/UFMS, em 19.05/2008. Com queixa de dores musculares difusas, mais intensas em região dorsal e ombro direito, que tiveram início, segundo suas próprias informações, há 02 (dois) anos da presente referida consulta, com piora significativa nos últimos 06 (seis) meses" (fl.175).

Fixado o fato de que Sebastião já apresentava derrame pleural, cabe estabelecer se as bactérias já estavam no seu organismo, em decorrência do quadro de empiema apresentado, ou se o quadro infeccioso decorreu de infecção hospitalar.

Nesse sentido, a perícia foi inconclusiva:

"Havia sim um derrame pleural prévio ao primeiro atendimento no HU, porém afirmar que estas bactérias (Staphylococcus e streptococcus) não estavam presentes antes do primeiro atendimento não é possível, mesmo porque nos exames iniciais coletados deste empiema na data do primeiro procedimento não foi constatado qualquer agente etiológico" (fl. 522).

"De acordo com a literatura não é possível afirmar que esteja relacionado ao primeiro procedimento cirúrgico" (fl. 523).

Por outro lado, verifica-se que a imprecisão do perito, no que tange à infecção, decorre da multitudine de fatores que podem ser causadores da contaminação do paciente por bactérias:

"podemos ser colonizados por estas bactérias e não estarmos doentes (...) pacientes podem estar colonizados sem necessariamente terem contato com o ambiente hospitalar. O mesmo vale para o derrame pleural que previamente já estava presente no paciente falecido, antes da primeira consulta" (fl. 523/524).

Nesse sentido, ele elenca diversos fatores que podem contribuir para a infecção do organismo, além da própria assepsia do ambiente cirúrgico:

"gravidade do estado clínico do paciente, presença de Diabetes Melitus, tabagismo (...)"/fl. 524).

Em relação a esses fatores de risco, verifica-se que o Sr. Sebastião era tabagista havia 35 anos. Quanto à gravidade do estado clínico do mesmo, quando da cirurgia, cumpre destacar os apontamentos do relatório médico de fls. 178:

"Cabe aqui chamar a atenção um descompasso aparentemente despercebido pela reclamante, entre a evidência de pequeno derrame pleural direito, descrito em exame tomográfico do tórax antes da primeira cirurgia, com o volumoso derrame pleural flagrado por ocasião do procedimento que foi aferido em 4.000 ml (4 litros) amarelo-turvo com características empiemáticas".

Embora inconclusivas as respostas periciais ante as inúmeras possibilidades de infecção, certo é que o Sr. SEBASTIÃO, ao iniciar seu tratamento, apresentava um quadro de saúde no qual já poderia estar (e muito provavelmente estava) infectado com as referidas bactérias. Além disso, o perito não informa que o paciente não estava infectado por essas bactérias, o que poderia ser um primeiro indicativo no sentido da assertiva dos autores - de infecção hospitalar. Essa situação inviabiliza a conclusão de que o dano alegado pelos autores tenha nexos causal direto com a má assepsia do hospital. Além disso, segundo o perito, o risco de infecção é uma variável que deve ser sempre considerada na opção dos tratamentos. Todos nós estamos sujeitos a ela. Em caso de ocorrência de infecção, há que se perquirir se o evento se deu por negligência em relação aos procedimentos normais para a situação e os recursos disponíveis naquele momento. O tratamento dispensado ao autor, segundo a perícia, foi o indicado e poderia oferecer risco de infecção:

"Foi realizado uma punção na primeira consulta do paciente no Hospital Universitário e em seguida foi realizado o procedimento de Pleuroscopia vídeoassistida com biópsia dirigida que serve para terapêutica e para diagnóstico das causas da formação do Empiema, sendo esta a medida correta quando há recidivas da formação do empiema. O dreno colocado no hemitórax direito do paciente é um dispositivo invasivo que fica dentro da caixa torácica em contato direto com o pulmão do paciente, portanto qualquer agente etiológico (fungo, bactéria, vírus, protozoários...) pode ocasionar infecção neste pulmão. É uma questão de risco e benefício" (fl. 524).

Os riscos pós-operatórios, segundo o perito, poderiam ter sido reduzidos caso o de cujus tivesse parado com o tabagismo e, também, caso tivesse realizado as sessões de fisioterapia respiratória que lhe foram indicadas, medidas, pelo que consta dos autos, não adotadas pelo Sr. SEBASTIÃO.

"Em relação ao tabagismo, sim a não cessação do tabagismo pode (...) evitar a infecção no local da cirurgia no pós operatório. porém este paciente já chegou na primeira consulta com o quadro de infecção pleural, portanto se caso tivesse parado o tabagismo poderia ler, talvez evitado tantas recidivas do quadro pleural infeccioso" (fl. 521).

"Em relação à fisioterapia respiratória também seria importante sua realização para que houvesse expansão pulmonar, podendo auxiliar na melhora do quadro de infecção" (fl. 521).

Assim, não me parece que tenha restado claro nos autos o nexos causal exclusivo entre o evento danoso e a infecção hospitalar, conforme alegado pelos autores. Ao contrário, mostra-se crível, da análise das provas juntadas aos autos, que outras variáveis tenham incidido para o evento danoso, dentre elas, a plausível existência de infecção do primeiro derrame pleural do paciente, bem como a não observação do Sr. Sebastião, das indicações médicas de parar com o tabagismo - manteve-se fumando ainda dentro do hospital - e de realizar a fisioterapia respiratória, que tinham como objetivo diminuir o risco de infecção do paciente.

[...]

O que se busca na presente ação é saber se as rés cumpriram com o seu dever de fornecer todos os meios à sua disposição para o melhor tratamento da enfermidade que acometia o paciente, na espécie, a correta e necessária higienização do ambiente hospitalar e, se isso foi feito como deveria, se o resultado seria outro, até porque, os documentos médicos constantes dos autos dão conta de que o estado clínico do paciente era complicado e vinha de muito mais tempo, ao que parece, sem acompanhamento médico.

Porém, diante do conjunto probatório constante dos autos, não é possível responder, com segurança, qualquer desses questionamentos, o que é de se concluir pela não configuração do nexos de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos agentes, razão pela qual não se justifica a condenação no dever de indenizar, por dano.

Ante o exposto, nego provimento à apelação das autoras, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL E MATERIAL. DANO E EVENTO DANOSO. COMPROVADOS. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇAMANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo agravamento do estado de saúde do marido e pai das autoras, que o levou a óbito, deve ser atribuída às rés, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais e materiais.*
2. *Vale ressaltar, inicialmente, que se trata de ação de indenização por dano, o que estabelece algumas premissas que devem ser demonstradas. A sistemática para esse tipo de ação envolve, primeiramente, a comprovação do dano; em seguida a inequívoca demonstração do ato danoso; depois a conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva; e, por fim, a relação de causalidade entre esses três eventos: dano, ato danoso e conduta do agente.*
3. *Na hipótese dos autos, o dano efetivamente restou comprovado e é incontroverso. A vítima, marido e pai das autoras, deu entrada no hospital, teve seu estado de saúde agravado e veio a óbito.*
4. *De igual modo, no que se refere ao evento danoso, não há controvérsia e também não restam dúvidas quanto a sua ocorrência, ou seja, o agravamento do estado de saúde do autor, as complicações clínicas e o quadro infeccioso foram a causa do óbito.*
5. *É importante destacar que a relação existente entre o hospital e o paciente é de meio e não de resultado, devendo o primeiro garantir o emprego de todas as técnicas, de todo o conhecimento científico/médico existente e disponível, bem como de todos os recursos tecnológicos de que dispõe, com o objetivo de buscar os melhores resultados possíveis.*
6. *Destaco que o questionamento das autoras não diz respeito a essa obrigação das rés de disponibilizar todo o tipo de tratamento possível, para a recuperação do paciente, que efetivamente ocorreu, conforme consta dos autos e foi devidamente corroborado pelo Laudo Pericial Médico, produzido em Juízo, ou seja, todos os meios e possibilidades técnicas, médicas e de conhecimento científico, foram disponibilizados ao paciente, na busca de melhores resultados. A alegação das apelantes é no sentido de que o paciente foi vítima da falta de higienização do ambiente hospitalar; em especial no centro cirúrgico, o que teria sido a causa do quadro infeccioso que o levou a óbito.*
7. *Assim, a correta higienização do ambiente hospitalar é um dos meios que deve ser disponibilizado pelo nosocômio aos seus pacientes, observando rigorosamente as normas médicas e técnicas que regem esse procedimento. No entanto, não consta dos autos qualquer prova de que isso não ocorreu da forma como deveria, tampouco de que a falta de higienização do ambiente hospitalar é a única forma do paciente apresentar o quadro clínico infeccioso diagnosticado em relação ao marido e pai das apelantes.*
8. *O que se busca na presente ação é saber se as rés cumpriram com o seu dever de fornecer todos os meios à sua disposição para o melhor tratamento da enfermidade que acometia o paciente, na espécie, a correta e necessária higienização do ambiente hospitalar e, se isso foi feito como deveria, se o resultado seria outro, até porque, os documentos médicos constantes dos autos dão conta de que o estado clínico do paciente era complicado e vinha de muito mais tempo, ao que parece, sem acompanhamento médico.*
9. *Diante do conjunto probatório constante dos autos, não é possível responder, com segurança, qualquer desses questionamentos, o que é de se concluir pela não configuração do nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos agentes, razão pela qual não se justifica a condenação no dever de indenizar, por dano.*
10. *Nega-se provimento à apelação das autoras, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044951-31.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MICHELE CICCONE, GIUSEPPINA ANNA CICCONE
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogados do(a) APELADO: WAGNER RODEGUERO - SP168851-A, ARMANDO CICCONE - SP90262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044951-31.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MICHELE CICCONE, GIUSEPPINA ANNA CICCONE
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogados do(a) APELADO: WAGNER RODEGUERO - SP168851-A, ARMANDO CICCONE - SP90262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos opostos por MICHELE CICCONE e GIUSEPPINA ANNA CICCONE em 26/09/2006 em face da execução fiscal nº 2000.61.82.010751-8 ajuizada pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL/BACEN visando a cobrança de dívida ativa da autarquia.

Alegaramos embargantes, preliminarmente, a ilegitimidade do Banco Central do Brasil para figurar na *polo ativo* da execução fiscal, uma vez que a **dívida** refere-se a contrato de confissão e reconhecimento da dívida e outros pactos e um termo de re-ratificação e aditamento ao contrato, firmados em 05/05/95 e 25/10/95, decorrentes de "operações de assistência financeira" e de saldo devedor da conta "reservas bancárias" do Brasbanco S/A Banco Comercial, à época em liquidação extrajudicial; sendo a dívida de **caráter privado** e não "tributário", não poderia o embargado se beneficiar dos privilégios previstos na Lei nº 6.830/80. Pleiteou a extinção da execução fiscal com base no artigo 267, I, do Código de Processo Civil.

No mérito aduziram a nulidade dos contratos, posto que ferem leis e princípios contratuais, tendo em vista que não foi respeitado o princípio da autonomia de vontade, da boa-fé e da proporcionalidade, inclusive com a adoção de cláusulas leoninas e, ainda, que foram "coercitivamente forçados" a assinarem os instrumentos, sem qualquer possibilidade de negociação, uma vez que estavam em situação "delicadíssima" em virtude de dificuldades da instituição financeira denominada BRASBANCO (instituição que está em regime de liquidação extrajudicial).

Afirmaram que deveria ser aplicado o artigo 18 da Lei nº 6.024/74 que determina a suspensão de todas as ações sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidada, não podendo ser intentada qualquer outra ação enquanto durar a liquidação, bem como que houve violação à Lei nº 8.078/90, que se aplica ao caso dos autos por se tratar de relação de consumo, no tocante à prática de atos abusivos e desiguais entre as partes, em total desrespeito à autonomia da vontade das partes.

Acrescentaram, ainda, a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, haja vista que não foi apresentado demonstrativo que possibilitasse aos embargantes conhecer a composição da dívida, nem tampouco o procedimento administrativo que levou a dívida ao valor cobrado; aduziram a inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic no cômputo dos juros moratórios em face do disposto no artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, que impõe a limitação do percentual mensal de 1%, requerendo, subsidiariamente, a aplicação do percentual ao limite constitucional.

Os embargantes alegaram, por fim, a impossibilidade da cobrança de multa moratória concomitante a juros moratórios, tendo em vista que ambos visam punir o inadimplemento pela mesma infração, sendo vedado o *bis in idem* e requereram a condenação do embargado no pagamento de honorários advocatícios fixados em 20% do valor da causa e a concessão do efeito suspensivo aos embargos, com fulcro no artigo 739, § 1º, do Código de Processo Civil (fls. 02/37). Juntou documentos (fls. 38/51).

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 16.615.324,41 (dezesesse milhões, seiscentos e quinze mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta e um centavos) - (fls. 37).

Às fls. 56 a d. Juíza *a qua* determinou aos embargantes que providenciassem a regular garantia do débito, nos autos da execução fiscal, efetuando o depósito judicial ou indicando tantos bens quantos bastassem para a garantia integral da dívida, sob pena de extinção dos embargos. Contra essa decisão a parte embargante interps agravo de instrumento (2008.03.00.005105-3) perante esta e. Corte, no qual foi concedido o efeito suspensivo (fls. 60/69 e 73/74).

Peticionou nos autos o embargado informando a substituição das certidões de dívida ativa (fl. 71).

A decisão de fls. 56 foi reconsiderada; no entanto, o d. Juiz deixou de atribuir efeito suspensivo aos embargos em razão da inexistência de garantia suficiente da execução e determinou aos embargantes que emendassem a inicial, fixando o valor da causa, de ofício, em R\$ 48.240.051,58 (quarenta e oito milhões, duzentos e quarenta mil, cinquenta e um reais e cinquenta e oito centavos), que correspondia ao valor da dívida constante da CDA (fls. 76).

A parte embargante requereu a reconsideração da decisão de fls. 76 na parte que não concedeu o efeito suspensivo aos embargos e juntou cópia da declaração de ajuste anual simplificada referente a 2007/2008 (fls. 78/86).

Posteriormente, a embargante apresentou aditamento da inicial, requerendo a extinção da execução fiscal com fundamento no artigo 156, I, do Código Tributário Nacional, uma vez que o Banco BMD S/A efetuou o pagamento de R\$ 27.552.414,03 (vinte e sete milhões, quinhentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e quatro reais e três centavos), que representa valor superior ao total da dívida, que seria de R\$ 20.911.650,49 (vinte milhões, novecentos e onze mil, seiscentos e cinquenta reais e quarenta e nove centavos), bem como alegou a ocorrência da prescrição intercorrente. Requereu a realização de prova pericial contábil para confrontar as planilhas de débito apresentadas pelas partes e, ainda, contestaram o valor atribuído à causa pelo juízo (fls. 90/99).

À fl. 101 os embargantes manifestaram-se pela não concordância com a substituição das certidões de dívida ativa e às fls. 101/106 os embargantes requereram prioridade na tramitação prevista no Estatuto do Idoso.

O d. Juiz de primeiro grau manteve a decisão de fls. 76 e deferiu a prioridade na tramitação do feito (fls. 108).

O Banco Central do Brasil apresentou impugnação aduzindo, preliminarmente, que os embargos deveriam ser rejeitados em face da divergência existente entre o valor da penhora e da dívida e rechaçou todas as alegações dos embargantes (fls. 113/135). Juntou documentos (fls. 136/170).

Manifestação da embargante (fls. 174/195).

Intimada, a parte embargante formulou os quesitos a serem respondidos na perícia (fls. 198/202).

A **prova pericial foi indeferida** (fls. 203). Contra esta decisão a parte embargante interps agravo de instrumento (2010.03.00.023117-7), ao qual foi indeferido o efeito suspensivo (fls. 206/218).

Os embargantes reiteraram o pedido de suspensão dos embargos (fls. 219/221). O Juízo indeferiu (fls. 222) e foi interposto novo agravo de instrumento (2010.03.00.035329-5), ao qual foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 224/225 e fls. 228/240).

Em 10/06/2011 sobreveio a r. sentença que rejeitou a matéria preliminar e julgou **improcedentes** os embargos à execução fiscal, oportunidade em que condenou os embargantes no pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 para cada um, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fls. 246/248).

Os embargantes opuseram embargos de declaração em face da r. sentença, aduzindo a ocorrência de contradição, uma vez que haveria nos autos prova inequívoca da veracidade de suas alegações, demonstrando ter quitado integralmente o saldo devedor e que tal prova não foi contraditada pelo embargado. Afirmou, ainda, que a sentença é omissa, pois não teria analisado ponto requerido em sede de aditamento aos embargos, qual seja, a aplicação de honorários advocatícios de sucumbência ao embargado, por ter havido redução no valor da Certidão de Dívida Ativa (fls. 252/257).

O recurso foi rejeitado (fls. 258 e verso).

Inconformados, os embargantes interuseram recurso de apelação.

Inicialmente, a parte apelante salientou a existência de agravos de instrumento pendentes de julgamento.

No mais, pugnou nas razões recursais pela reforma da sentença, arguindo: 1) a *ilegitimidade do Banco Central do Brasil* para figurar no polo ativo da execução fiscal, uma vez que a dívida é de caráter privado e não tributário, não podendo o embargado se beneficiar dos privilégios previstos na Lei nº 6.830/80; 2) a *nulidade dos contratos*, posto que ferem leis e princípios contratuais, tendo em vista que não foi respeitado o princípio da autonomia de vontade, da boa-fé e da proporcionalidade, inclusive com a adoção de cláusulas leoninas e, ainda, que foram "coercitivamente forçados" a assinarem os instrumentos, sem qualquer possibilidade de negociação; 3) a extinção da execução com base no artigo 156, I, do Código Tributário Nacional, uma vez que o *débito foi integralmente quitado*, o que não teria sido contestado pelo embargado, uma vez que não se opôs aos cálculos apresentados pelos embargantes; 4) *nulidade da Certidão de Dívida Ativa* em virtude da ausência de demonstrativo e de procedimento administrativo; 5) a ocorrência da *prescrição intercorrente*, haja vista que a substituição da Certidão de Dívida Ativa se deu 08 (oito) anos após o ajuizamento da execução fiscal. Pleiteia ainda a *aplicação direta de honorários de sucumbência* ao embargado em relação à diferença do valor executado que se deu em virtude da substituição da Certidão de Dívida Ativa, devendo ser condenado no pagamento de honorários advocatícios no valor de R\$ 1.265.519,01 (um milhão, duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e dezenove reais e um centavo), atualizados e corrigidos (fls. 260/284).

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fls. 287). Contra esta decisão a parte apelante interps agravo de instrumento (fls. 290/302 - 2012.03.00.004701-6).

A decisão de fl. 287 foi mantida por seus próprios fundamentos (fl. 305).

O Banco Central do Brasil apresentou as contrarrazões recursais (fls. 307/322).

Os autos foram remetidos a esta e. Corte e distribuídos em 25/09/2012 (fls. 325vº).

Às fls. 326/328 os recorrentes requereram a juntada de laudos técnicos emitidos por peritos de confiança dos Juízos das Execuções Fiscais dessa Capital. Esclareceram que em todos os laudos apresentados o valor real do débito é **menor** do que o valor apontado pelo embargado e que o mesmo já foi **integralmente pago** quando do pagamento feito pelo Banco BMD S/A, inclusive a maior (fls. 329/450).

Proferi despacho para que se aguardasse oportuna inclusão em pauta de julgamento (fl. 452).

Em 08/10/2015 decidiu a E. Sexta Turma, por unanimidade, **anular a r. sentença de fls. 246/248** para determinar a realização da perícia contábil (mantido em 10/12/2015).

Com a baixa dos autos, a parte embargante requereu a nomeação de Perito judicial contábil para apurar e informar qual a atualização monetária e consectários exigidos pelo embargado em seus cálculos, indicar quais os critérios de cálculo adequados e realizar o cálculo do montante devido segundo os critérios aludidos, abatendo o pagamento efetuado e indicando se ainda há débito remanescente.

Deferida a realização da prova pericial contábil a fim de apurar se os pagamentos realizados pela parte embargante foram corretamente considerados pela exequente-embargada para abatimento/quitação da dívida original e nomeado o perito judicial Sr. Luiz Sérgio Aldrighi Junior (fl. 497).

As partes indicaram assistentes técnicos e quesitos a serem respondidos (embargante fls. 501/505; embargada fls. 538/539v).

O perito judicial apresentou estimativa de honorários periciais (R\$ 9.600,00 - fls. 603/605) e o valor foi depositado pela parte embargante (fls. 606/608).

Apresentado laudo pericial contábil (fls. 610/660 e anexos fls. 661/735), a parte embargante apresentou incorreções no laudo e apresentou quesitos suplementares a serem respondidos pelo perito judicial, bem como parecer técnico contábil divergente (fls. 739/827).

O perito judicial foi devidamente intimado e apresentou esclarecimento e respostas aos quesitos complementares (fls. 833/853 e anexos fls. 854/872).

Manifestação das partes acerca do laudo complementar (embargante às fls. 877/886 e parecer técnico fls. 887/896; embargada fls. 898/904 e documentos fls. 905/1059).

Deferido o pedido da parte embargada de esclarecimento para que o perito contábil esclareça os pontos divergentes entre o seu laudo pericial e o Parecer 618/2018-BCB/DERES do Assistente Técnico do BACEN (fls. 1061), o que foi cumprido pelo perito judicial (fls. 1068/1079).

Manifestações das partes (embargante fls. 1082/1090; embargada fls. 1092/1096 e parecer 1097/1103).

Em 22/08/2019 sobreveio a r. sentença de **improcedência** dos embargos. Condenação de ambos embargantes ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 10.000,00 para cada um, com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC/73 (fls. 1113/1119).

Apela a parte embargante requerendo a reforma da r. sentença para que os embargos sejam julgados procedentes e a execução fiscal seja extinta (fls. 1122/1161).

Repisa os argumentos já expendidos na inicial e, ainda que a r. sentença deveria ter acolhido o laudo do sr. Perito Judicial que comprova que o valor inserido do contrato de confissão de dívida é incorreto e não encontra respaldo na documentação apresentada pelo embargado.

Requer seja reconhecida:

a) a ilegalidade da completa alteração da CDA no curso da execução, com sua majoração seja do valor principal, seja dos consectários e, ante o transcurso do prazo de mais de oito anos do início da execução até a substituição, o reconhecimento da prescrição quinquenal, tudo nos termos do artigo 206, § 5º, I, e 2028 do Código Civil, bem como do artigo 2º, §§ 3º e 8º da Lei nº 6.830/80 e orientação determinada pelo STJ (Tema 166);

b) a nulidade do termo de confissão de dívida e sua re-ratificação que geraram as CDAs ante o estabelecimento de negócio jurídico manifestamente desequilibrado, não isonômico frente às demais instituições financeiras, em situação de premente necessidade e em razão de violação expressa de dispositivo legal que impedia reajuste mensal do contrato, nos termos do § 1º do artigo 28 da Lei nº 9.069/95 e artigos 157 e 166 do Código Civil;

c) a incerteza, ilíquidez e inexigibilidade do título pelo fato de ter adotado valor manifestamente incorreto e maior e que não encontra guarida na documentação apresentada pelo Apelado, consoante laudo do perito judicial e, por consequência, requer a extinção da execução, nos termos do artigo 783 do CPC;

d) a incerteza, ilíquidez e inexigibilidade e invalidade do título que, em manifesta violação ao disposto no artigo 18, 'd', da Lei nº 6.024/74, incorporou juros no período de quebra, configurando-se, acaso não corrigido, enriquecimento sem causa por parte do apelado violador do artigo 884 do Código Civil;

e) o ilegal cômputo de juros sobre juros em contrato encetado nos idos de 1995, em manifesta violação aos termos do artigo 4º da Lei de Usura;

f) a quitação do débito pelo pagamento de mais de vinte e sete milhões realizado pelo devedor solidário em 2008, consoante apurado pelo perito judicial em cálculo desprovido de ilegalidades;

g) subsidiariamente, a responsabilidade dos apelantes deve ser limitada ao período anterior à decretação da liquidação, nos termos do artigo 39 e 40 da Lei nº 6.024/74.

Por fim, requer a reforma da condenação em honorários advocatícios para que seja observado o artigo 85 do NCPC.

Em sua resposta ao recurso o BACEN alega inovação das alegações em sede de produção de prova pericial e em sede recursal, como o índice de correção monetária aplicável, a alegação de descumprimento aos artigos 39 e 40 da Lei nº 6.024/74. Afirma que não se pode admitir a inovação da causa de pedir ou do pedido em apelação. Requer a manutenção da sentença de improcedência dos embargos, mantendo-se a condenação dos apelantes nos ônus da sucumbência e, caso entenda-se pela aplicação do artigo 85 do CPC, a majoração da referida condenação, com fulcro no § 11 do referido artigo (1167/1180).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0044951-31.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: MICHELE CICCONE, GIUSEPPINA ANNA CICCONE
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO LAZZARINI - SP18614-A
APELADO: BANCO CENTRAL DO BRASIL
Advogados do(a) APELADO: WAGNER RODEGUERO - SP168851-A, ARMANDO CICCONE - SP90262-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

A r. sentença merece ser mantida em seu inteiro teor, nas exatas razões e fundamentos nela expostos, os quais tomo como alcece desta decisão, lançando mão da técnica de motivação *per relationem*, amplamente adotada pelo Pretório Excelso e Superior Tribunal de Justiça (STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-215 DIVULG 31-10-2014 PUBLIC 03-11-2014 ARE 850086 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-108 DIVULG 05-06-2015 PUBLIC 08-06-2015 -- ARE 742212 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014; STJ: AgRg no AgRg no AREsp 630.003/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 19/05/2015 -- HC 214.049/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 10/03/2015 -- REsp 1206805/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 07/11/2014 -- REsp 1399997/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013).

Assim, passo à transcrição do julgado ora contrastado, acolhendo-o em técnica de motivação até agora usada na STF (RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016):

".....

I - DO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL PELO BANCO CENTRAL

A parte embargante alega a impropriedade da propositura de execução fiscal para a cobrança da dívida oriunda do Termo de Confissão de Dívida e do Termo de Re-ratificação que celebrou com o BANCO CENTRAL.

Tal argumento não merece guarida.

Explica-se: O artigo 39, da Lei nº 4.320/64, em seu parágrafo segundo, é de clareza cartesiana ao incluir no conceito de "Dívida Ativa não Tributária" os créditos da Fazenda Pública provenientes de contratos em geral.

O BANCO CENTRAL, autarquia que é, é abrangido pelo conceito de Fazenda Pública a que faz referência sobredito dispositivo legal.

Ora, admitida pelo ordenamento jurídico a inscrição do crédito em favor do BANCO CENTRAL, oriundo do Termo de Confissão de Dívida e do Termo de Re-ratificação celebrados com a parte embargante, também por determinação legal, a sua execução se dará nos moldes estabelecidos pela Lei nº 6.830/80.

Veja-se a redação de seu artigo 1º:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da **Dívida Ativa da União**, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e **respectivas autarquias** será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (Destques nossos)

II - DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A parte embargante alega, ainda, a ocorrência da prescrição intercorrente na espécie, na medida em que a substituição da Certidão de Dívida Ativa se deu oito anos após o ajuizamento da execução fiscal em testilha.

Tal alegação também não se sustenta.

De fato, a consumação, ou não, da prescrição intercorrente nada tem a ver, a princípio, com a possibilidade de substituição do título executivo que dá espeque ao executivo fiscal.

A prescrição intercorrente, instituto que visa a impedir a eternização da demanda judicial e, ao mesmo tempo, punir eventual negligência da Fazenda Pública na condução da execução fiscal, é regulada pelo artigo 40, da Lei 6.830/80. Para a ocorrência da chamada prescrição intercorrente na execução fiscal, necessário o exaurimento do iter estabelecido no sobredito artigo 40, cuja redação calha transcrever:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

É certo que a sequência de atos prevista no dispositivo não foi sequer iniciada nos autos da execução fiscal ora embargada, na medida em que sequer foi determinada a sua suspensão, na forma do "caput" acima transcrito.

Ademais, o artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80 não estabelece um prazo fixo dentro do qual se poderia requerer a substituição da certidão de dívida ativa. Conforme a redação de tal dispositivo legal, é admitida a substituição do título executivo "até a decisão da primeira instância" (nos autos da execução fiscal).

III - DANULIDADE DO TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E DO TERMO DE RE-RATIFICAÇÃO

A parte embargante argumenta serem nulos os termos de Confissão de Dívida e de re-ratificação que deram origem ao débito ora combatido, pois a sua celebração teria constituído negócio jurídico defeituoso, na medida em que a sua manifestação de vontade teria se dado de forma viciada.

Pois bem, de acordo com as normas estabelecidas em nosso Código Civil para a regulação do "negócio jurídico", a boa-fé das partes, bem como a higidez da manifestação de sua vontade, são ambas presumidas. Vai daí que o vício na manifestação de vontade das partes do negócio jurídico deve ser comprovado por quem o alega.

Ocorre que a parte embargante não foi capaz de se desincumbir do seu ônus de comprovar, acima de qualquer dúvida razoável, que a sua vontade foi manifestada de forma viciada, quando da celebração do Termo de Confissão de Dívida e da sua re-ratificação que originaram a dívida ora guerreada.

Ao revés, os elementos de convicção presentes nos autos, em especial o documento de fls. 144/154, demonstram que a parte embargante manifestou sua vontade de forma livre e consciente quando se dispôs a celebrar as avenças acima referidas, o que, ressalte-se, possibilitou o encerramento da liquidação extrajudicial do banco, do qual eram controladores.

Desta maneira, por não ter comprovado a existência do alegado vício na manifestação de sua vontade, deve subsistir a presunção de que a parte embargante agiu de forma livre e consciente ao confessar perante o BANCO CENTRAL DO BRASIL a dívida que é objeto da execução fiscal ora embargada.

IV - DO ARTIGO 18, DA LEI 6.024/74 E SUA APLICAÇÃO AO PRESENTE CASO

Pleiteia a parte embargante a aplicação ao presente caso do artigo 18, da Lei nº 6.024/74.

Nesse ponto, duas, pelo menos, são as razões para se afastar a aplicação de tal dispositivo legal ao caso dos autos. Senão vejamos:

O artigo 18, da lei nº 6.024/74 apresenta a seguinte redação:

Art. 18 - A decretação da liquidação extrajudicial produzirá, de imediato, os seguintes efeitos:

- a) suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação;
- b) vencimento antecipado das obrigações da liquidanda;
- c) não atendimento das cláusulas penais dos contratos unilaterais vencidos em virtude da decretação da liquidação extrajudicial;
- d) não fluência de juros, mesmo que estipulados, contra a massa, enquanto não integralmente pago o passivo;
- e) interrupção da prescrição relativa a obrigações de responsabilidade da instituição;
- f) não reclamação de correção monetária de quaisquer divisas passivas, nem de penas pecuniárias por infração de leis penais ou administrativas.

A melhor interpretação desse comando legal é aquela segundo a qual a decretação da liquidação extrajudicial somente produz efeitos sobre fatos que lhe sejam pretéritos. Em outros termos: os contratos atingidos pela liquidação extrajudicial são somente aqueles celebrados antes de sua decretação.

No caso dos autos, os contratos celebrados, que deram origem à dívida ora combatida, o foram em data posterior à decretação da liquidação extrajudicial do banco do qual os embargantes eram controladores. Aliás, em verdade, tais contratos foram ultimados como o fim de possibilitar o levantamento da liquidação extrajudicial.

Não bastasse o até aqui ponderado, há que se ter claro que a confissão de dívida e sua re-ratificação aqui analisadas foram pactuadas entre o BANCO CENTRAL DO BRASIL e a parte embargante e não entre aquele e o banco que estava sendo liquidado. A note-se que tal fato é reconhecido pela própria parte embargante no documento de fls. 144/154, de sua lavra.

Tal fato, por si só, já afastaria a aplicação do artigo 18, da Lei nº 6.024/74, ainda que os contratos em questão tivessem sido celebrados antes da decretação da liquidação extrajudicial.

V - DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO

Pugna, ainda, a parte embargante pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em análise e o reconhecimento de que os contratos que pactuou com o BANCO CENTRAL DO BRASIL afrontam os princípios orientadores lá estabelecidos.

Pois bem, antes de avaliar se os contratos em questão vão de encontro, ou não, com as normas de proteção ao consumidor, há que se perquirir se o Código de Defesa do Consumidor é aplicável na espécie.

A resposta é negativa. Isso porque a relação que se estabeleceu entre a parte embargante e o BANCO CENTRAL não pode, em absoluto, ser considerada como "relação de consumo".

Com efeito, a parte embargante não se enquadra no conceito de "consumidor" (artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor) em relação ao BANCO CENTRAL. Da mesma forma, o BANCO CENTRAL não pode ser enquadrado no conceito de "fornecedor" (artigo 3º, "caput", do Código de Defesa do Consumidor) em relação à parte embargante.

Ademais, o caso sob exame (dívida decorrente de operações de assistência financeira e de saldo devedor na conta "reservas bancárias") não se trata, à toda evidência, do fornecimento de um "serviço" (artigo 3º, 2º, do Código de Defesa do Consumidor) do BANCO CENTRAL à parte embargante.

Desta forma, em conclusão, a tese advogada pela parte embargante, de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso tratado nestes autos, deve ser rejeitada.

VI - DAS ALEGADAS NULIDADES DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

A parte embargante alega, outrossim, a nulidade das Certidões de Dívida Ativa que dão esboço ao executivo fiscal ora embargado, ante a ausência de processo administrativo que lhe desse a possibilidade de conhecer a composição da dívida e, eventualmente, contesta-la.

Mesmo considerando todos os argumentos trazidos pela parte embargante, suas alegações não merecem guarida.

De fato, os títulos executivos em questão atendem a todos os requisitos legalmente fixados (artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980 e artigo 202, do Código Tributário Nacional), ostentando, desta maneira, as qualidades de certeza, liquidez e exigibilidade que os tornam aptos a execução fiscal ora embargada.

Com relação ao específico requisito reputado, pela parte embargante, como ausente na Certidão de Dívida Ativa, cumpre considerar que a dívida em cobro nos autos da execução fiscal ora embargada tem origem em contrato celebrado entre ela e o BANCO CENTRAL DO BRASIL, o qual ostenta a qualidade de título executivo (artigo 784, III, do Código de Processo Civil - artigo artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973), podendo, desta forma, ser inscrito em dívida ativa e ser executado judicialmente, independentemente de processo administrativo.

Desta forma, à vista do até aqui articulado, conclui-se pela improcedência das alegações da parte embargada quanto à nulidade da Certidão de Dívida Ativa que estriba a execução fiscal em questão.

VII - DA TAXA SELIC

A parte embargante questiona, ainda, a aplicação da taxa SELIC para a atualização do débito em cobro no executivo fiscal do qual foram tirados os presentes embargos à execução. Em que pesem os argumentos nesse sentido, fato é que nos títulos executivos em questão não há nenhuma indicação de que o crédito neles estampado sofre a incidência da taxa SELIC.

Da mesma forma, a aplicação de sobredita taxa não consta da redação do Termo de Confissão de Dívida celebrado entre a parte embargante e o BANCO CENTRAL, tampouco do Termo de Re-ratificação celebrado entre as mesmas partes em oportunidade posterior.

Ademais, nenhum dos expertos que oficiaram no presente processo chegou à conclusão de que o débito em cobro nos autos da execução fiscal ora combatida sofreu a incidência da taxa SELIC.

Constata-se, assim, que a parte embargante não foi capaz, durante toda a instrução processual, de desincumbir-se do seu ônus de demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, que o débito que lhe é executado foi atualizado pela taxa SELIC.

Por isso, também esta sua alegação deve ser rejeitada.

VIII - DA MULTA MORATÓRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS

A parte embargante insurge-se, ainda, contra a cobrança da multa moratória em cumulação com os juros moratórios.

Pois bem, quanto à cobrança de valores a título de correção monetária, juros e multa, é certo que tanto artigo 39, § 4º, da Lei nº 4.320/64, como o artigo 2º, § 2º, da Lei 6.830/80, dispõem que a dívida ativa da Fazenda Pública (tributária e não tributária) compreende, além do principal, atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Nesse aspecto, visa a multa a apenar a impuntualidade no pagamento, não repondo os prejuízos que decorrem do não cumprimento do contrato dentro do prazo nele estabelecido. Já os juros objetivam a remuneração do capital retido, de forma indevida, pelo devedor, por não cumprir sua obrigação, visando, precipuamente, a desestimular a perpetuação da inadimplência. A correção monetária, por sua vez, tem a mera função de proteger o poder aquisitivo da moeda, em razão do fenômeno inflacionário, não representando ônus ao devedor. São devidos no valor e na forma prevista em lei e incidem a partir do vencimento da obrigação.

Dessa forma, dada a sua natureza diversa, nada obsta a incidência conjunta da multa moratória e dos juros moratórios, posto decorram da mesma circunstância, qual seja, a configuração do inadimplemento contratual.

IX - DA QUITAÇÃO DA DÍVIDA EM EXECUÇÃO

Alega, finalmente, a parte embargante que o Banco BMD S/A, que figurou como "interveniente - garante" nos contratos que celebrou com o BANCO CENTRAL, efetuou pagamento que teria sido capaz de quitar a dívida oriunda de tais contratos, restando, inclusive, um saldo credor em seu favor.

A parte embargada, por seu turno, alega que sobredito pagamento não foi suficiente para quitar a dívida assumida pela parte embargante. Alega, ainda, que tal pagamento foi devidamente considerado, de forma que a execução fiscal ora combatida somente abrange o saldo remanescente, já descontado o pagamento efetuado pelo Banco BMD S/A.

A perícia realizada na instrução processual ora concluída debruçou-se sobre tal ponto controvertido. Três foram os peritos que atuaram neste processo: o perito nomeado pelo Juízo e os assistentes técnicos indicados por ambas as partes.

Posto tenham chegado a conclusões diversas, os trabalhos realizados pelos peritos apresentam contradição apenas aparente entre si. Na verdade, eles percorreram caminhos paralelos sem chocarem-se entre si e isso porque basearam-se em premissas diversas. Senão vejamos:

O laudo apresentado pelo assistente técnico da parte embargante e o segundo laudo apresentado pelo perito judicial concluíram que o pagamento feito pelo Banco BMD S/A foi suficiente para quitar a dívida ora gurgada e, ainda, gerou um saldo em favor da parte embargante.

A análise de tais laudos revela que se chegou a esta conclusão porque foi utilizada, para a atualização do débito e incidência dos encargos pelo inadimplemento, a fórmula proposta pela parte embargante, a qual não está de acordo com as previsões contratuais que esta pactuou com o BANCO CENTRAL.

Ora, conforme pontuado nos tópicos precedentes, o Termo de Confissão de Dívida e sua Re-ratificação, celebrados entre a parte embargante e o BANCO CENTRAL são válidos de pleno direito, razão pela qual as suas previsões contratuais devem ser observadas pelas partes. Por tal razão, deixo de acolher os fundamentos e conclusões declinadas pelo assistente técnico da parte embargante e pelo perito judicial, em seu segundo laudo apresentado nos autos.

Por outro lado, o primeiro laudo do perito judicial e o laudo apresentado pelo assistente técnico do BANCO CENTRAL apontam que o pagamento do Banco BMD S/A não foi suficiente para quitar a dívida em testilha.

A leitura de tais laudos demonstra que tal conclusão decorre da aplicação do quanto previsto nos contratos celebrados pelos litigantes para a atualização da dívida e a incidência dos respectivos encargos, o que, de acordo com o considerado linhas acima, deve prevalecer.

A divergência entre esses dois laudos, a qual consiste no saldo devedor remanescente (após o abatimento do quanto pago pelo Banco BMD S/A), se dá por conta do termo inicial para a atualização da dívida. Neste particular, razão está com o assistente técnico indicado pelo BANCO CENTRAL, pois a dívida deve começar a ser atualizada desde quando o dinheiro foi colocado à disposição do Banco BRASBANCO S/A BANCO COMERCIAL, e não a partir da realização de um lançamento contábil de transferência de saldo entre diferentes contas contábeis, como advoga o perito judicial.

Por tais razões acolho, na sua totalidade, as conclusões apresentadas pelo assistente técnico indicado pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL, adotando o laudo de fls. 905/937 como razão de decidir, cujos fundamentos e conclusões ficam fazendo parte integrante da presente sentença.

....."

Trata-se de excelente sentença, que honra a figura de seu prolator, o qual perscrutou com intensidade as alegações postas pelas partes, bem como a documentação colacionada nos autos e a prova pericial, e julgou os embargos improcedentes.

Insubistente as razões de apelo da parte embargante, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixo honorários de 10% sobre o valor fixado em primeira instância, com fulcro no artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC. Precedentes: ARE 991570 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2018 PUBLIC 17-05-2018 - ARE 1033198 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 09-05-2018 PUBLIC 10-05-2018 - ARE 1091402 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 04-05-2018 PUBLIC 07-05-2018.

Pelo exposto, **nego provimento à apelação, com fixação de honorários recursais.**

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS À EXECUÇÃO PROPOSTA PELO BACEN. LEGITIMIDADE DO BACEN NO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO VERIFICADA. NEGÓCIO JURÍDICO. NÃO COMPROVADO VÍCIO NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE. ARTIGO 18, DA LEI Nº 6.024/74: INAPLICÁVEL AO CASO DOS AUTOS. O TÍTULO EXECUTIVO ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO. LAUDOS PERICIAIS DIVERGENTES. ACOLHIDAS AS CONCLUSÕES DO LAUDO ELABORADO PELO ASSISTENTE TÉCNICO DO EMBARGADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO.

1. O artigo 39, da Lei nº 4.320/64, em seu parágrafo segundo, é de clareza cartesiana ao incluir no conceito de "Dívida Ativa não Tributária" os créditos da Fazenda Pública provenientes de contratos em geral. O BANCO CENTRAL, autarquia que é, é abrangido pelo conceito de Fazenda Pública a que faz referência sobredito dispositivo legal. Ora, admitida pelo ordenamento jurídico a inscrição do crédito em favor do BANCO CENTRAL, oriundo do Termo de Confissão de Dívida e do Termo de Re-ratificação celebrados com a parte embargante, também por determinação legal, a sua execução se dará nos moldes estabelecidos pela Lei nº 6.830/80.
2. A consumação, ou não, da prescrição intercorrente nada tem a ver, a princípio, com a possibilidade de substituição do título executivo que dá espeque ao executivo fiscal. O artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80 não estabelece um prazo fixo dentro do qual se poderia requerer a substituição da certidão de dívida ativa. Conforme a redação de tal dispositivo legal, é admitida a substituição do título executivo "até a decisão da primeira instância" (nos autos da execução fiscal). Não ocorrência de prescrição intercorrente.
3. De acordo com as normas estabelecidas em nosso Código Civil para a regulação do "negócio jurídico", a boa-fé das partes, bem como a higidez da manifestação de sua vontade, são ambas presumidas. Por não ter comprovado a existência do alegado vício na manifestação de sua vontade, deve subsistir a presunção de que a parte embargante agiu de forma livre e consciente ao confessar perante o BANCO CENTRAL DO BRASIL a dívida que é objeto da execução fiscal ora embargada.
4. Os contratos atingidos pela liquidação extrajudicial são somente aqueles celebrados antes de sua decretação e, no caso dos autos, os contratos celebrados, que deram origem à dívida ora combatida, o foram em data posterior à decretação da liquidação extrajudicial do banco do qual os embargantes eram controladores. Aliás, em verdade, tais contratos foram ulimados com o fito de possibilitar o levantamento da liquidação extrajudicial. Inaplicável o disposto no artigo 18, da Lei nº 6.024/74.
5. Ademais, a confissão de dívida e sua re-ratificação aqui analisadas foram pactuadas entre o BANCO CENTRAL DO BRASIL e a parte embargante e não entre aquele e o banco que estava sendo liquidado e, assim, inaplicável o disposto no artigo 18, da Lei nº 6.024/74 também por este fundamento.
6. A relação que se estabeleceu entre a parte embargante e o BANCO CENTRAL não pode, em absoluto, ser considerada como "relação de consumo". Com efeito, a parte embargante não se enquadra no conceito de "consumidor" (artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor) em relação ao BANCO CENTRAL. Da mesma forma, o BANCO CENTRAL não pode ser enquadrado no conceito de "fornecedor" (artigo 3º, "caput", do Código de Defesa do Consumidor) em relação à parte embargante.
7. Os títulos executivos em questão atendem a todos os requisitos legalmente fixados (artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/1980 e artigo 202, do Código Tributário Nacional), ostentando, desta maneira, as qualidades de certeza, higidez e exigibilidade que os tornam aptos a alicerçarem a execução fiscal ora embargada.
8. A dívida em cobro nos autos da execução fiscal ora embargada tem origem em contrato celebrado entre a parte embargante e o BANCO CENTRAL DO BRASIL, o qual ostenta a qualidade de título executivo (artigo 784, III, do Código de Processo Civil - antigo artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973), podendo, desta forma, ser inscrito em dívida ativa e ser executado judicialmente, independentemente de processo administrativo.
9. Quanto à cobrança de valores a título de correção monetária, juros e multa, é certo que tanto artigo 39, § 4º, da Lei nº 4.320/64, como o artigo 2º, § 2º, da Lei 6.830/80, dispõem que a dívida ativa da Fazenda Pública (tributária e não tributária) compreende, além do principal, atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

10. A imposição de multa visa apenas a impuntualidade no pagamento, não repondo os prejuízos que decorrem do não cumprimento do contrato dentro do prazo nele estabelecido. Já os juros objetivam a remuneração do capital retido, de forma indevida, pelo devedor, por não cumprir sua obrigação, visando, precipuamente, a desestimular a perpetuação da inadimplência. A correção monetária, por sua vez, tem a mera função de proteger o poder aquisitivo da moeda, em razão do fenômeno inflacionário, não representando ônus ao devedor. São devidos no valor e na forma prevista em lei e incidem a partir do vencimento da obrigação. Dessa forma, dada a sua natureza diversa, nada obsta a incidência conjunta da multa moratória e dos juros moratórios, posto decorram da mesma circunstância, qual seja, a configuração do inadimplemento contratual.

11. O laudo apresentado pelo assistente técnico da parte embargante e o segundo laudo apresentado pelo perito judicial concluíram que o pagamento feito pelo Banco BMD S/A foi suficiente para quitar a dívida ora guerreada e, ainda, gerou um saldo em favor da parte embargante. A análise de tais laudos revela que se chegou a esta conclusão porque foi utilizada, para a atualização do débito e incidência dos encargos pelo inadimplemento, a fórmula proposta pela parte embargante, a qual não está de acordo com as previsões contratuais que esta pactou com o BANCO CENTRAL. As previsões contratuais devem ser observadas pelas partes e, por tal razão, os fundamentos e conclusões declinadas pelo assistente técnico da parte embargante e pelo perito judicial, em seu segundo laudo apresentado nos autos, não podem ser considerados.

12. O primeiro laudo do perito judicial e o laudo apresentado pelo assistente técnico do BANCO CENTRAL apontam que o pagamento do Banco BMD S/A não foi suficiente para quitar a dívida em estelita e a leitura de tais laudos demonstra que tal conclusão decorre da aplicação do quanto previsto nos contratos celebrados pelos litigantes para a atualização da dívida e a incidência dos respectivos encargos, o que, de acordo com o considerado linhas acima, deve prevalecer.

13. A divergência entre esses dois laudos, a qual consiste no saldo devedor remanescente (após o abatimento do quanto pago pela Banco BMD S/A), se dá por conta do termo inicial para a atualização da dívida. Neste particular, razão está com o assistente técnico indicado pelo BANCO CENTRAL, pois a dívida deve começar a ser atualizada desde quando o dinheiro foi colocado à disposição do Banco BRASBANCO S/A BANCO COMERCIAL, e não a partir da realização de um lançamento contábil de transferência de saldo entre diferentes contas contábeis, como advoga o perito judicial.

14. Acolhidas as conclusões apresentadas pelo assistente técnico indicado pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL.

15. Insubsistente as razões de apelo da parte embargante, devem ser fixados honorários sequenciais e consequenciais, nesta Instância; assim, para a sucumbência neste apelo fixo honorários de 10% sobre o valor fixado em primeira instância, com fulcro no artigo 85, §§ 1º e 11, do CPC.

16. Apelo improvido, com imposição de honorários recursais.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, com fixação de honorários recursais, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006296-74.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: JOAO PAULO DA SILVA BARBOSA
Advogados do(a) APELADO: WILSON ABRAO ASSEF JUNIOR - SP154972-A, EVELYN LAIS RISSO - SP310158-A, ALEXANDRE CADEU BERNARDES - SP125204-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006296-74.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL
APELADO: JOAO PAULO DA SILVA BARBOSA
Advogados do(a) APELADO: WILSON ABRAO ASSEF JUNIOR - SP154972-A, EVELYN LAIS RISSO - SP310158-A, ALEXANDRE CADEU BERNARDES - SP125204-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo,

Relator:

Trata-se de AGRADO INTERNO interposto por JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 6/2/2020 que negou provimento à apelação por ele interposta, mantendo a r. sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de decreto de prisão preventiva, posteriormente revogado.

Nas razões do presente AGRADO, JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA sustenta, em apertada síntese, a ocorrência de erro grosseiro na análise das circunstâncias fáticas que ensejaram a investigação criminal sobre sua pessoa, bem como nos requisitos de sua prisão cautelar.

A UNIÃO apresentou contraminuta.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006296-74.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL

APELADO: JOAO PAULO DA SILVA BARBOSA
Advogados do(a) APELADO: WILSON ABRAO ASSEF JUNIOR - SP154972-A, EVELYN LAIS RISSO - SP310158-A, ALEXANDRE CADEU BERNARDES - SP125204-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Verifica-se que a decisão impugnada foi pautada no acervo probatório colacionado aos autos, que aponta que JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA era funcionário, à época dos fatos, da empresa SWISSPORT BRASIL LTDA., na qual exercia a função de “auxiliar de cargas”, com acesso à pista de pouso e manobras de aeronaves, local que acessava diariamente, uma vez que percorrer o trajeto do armazém aos Correios, sendo que a prisão foi devidamente fundamentada no resultado de 3 (três) períodos de interceptações e diligências de campo, realizadas pela Polícia Federal, bem como em imagens do setor de gravações dos Correios que revelaram diversas anormalidades na movimentação e no carregamento dos RAP’s (contêineres refrigerados) na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Nessas imagens, conforme discorrido pelo Ministério Público Federal, JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA e outros empregados da Swissport, supostamente vendo que já havia cargas dentro dos RAP’s, antes mesmo do início do carregamento, passaram a inserir as cargas regulares dos Correios.

Nesse contexto, destaca-se excerto da r. decisão:

“Da documentação coligida aos autos, verifica-se que JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA teve a prisão preventiva decretada com base nos fatos apurados ao longo de investigação capitaneada pela Polícia Federal, denominada “Operação Carga Extra”, cujo objetivo era dismantelar associação permanente e estável voltada à prática do crime de tráfico transnacional de drogas, sendo que houve a apreensão de 3 (três) cargas de cocaína providenciadas pelo grupo; uma em 24/7/2015 no Aeroporto Internacional de Amsterdã/Holanda, e 2 (duas) no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, nos dias 10/9/2015 e 16/4/2016.

Para o desiderato ilícito, o grupo contava com a participação de funcionários de empresas prestadoras de serviços dentro do próprio aeroporto – dentre as quais, a Swissport Cargo Services – que exerciam seu mister na área operacional de carga e descarga de aeronaves, com acesso a áreas restritas do local, conhecidos como funcionários de “rampa”. No caso, a Swissport prestava serviços para a companhia aérea KLM, carregando os contêineres com encomendas dos Correios que seriam transportadas por aeronaves da aludida companhia, sendo que era nessa movimentação que ocorria a remessa de grande quantidade de droga para o exterior por meio dos contêineres de menor dimensão (AKE) ou refrigerados (RAP).

Ora, JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA era funcionário, à época dos fatos, da empresa SWISSPORT BRASIL LTDA., na qual exercia a função de “auxiliar de cargas”, com acesso à pista de pouso e manobras de aeronaves, local que acessava diariamente, uma vez que tinha que percorrer o trajeto do armazém aos Correios.

Com relação à segregação cautelar, vislumbra-se que a mesma não ostenta nenhuma ilegalidade ou abuso de poder gerador de dano indenizável, porquanto eram presentes os requisitos legais (TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1656370 - 0007970-16.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO SARAIVA, julgado em 22/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/01/2018). Nesse contexto, a prisão foi devidamente fundamentada no resultado de 3 (três) períodos de interceptações e diligências de campo, realizadas pela Polícia Federal, bem como em imagens do setor de gravações dos Correios que revelaram diversas anormalidades na movimentação e no carregamento dos RAP’s (contêineres refrigerados) na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Nessas imagens, conforme discorrido pelo Ministério Público Federal, JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA, juntamente com outros empregados da Swissport, supostamente vendo que já havia cargas dentro dos RAP’s, antes mesmo do início do carregamento, passaram a inserir as cargas regulares dos Correios.

É certo que não devem ser prodigalizadas medidas constritivas da liberdade individual; a isso, contudo, opõe-se o justo direito do Estado de perseguir as condutas de pessoas que, reunidas em grupos ou organizações, afrontam a saúde pública espargindo drogas em nosso meio social e além-fronteiras.

Não há ilegalidade ou abuso de poder quando, diante da evidente necessidade de investigar fatos complexos, a autoridade pública necessita do recolhimento dos investigados para garantia da ordem pública, para que não se oponham a colheita probatória ou criem embaraços à ação policial. Os fatos investigados eram graves, relativos à indícios de suposta atuação dos investigados em ações voltadas à prática de crimes de tráfico de entorpecentes, caracterizando, assim, a periculosidade destes. Ademais, acaso condenados, os investigados iniciariam o cumprimento da pena em regime fechado, o que também determina a razoabilidade do decreto de prisão cautelar.

Constitui entendimento do Superior Tribunal de Justiça que “o Tribunal a quo, com base em minuciosa análise das provas trazidas aos autos, consignou expressamente que “não restou comprovado nos autos que a prisão cautelar se deu com abuso de poder; excesso ou desvio na execução, não há falar em dever de indenizar” (REsp 1804833/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 18/06/2019); “a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas” (AgRg no AREsp 785.410/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016)”.

Portanto, a decisão atacada discorreu acertadamente sobre a ausência de ilegalidade da prisão de JOÃO PAULO, que decorreu de justificado juízo de valoração de provas e foi devida e suficientemente fundamentada, sendo que a posterior revogação da segregação cautelar por inexistência de prova ou indícios suficientes de autoria ou participação do autor/apelante/agravante nos fatos que lhe foram imputados não deslustra a legitimidade da prisão, regularmente decretada.

Não é possível admitir que o Estado tenha o dever de indenizar a todos os presos que posteriormente tiverem a custódia cautelar revogada, em situações que passam ao largo de abuso de poder dos agentes acusatórios e investigativos.

Dessa forma, vislumbra-se claramente que os argumentos apresentados no agravo não abalam a fundamentação e a conclusão exaradas na decisão impugnada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo interno.**

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CPC/2015. DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRISÃO ILEGAL. ARGUMENTOS QUE NÃO ABALAM A FUNDAMENTAÇÃO E A CONCLUSÃO EXARADAS NA DECISÃO VERGASTADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Trata-se de AGRAVO INTERNO interposto por JOÃO PAULO DA SILVA BARBOSA, nos termos do artigo 1.021 do CPC/2015, contra decisão monocrática proferida por este Relator em 6/2/2020 que negou provimento à apelação por ele interposta, mantendo a r. sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de decreto de prisão preventiva, posteriormente revogado.

2. A decisão atacada discorreu acertadamente sobre a ausência de ilegalidade da prisão de JOÃO PAULO, que decorreu de justificado juízo de valoração de provas e foi devida e suficientemente fundamentada, sendo que a posterior revogação da segregação cautelar por inexistência de prova ou indícios suficientes de autoria ou participação do autor/apelante/agravante nos fatos imputados na denúncia não deslustra a legitimidade da prisão, regularmente decretada. Não é possível admitir que o Estado tenha o dever de indenizar a todos os presos que posteriormente tiverem a custódia cautelar revogada, em situações que passam ao largo de abuso de poder dos agentes acusatórios e investigativos.

3. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004051-56.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: LILIAN STARLING DE FREITAS
Advogados do(a) APELANTE: MARCEL RIBEIRO PINTO - MG142884-A, ISABELA REGINA SEMENZIN - MG167225-A, CRISTIANO CURY DIB - MG93904-A, ARYANE VICENTINI
CAPANEMA - MG176583-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004051-56.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: LILIAN STARLING DE FREITAS
Advogados do(a) APELANTE: MARCEL RIBEIRO PINTO - MG142884-A, ISABELA REGINA SEMENZIN - MG167225-A, CRISTIANO CURY DIB - MG93904-A, ARYANE VICENTINI
CAPANEMA - MG176583-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por LILIAN STARLING DE FREITAS em face da decisão monocrática deste Relator que julgou apelação da autora-agravante de modo a ver demonstrada a ocorrência do ilícito de evasão de divisas conforme previsto no art. 65 da Lei 9.069/95, bem como nos termos dos preceitos do Decreto 6.759/09 e da Instrução Normativa 1.385/13, da Receita Federal do Brasil, que regulamentam a matéria.

O recurso foi respondido.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004051-56.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: LILIAN STARLING DE FREITAS
Advogados do(a) APELANTE: MARCEL RIBEIRO PINTO - MG142884-A, ISABELA REGINA SEMENZIN - MG167225-A, CRISTIANO CURY DIB - MG93904-A, ARYANE VICENTINI
CAPANEMA - MG176583-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Na espécie está claro que as razões recursais não contrapõem os fundamentos *do decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto deste Relator, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida, olvidando que a situação de fato perscrutada e a legislação e jurisprudência citada bem justificavam o julgamento unipessoal, conforme se orienta a Sexta Turma desta Corte Regional.

Assim, ficam chancelados os argumentos que fundamentaram a decisão agravada.

Em razão da operação conjunta da Receita Federal do Brasil e da Polícia Federal, ocorrida após a área destinada aos controles migratórios, a impetrante e seu esposo foram aleatoriamente selecionados para vistoria da bagagem de mão e revista pessoal, momento em foi detectado que a impetrante estava prestes a viajar para Madri/Espanha portando € 19.230,00 (dezenove mil, duzentos e trinta euros); foi lavrado o auto de infração nº 0817600/15028/16, sob alegação de infração descrita na norma prevista no artigo 65, inciso II, parágrafo segundo da lei n. 9.069/1995.

Não há vestígio de ilegalidade ou abuso de poder das autoridades alfândegárias, porquanto a situação fática demonstrada pela prova documental pré-constituída afasta qualquer eiva da diligência encetada.

Não há que se cogitar da pretendida insuficiência da sentença.

Esta Sexta Turma tem posição sedimentada no sentido de que “a Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente” (AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020036-26.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 16/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 03/01/2020). É o caso dos autos: tendo o d. Magistrado encontrando na lei e na jurisprudência as razões para rechaçar o suposto direito líquido e certo, isso é o quanto basta “não sendo possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação” (STJ: AgInt no AREsp 1536433/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 19/12/2019). A propósito, “o STF tem orientação no sentido de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes)...” (ARE 1240669 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-284 DIVULG 18-12-2019 PUBLIC 19-12-2019).

Quanto ao mérito, nenhuma razão assiste à impetrante.

Sobre o ingresso e a saída de dinheiro em espécie, nacional ou estrangeiro, a Lei 9.069/95 dispõe o seguinte:

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário.

§ 1º. Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores:

I – quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

II – quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III – quando comprovada a sua entrada no País ou sua saída do País, na forma prevista na regulamentação pertinente.

§ 2º. O Banco Central do Brasil, segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional, regulamentará o disposto neste artigo, dispondo, inclusive, sobre a forma, os limites e as condições de ingresso no País e saída do País de moeda nacional e estrangeira.

§ 3º. A não observância do contido neste artigo, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, acarretará a perda do valor excedente dos limites referidos no § 1º deste artigo, em favor do Tesouro Nacional.

No âmbito regulamentar, o Decreto 6.759/09 e a Instrução Normativa 1.385/13, da Receita Federal do Brasil, elucidam a questão:

DECRETO 6.759/09

ART. 700. Aplica-se a pena de perdimento da moeda nacional ou estrangeira, em espécie, no valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em moeda estrangeira, que ingresse no território aduaneiro ou dele saia.

IN RFB 1.385/13

Art. 7º O viajante que ingressar no País ou dele sair com recursos em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em outra moeda, também deverá declará-los para a RFB mediante registro da e-DBV.

Art. 8º. O viajante deverá apresentar-se espontaneamente à fiscalização aduaneira na área destinada à realização do controle de bens de viajante, antes do início dos procedimentos fiscais, requerer o registro da correspondente e-DBV transmitida e manifestar que está portando valores em espécie, para fins de verificação.

Portanto, todo aquele que esteja portando dinheiro em valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quando entra ou sai do território nacional, deve apresentar-se espontaneamente à fiscalização aduaneira, a fim de declarar essa situação para registro no sistema pertinente. Ao deixar de fazê-lo, a pessoa sujeita-se ao perdimento do numerário, consoante as previsões legais e infra-legais supracitadas.

Nesse sentido, cito julgados desta Corte Regional:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557 DO CPC/1973. RETENÇÃO DE VALORES EM VIAGEM AO EXTERIOR.

1. Consoante o decidido pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data de publicação do provimento jurisdicional impugnado. Na hipótese em exame, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

2. A disposição contida no artigo 557, do Código de Processo Civil de 1973, possibilita ao Relator do recurso negar-lhe seguimento, ou dar-lhe provimento por decisão monocrática, sem submeter a questão ao respectivo Órgão Colegiado.

3. O artigo 65 da Lei nº 9.069/95 dispõe que ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. Excetua-se do disposto o porte, em espécie, de até R\$ 10.000,00 ou equivalente em moeda estrangeira.

4. O §3º do mesmo artigo impõe, além das sanções penais previstas na legislação específica, e após o devido processo legal, a perda do valor excedente em favor do Tesouro Nacional.

5. No caso, improcede a alegação de inexistência de auto de infração. Como informado pela Receita Federal do Brasil, para a apreensão dos valores foi lavrado o Termo de Retenção nº 1523/2012, com ciência do impetrante em 22/4/2012, que deu início ao auto de infração nº 817600/06870/12, Processo Administrativo nº 10814.724848/2012-59.

6. Afastada a alegação de violação do devido processo legal, a jurisprudência é pacífica em posicionar-se pela legalidade e constitucionalidade do artigo 65 da Lei nº 9.069/95:

7. Consigne-se que os valores apreendidos não foram declarados e que não foram apresentados os comprovantes de aquisição das moedas referentes à totalidade dos valores

8. Agravo legal a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 345622 - 0008668-91.2012.4.03.6119, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 20/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2019)

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO TRIBUTÁRIO E ADUANEIRO - REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PERDIMENTO DE MOEDA - APELAÇÃO DESPROVIDA.

[...]

3. A Lei Federal n.º 9.069/1995 (com a redação vigente na época dos fatos): "Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo o porte, em espécie, dos valores: I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais)."

4. No âmbito regulamentar, a Instrução Normativa RFB n.º 1.385/2013: "Art. 7º O viajante que ingressar no País ou dele sair com recursos em espécie, em moeda nacional ou estrangeira, em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou o equivalente em outra moeda, também deverá declará-los para a RFB mediante registro da e-DBV."

5. As divisas que excedam o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), introduzidas no território nacional sem a observância do procedimento estabelecido em lei, estão sujeitas à pena de perdimento (artigo 700, do Decreto n.º 6.759/2009).

6. No caso concreto, o impetrante introduziu, no território nacional, a quantia de R\$799.800,00 (setecentos e noventa e nove mil e oitocentos reais), em espécie, sem apresentar declaração de bens e valores perante a Receita Federal. O fato é incontroverso. Devolvida a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) ao impetrante, foi decretado o perdimento do excedente.

7. A alegação de desproporcionalidade da medida não prospera. **A licitude, ou não, dos valores portados é irrelevante ao caso.** Precedente do STJ.

8. No caso, os valores, portados em espécie, estavam distribuídos entre diversos compartimentos internos do veículo e da bagagem. É evidente que o impetrante conhecia a irregularidade da conduta e procurava omitir os valores em caso de eventual fiscalização.

9. A inobservância do procedimento determinado em lei torna imperativa a imposição da penalidade. O ato administrativo é regular.

10. Apelação desprovida.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 354804 - 0015169-93.2013.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, julgado em 21/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/06/2018, grifei)

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. RETENÇÃO E PERDIMENTO DE NUMERÁRIO EM MOEDA ESTRANGEIRA, EXCEDENTE A R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). INGRESSO NO PAÍS SEM A DEVIDA DECLARAÇÃO. ART. 65 DA LEI Nº 9.069/95. RESOLUÇÃO BACEN Nº 2.524/98. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1. A Lei nº 9.069/95, que em seu art. 65, disciplina o ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira, em valor superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), não se dirige apenas aos turistas estrangeiros e viajantes que ingressem no País temporariamente, mas a qualquer pessoa física, sendo irrelevante tratar-se o impetrante de estrangeiro residente no Brasil.

2. Também não há qualquer dispositivo que excetue do limite de R\$ 10.000,00 na hipótese de comprovação da origem lícita do numerário. Ao contrário, a legislação é clara ao estabelecer a necessidade de declaração, à Secretaria da Receita Federal, de ingresso ou saída de montante superior, cabendo a comprovação da origem lícita do numerário àquele órgão, a fim de obter a referida declaração.

3. Afastada qualquer alegação de inconstitucionalidade, porquanto o inciso XV do art. 5º da Constituição Federal prevê que a entrada ou saída de pessoas do território nacional, com seus bens, deve se dar nos termos da lei.

4. Houve a observância do devido processo legal durante todo o processado, tendo sido oportunizado ao impetrante o contraditório e a ampla defesa, além de terem sido adotados todos os procedimentos previstos na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que disciplina a aplicação da penalidade prevista no § 3º do art. 65 da Lei nº 9.069/95, como a lavratura do auto de infração e respectivo termo de guarda, intimação para apresentação de impugnação e remessa do processo para julgamento pelo órgão competente.

5. Inaplicabilidade de aplicação de correção monetária e juros sobre a devolução de valor equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porquanto a legislação é clara ao estabelecer que a devolução do montante levará em consideração o câmbio do dia da apreensão, por se tratar de moeda estrangeira. De igual modo, também não se verifica o cabimento de aplicação de juros, por falta de previsão legal.

6. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 317859 - 0009408-62.2005.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO RICARDO CHINA, julgado em 07/04/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/04/2011 PÁGINA: 1124)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. APREENSÃO DE MOEDA ESTRANGEIRA. ART. 65, § 3º, DA LEI 9.069/1995. PERDA DE VALORES EXCEDENTES A R\$ 10.000,00. CABIMENTO. 1. Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa por não haver dilação probatória, na medida em que a presente ação trata exclusivamente de matéria de direito, consubstanciada no exame da legislação pertinente e da documentação trazida nos autos. 2. Nos termos do art. 65, da Lei 9.069/1995, o ingresso ou a saída de moeda estrangeira do território nacional em valores acima de R\$ 10.000,00, somente poderão ser realizados a partir de transferência bancária. E, caso tal regra não seja observada, haverá a perda do valor excedente a esse limite. 3. A própria autora, em suas razões de apelação, claramente afirma que tentou sair do território nacional portando US\$ 30.000,00. 4. A apreensão do valor pela Alfândega brasileira foi efetuada nos exatos termos do art. 65, da Lei 9.069/1995, não havendo que se falar em arbitrariedade ou ilegalidade. 5. Não se está discutindo a origem da quantia amalhada pela autora, mas sim a circunstância da pretensão de deixar o território nacional portando valor superior ao equivalente a R\$ 10.000,00 sem a intermediação de instituição financeira, procedimento este vedado pelo art. 65, da Lei 9.069/1995. 6. Precedentes do STJ. 7. Apelação não provida. (AC 00076262119994036100, DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/03/2012.. FONTE_REPUBLICACAO:.)

No mais, está claro que o casal ia deixar o Brasil rumo à Espanha usando as dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos. É a própria petição inicial que afirma que “A Impetrante foi autuada em razão dos fatos ocorridos na área de embarque (TPS3) do aeroporto internacional de São Paulo/Guarulhos...” e que o casal foi abordado “após a área destinada aos controles migratórios”.

Não tem o menor cabimento a frustrada argumentação da impetrante no sentido de que o fato seria atípico porque o numerário foi encontrado com ela ainda no território nacional.

A resposta está nas excelentes informações juntadas pela autoridade impetrada, como segue: “...Por óbvio que, contrariamente ao que defende a Impetrante, a interpretação da expressão saída do País, inscrita no art. 65 da Lei 9.069/1995, não deve ser feita sob o sentido literal, posto que, se assim o fosse, o porte de mais de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em qualquer parcela do território nacional nunca ensinaria a aplicação da referida penalidade, tomando o dispositivo legal inexequível (...). Sob o raciocínio que a Impugnante quer fazer prosperar, mesmo que o viajante esteja na fronteira do espaço aéreo brasileiro, em direção ao exterior, ainda assim não se lhe aplicaria referida norma, posto que qualquer flagrante ocorrido no interior do território aduaneiro – inclusive no espaço aéreo brasileiro – não seria capaz de caracterizar a efetiva saída do numerário eventualmente irregular. (...) Vale dizer, a ideia de saída corresponde àquela em que o passageiro busca varar os procedimentos administrativos de controle, escamoteando a adequada fiscalização do transporte de valores superiores aos R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em direção ao exterior. E o presente caso é revelador da ausência de interesse da autuada em submeter-se a tais controles, vez que surpreendida após o setor de controles migratórios e já na área de embarque do Terminal de Passageiros 3 (TPS3), sendo aleatoriamente selecionada para vistoria de sua bagagem de mão e revista pessoal...”.

Não resta dúvidas de que a apelante portava numerário em montante que a obrigava a promover a declaração à RFB, e sua má fé em omitir essa informação é evidente pois existe até meio eletrônico para se fazer a declaração, conforme preceitua a IN RFB nº 1.385/2013, que dispõe sobre a eDBV (Declaração Eletrônica de Bens de Viajante). Ou isso, ou apresentar-se às autoridades, era o que a lei lhe exigia e nada disso foi feito.

O que se extrai da legislação vigente (art. 65 da Lei 9.069/95 e instrução normativa da RFB) é que o ingresso e a saída do país de moeda nacional e estrangeira serão processados através de transferência bancária ou por Declaração de Porte de Valores feita por meio eletrônico ou pessoal; a inobservância desta determinação acarretará, sem prejuízo das cabíveis sanções penais, a perda do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em moeda estrangeira. Foi correta a postura das autoridades fazendárias no caso dos autos.

Está correta a excelente sentença recorrida, cujos fundamentos foram também acolhidos na decisão agravada, e de cujo texto extraio que “...se a impetrante, cuja viagem tinha como um dos objetivos o aperfeiçoamento intelectual e obtenção de titulação, sabedora de que portava quantia superior ao limite previsto na Lei n. 9.069/1995, tivesse real intenção de declarar o valor transportado por ela, estaria de posse da e-DBV previamente preenchida, se dirigindo à fiscalização aduaneira para o seu registro, de modo que o fato de, eventualmente, vir a ser abordada antes de sua realização não levaria à imputação constante do artigo 65 da Lei 9.069/1995. Assim, diante da fragilidade das justificativas apresentadas pela impetrante, não há como anular a pena de perdimento”.

Esses argumentos representam o bastante para decisão do caso, recordando-se que “o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Precedentes: AgInt nos EDeI no AREsp 1.290.119/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 30.8.2019; AgInt no REsp 1.675.749/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 23.8.2019; REsp 1.817.010/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20.8.2019; AgInt no AREsp 1.227.864/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 20.11.2018” (AREsp 1535259/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 22/11/2019).

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno. Prejudicados os aclaratórios.

É como voto.

EMENTA

AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE APRECIOU MONOCRATICAMENTE APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROPOSTA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA DE FUNDO: DILIGÊNCIA DAS AUTORIDADES ALFANDEGÁRIAS NO AEROPORTO INTERNACIONAL, COM SELEÇÃO ALEATÓRIA DA IMPETRANTE E SEU MARIDO, OCASIÃO EM QUE COM ELA FOI ENCONTRADA MOEDA ESTRANGEIRA (EUROS) EM MONTANTE SUPERIOR A DEZ MIL REAIS, QUE A MESMA IA RETIRAR DO PAÍS, E QUE DEVERIA TER, PRECEDENTEMENTE, DECLARADO ÀS AUTORIDADES PESSOALMENTE OU POR MEIO ELETRÔNICO. DECISÃO BASEADA NOS FATOS QUE DEMONSTRAM A HIGIDEZ DA CONDUTA DAS AUTORIDADES, BEM COMO NA LEGISLAÇÃO (ART. 65 DA LEI N. 9.069/95 E IN DA RFB) QUE, AMPARADA EM SEGURA JURISPRUDÊNCIA, ORDENA RETENÇÃO E PERDIMENTO DE NUMERÁRIO EXPRESSO EM MOEDA ESTRANGEIRA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADO.

1. Não resta dúvidas de que a apelante portava numerário em montante que a obrigava a promover a declaração à RFB, e sua má fé em omitir essa informação é evidente pois existe até meio eletrônico para se fazer a declaração, conforme preceitua a IN RFB nº 1.385/2013, que dispõe sobre a eDBV (Declaração Eletrônica de Bens de Viajante). Ou isso, ou apresentar-se às autoridades, era o que a lei lhe exigia e nada disso foi feito.

2. O que se extrai da legislação vigente (art. 65 da Lei 9.069/95 e instrução normativa da RFB) é que o ingresso e a saída do país de moeda nacional e estrangeira serão processados através de transferência bancária ou por Declaração de Porte de Valores feita por meio eletrônico ou pessoal; a inobservância desta determinação acarretará, sem prejuízo das cabíveis sanções penais, a perda do valor excedente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ou ao seu equivalente em moeda estrangeira. Foi correta a postura das autoridades fazendárias no caso dos autos, pois está claro que o casal ia deixar o Brasil rumo à Espanha usando as dependências do Aeroporto Internacional de Guarulhos. É a própria petição inicial que afirma que “A Impetrante foi autuada em razão dos fatos ocorridos na área de embarque (TPS3) do aeroporto internacional de São Paulo/Guarulhos...” e que o casal foi abordado “após a área destinada aos controles migratórios”.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno e julgou prejudicado os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007684-96.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA - SP101492-A
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, FLAVIO TORRESI MARCOS
Advogado do(a) APELADO: MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007684-96.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA - SP101492-A
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, FLAVIO TORRESI MARCOS
Advogado do(a) APELADO: MARIANE LATORRE FRANCOSO LIMA - SP328983-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo autor, em face da r. sentença de improcedência, proferida nestes autos de ação de anulação de processo administrativo disciplinar e de indenização, por danos morais, promovida por LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA, contra os réus, pessoa física, FLAVIO TORRESI MARCOS e, pessoa jurídica, CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS AVOGADOS DO BRASIL, EM SÃO PAULO.

A petição inicial, distribuída à 14ª Vara Federal de São Paulo/SP (ID 89985509) veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 89985513):

[...]

Trata-se de ação ajuizada por LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA em face de CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL EM SAO PAULO - OAB/SP e FLAVIO TORRESI MARCOS, com pedido de antecipação de tutela, visando à declaração de nulidade do Processo Disciplinar TED XX n. 02R0001582010 e indenização por danos morais no valor de R\$ 72.400,00.

Em síntese, sustenta o autor que sofreu injusta imposição de penalidade de suspensão de exercício da advocacia por 90 dias e multa equivalente ao valor de 3 anuidades da OAB. Relata que, tendo atuado como patrono em reclamação trabalhista promovida por Franz Schweikart, realizou levantamento de valores a ele devidos sem saber que o reclamante já havia falecido, tendo, à época do primeiro recebimento (2008), entrado em contato com a família e não obtido resposta. Sustenta que havia firmado contrato verbal para o recebimento de honorários advocatícios no montante de 30% do valor bruto recebido, motivo pelo qual se recusou a depositar o valor integral, conforme exigido pela inventariante Elisabete Schweikart, quando finalmente conseguiu contato e foi informado do falecimento de Franz (2010). Notícia o ajuizamento das ações de prestação contas nº 0138112-91.2010.826.0100 e de arbitramento de honorários nº 0121026-39.2012.826.0100 em face do espólio. Alega invalidade do procedimento administrativo da OAB, iniciado após instauração de inquérito policial 00 78/2010, com responsabilidade solidária de Flávio Torresi Marcos, relator do julgamento, pela indenização de danos morais sofridos.

[...]

Contestação da OAB (ID 89985509) e de Flávio Torresi Marcos (ID 89985512). Réplica (ID 89985513).

Impugnação do valor da causa (ID), rejeitada (ID).

Indeferida a antecipação da tutela, uma vez que o autor já havia cumprido a penalidade imposta (ID)

Sobreveio a r. sentença (ID 89985513) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Sendo assim, em face do corréu Flávio Torresi Marcos, o pedido deve ser julgado extinto sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.

[...]

No mérito, observo que são feitos dois pedidos: o de declaração de nulidade de processo administrativo e o de indenização por danos morais. Ambos devem ser julgados improcedentes.

[...]

No caso dos autos, pleiteia o autor a declaração de nulidade do processo administrativo disciplinar TED £ n. 02R0001582010, levado a efeito pela OAB/SP, no bojo do qual restou decidido serem devidas as penalidades de suspensão do exercício da advocacia por 90 dias e multa. Não apontou o autor, de maneira específica, que ilegalidades teriam sido cometidas no âmbito desse processo a justificar a anulação pelo Poder Judiciário, limitando-se a descrever longamente o caso e manifestando sua irresignação com o julgamento proferido.

Embora seja possível que o juízo, verificando que o julgamento não atende aos princípios da razoabilidade e moralidade, venha a interferir na questão meritória, seria necessário que ficasse cabalmente demonstrado que houve abusividade no procedimento, resultando em decisão manifestamente ilegal, que contrariasse as provas colacionadas aos autos ou aplicasse penalidade desproporcional e exagerada. Não é o caso dos autos, pois, em primeiro lugar, o autor não indica com precisão onde reside a pretensa ilegalidade na análise dos fatos feita pela OAB/SP. E, em segundo lugar, por ter a OAB/SP, em sua contestação, rebatido as principais alegações do autor, esclarecendo que foram feitos levantamentos de valores nos autos da reclamação trabalhista pelo autor em 15/09/2008, 03/11/2008 e 29/09/2009, mas só ser comprovado o contato com a família do falecido reclamante em 22/01/2010 (fl. 39). Ou seja, nos autos do processo administrativo ficou demonstrado que o autor realizou levantamento de valores após o falecimento de seu cliente - momento em que o instrumento de mandato já não mais era válido, a despeito de qualquer alegação sobre o desconhecimento da morte do mandante, nos termos do art. 682, II, do Código Civil - e somente há prova de contato com sua família cerca de um ano e meio depois do primeiro levantamento.

Por não ter ficado configurada qualquer ilegalidade ou abuso no processo administrativo e por ter a parte ré comprovado que as alegações do autor são infundadas, o pedido de declaração de nulidade do Processo TED XX n. 02R0001582010 deve ser julgado improcedente.

Prosseguindo, com relação ao pedido de indenização por dano moral, igualmente deve ser julgado improcedente. Não restando configurado qualquer ato ilícito ou abusivo da parte ré tal qual a fundamentação acima demonstra, não há se falar em existência de dano indenizável, pois é pressuposto da responsabilidade civil a conduta que caracterize ato ilícito.

Diante disso, por todas as razões expostas, em relação ao corréu FLÁVIO TORRESI MARCOS, JULGO EXTINTO o processo SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 485, VI, do Código de Processo Civil e, quanto ao corréu CONSELHO SECCIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL EM SAO PAULO - OAB/SP, JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido na presente ação, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Condene a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, §2º, do Código de Processo Civil, divididos entre os corréus. Custas ex lege.

[...]

Interposta apelação pelo autor que, em suas razões recursais sustenta (ID 89985513), em síntese, o seguinte: que produziu todas as provas necessárias para firmar a tese que defende, mas que esses elementos de prova não foram considerados tanto no procedimento administrativo disciplinar, quanto no processo judicial; e defende a anulação do processo disciplinar e a condenação no dever de indenizar, por danos.

Contrarrazões da OAB/SP (ID 89985513).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007684-96.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: LUIZ ANTONIO BALBO PEREIRA - SP101492-A
APELADO: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, FLAVIO TORRESI MARCOS
Advogado do(a) APELADO: MARIANE LATORRE FRANCO LIMA - SP328983-A
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA BERTON SCHIAVINATO - SP231355-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“Ementa”

APELAÇÃO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OAB/SP. VÍCIO, NULIDADE E IRREGULARIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO. NÃO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se o Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela OAB/SP, em face do autor, apresenta vícios, ilegalidades ou irregularidades que justifiquem a anulação do procedimento.*
- 2. Ressalto, inicialmente, a possibilidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, dos aspectos relacionados à regularidade e legalidade dos processos administrativos, sem que isso configure qualquer tipo de interferência, haja vista que a análise não abrange as questões de conveniência e de oportunidade.*
- 3. Da análise dos documentos que compõe o conjunto probatório acostado aos autos, não se verifica qualquer irregularidade, vício, ou ilegalidade. O devido processo legal foi rigorosamente observado, assim como o direito de ampla defesa e do contraditório que, aliás, é reconhecido pelo autor em diversos momentos em sua peça de apelação, ao tempo em que afirma ter produzido as provas pretendidas e interposto todos os recursos previstos.*
- 4. Na verdade, o que questiona o apelante é a valoração que foi dada a cada uma dessas provas, matéria cuja análise foge à competência do Poder Judiciário, até porque o autor não aponta qualquer procedimento abusivo ou desrespeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, por ocasião da análise do conjunto probatório acostado ao processo administrativo disciplinar, ou na fase de apreciação dos recursos interpostos.*
- 5. Assim, não restou configurada qualquer hipótese que justifique a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e, em consequência, não há prova da ocorrência de dano a ser indenizado.*
- 6. Nega-se provimento à apelação do autor, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se o Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela OAB/SP, em face do autor, apresenta vícios, ilegalidades ou irregularidades que justifiquem a anulação do procedimento.

Sustenta o apelante que produziu todas as provas necessárias para firmar a tese que defende, mas que esses elementos de prova não foram considerados tanto no procedimento administrativo disciplinar, quanto no processo judicial; e defende a anulação do processo disciplinar e a consequente condenação da ré no dever de indenizar, por danos.

Ressalto, inicialmente, a possibilidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, dos aspectos relacionados à regularidade e legalidade dos processos administrativos, sem que isso configure qualquer tipo de interferência, haja vista que a análise não abrange as questões de conveniência e de oportunidade.

Nesse sentido o julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA.

[...]

IV - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade.

(MS 15064/DF MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0032618-3 - Ministro GILSON DIPP - TERCEIRA SEÇÃO - Julgado em 09/11/2011 - Publicado no DJe de 17/11/2011)

Da análise dos documentos que compõe o conjunto probatório acostado aos autos, não se verifica qualquer irregularidade, vício, ou ilegalidade.

O devido processo legal foi rigorosamente observado, assim como o direito de ampla defesa e do contraditório que, aliás, é reconhecido pelo autor em diversos momentos em sua peça de apelação, ao tempo em que afirma ter produzido as provas pretendidas e interposto todos os recursos previstos:

[...]

III - DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO 1. DA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO DISCIPLINAR DAS PROVAS PRODUZIDAS E NÃO CONSIDERADAS

[...]

O Processo Disciplinar seguiu a sua tramitação com a ativa do Apelante, bem como de suas testemunhas que de fato comprovaram que não houve por parte do Apelante qualquer prática de má-fé, bem como, de apropriação indébita, pelos seguintes motivos:

[...]

Assim sendo, pelos depoimentos e documentos constantes do Processo Disciplinar e nestes autos, é nítida a lisura e idoneidade do Apelante, e conseqüentemente a sua inocência, cabendo lembrar que deveria ter sido observado o princípio do in dubio pro reu, eis que na dúvida, se deve absolver o réu, como medida de Justiça.

[...]

Contra essa decisão e utilizando de todos os meios processuais que a Lei lhe compete, da decisão proferida pela Vigésima Turma Disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB de São Paulo, interpôs o Apelante Recurso, na qual foi mantida a r. Decisão proferida pelo TED-XX Turma, condenando o Autor a 90 (noventa) dias de suspensão do exercício profissional.

Esgotadas todos os graus de interposição de recurso, foi determinado o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para cumprimento do v. Acórdão.

[...]

Na verdade, o que questiona o apelante é a valoração que foi dada a cada uma dessas provas, matéria cuja análise foge à competência do Poder Judiciário, até porque o autor não aponta qualquer procedimento abusivo ou desrespeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, por ocasião da análise do conjunto probatório acostado ao processo administrativo disciplinar, ou na fase de apreciação dos recursos interpostos, como bem destacou a r. sentença ao afirmar:

[...]

Embora seja possível que o juízo, verificando que o julgamento não atende aos princípios da razoabilidade e moralidade, venha a interferir na questão meritória, seria necessário que ficasse cabalmente demonstrado que houve abusividade no procedimento, resultando em decisão manifestamente ilegal, que contrariasse as provas colacionadas aos autos ou aplicasse penalidade desproporcional e exagerada. Não é o caso dos autos, pois, em primeiro lugar, o autor não indica com precisão onde reside a pretensa ilegalidade na análise dos fatos feita pela OAB/SP. E, em segundo lugar, por ter a OAB/SP, em sua contestação, rebatido as principais alegações do autor, esclarecendo que foram feitos levantamentos de valores nos autos da reclamação trabalhista pelo autor em 15/09/2008, 03/11/2008 e 29/09/2009, mas só ser comprovado o contato com a - família do falecido reclamante em 22/01/2010 (fl. 39). Ou seja, nos autos do processo administrativo ficou demonstrado que o autor realizou levantamento de valores após o falecimento de seu cliente - momento em que o instrumento de mandato já não mais era válido, a despeito de qualquer alegação sobre o desconhecimento da morte do mandante, nos termos do art. 682, II, do Código Civil - e somente há prova de contato com sua família cerca de um ano e meio depois do primeiro levantamento.

Por não ter ficado configurada qualquer ilegalidade ou abuso no processo administrativo e por ter a parte ré comprovado que as alegações do autor são infundadas, o pedido de declaração de nulidade do Processo TED XX n. 02R0001582010 deve ser julgado improcedente.

[...]

Assim, não restou configurada qualquer hipótese que justifique a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e, em consequência, não há prova da ocorrência de dano a ser indenizado.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do autor, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OAB/SP. VÍCIO, NULIDADE E IRREGULARIDADE. NÃO COMPROVADOS. DANO. NÃO DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se o Processo Administrativo Disciplinar instaurado pela OAB/SP, em face do autor, apresenta vícios, ilegalidades ou irregularidades que justifiquem a anulação do procedimento.
2. Ressalto, inicialmente, a possibilidade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, dos aspectos relacionados à regularidade e legalidade dos processos administrativos, sem que isso configure qualquer tipo de interferência, haja vista que a análise não abrange as questões de conveniência e de oportunidade.
3. Da análise dos documentos que compõe o conjunto probatório acostado aos autos, não se verifica qualquer irregularidade, vício, ou ilegalidade. O devido processo legal foi rigorosamente observado, assim como o direito de ampla defesa e do contraditório que, aliás, é reconhecido pelo autor em diversos momentos em sua peça de apelação, ao tempo em que afirma ter produzido as provas pretendidas e interposto todos os recursos previstos.
4. Na verdade, o que questiona o apelante é a valoração que foi dada a cada uma dessas provas, matéria cuja análise foge à competência do Poder Judiciário, até porque o autor não aponta qualquer procedimento abusivo ou desrespeito aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, por ocasião da análise do conjunto probatório acostado ao processo administrativo disciplinar, ou na fase de apreciação dos recursos interpostos.
5. Assim, não restou configurada qualquer hipótese que justifique a declaração de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e, em consequência, não há prova da ocorrência de dano a ser indenizado.
6. Nega-se provimento à apelação do autor, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006391-57.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RENATA GIORGETI GRACIOLLI
SUCEDIDO: EDINA MADALENA GIORGETI GRACIOLLI
Advogado do(a) APELADO: MARCELO AYRES DUARTE - SP180594-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006391-57.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RENATA GIORGETI GRACIOLLI
SUCEDIDO: EDINA MADALENA GIORGETI GRACIOLLI
Advogado do(a) APELADO: MARCELO AYRES DUARTE - SP180594-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela União, em face da r. sentença de parcial procedência proferida nestes autos de ação de anulação de débito e indenização por danos morais, promovida pelo ESPÓLIO DE EDINA MADALENA GIORGETI GRACIOLLI, contra a ré, pessoa jurídica, UNIÃO FEDERAL.

A petição inicial (ID 19285965), distribuída à 25ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 19285965):

[...]

Trata-se de ação processada sob o rito ordinário, com pedido de tutela provisória de urgência, proposta pelo ESPÓLIO DE EDINA MADALENA GIORGETI GRACIOLLI em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando provimento jurisdicional determine a anulação do débito tributário consubstanciado na CDA sob n. 80.1.11.013860-00, sob a alegação de prescrição. Requer, ainda, a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 41.963,50 (...).

Narra o autor, em suma, que “visando ultimar a declaração final do espólio dos bens deixados pela sua finada genitora”, soube da existência de um débito tributário, o qual foi inscrito em dívida ativa na data de 18/08/2011, referente ao imposto de renda do ano-calendário 2004, exercício de 2005, no montante de R\$ 8.392,70. Alega que referido débito encontra-se prescrito, devendo ser arquivada a inscrição em dívida ativa.

Sustenta, ainda, que “a persistência da manutenção dos dados da autora na dívida ativa/CADIN enseja a ela inúmeros impedimentos, como a venda de um bem, acesso a parcelamentos incentivados, por exemplo, de extrema importância para qualquer cidadão”, razão pela qual pleiteia indenização por danos morais.

[...]

Contestação da UNIÃO (ID 19285965). Réplica (ID 19285965).

Defêrito o pedido de depósito judicial do valor. Depósito feito e comprovado (ID 19285965)

Sobreveio a r. sentença (ID 19285965) que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Encontra-se pacificado o entendimento jurisprudencial no sentido de que, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, considera-se constituído o crédito tributário no momento da entrega da declaração pelo próprio contribuinte, devendo o prazo prescricional ser contado a partir daquela data.

Verifica-se, no presente caso, que a declaração de rendimentos do autor foi entregue em 20/04/2005, conforme atesta documento de fl. 49-verso. A partir dessa data começa a correr o prazo prescricional.

De acordo com a União Federal, o débito tributário somente foi inscrito em dívida ativa em 19/08/2011.

Considerando como termo do lapso prescricional a data do ajuizamento da execução fiscal e, tendo em vista que esta não foi ajuizada até a presente data, verifico que houve o transcurso do prazo prescricional quinquenal, de modo que a inscrição do aludido débito em dívida ativa é indevida.

Importante consignar que a União Federal não comprovou nenhuma causa interruptiva da prescrição e esse ônus a ela cabia, (...)

Limitou-se a alegar que o autor foi intimado, por correio, do auto de infração em 11/01/2008. Todavia, não juntou qualquer comprovante de recebimento da correspondência (AR). E mais, instada a especificar provas, a ré deixou decorrer in albis o prazo para se manifestar, conforme atesta a certidão de fl. 67.

Assim, nessa parte do pedido, o autor tem razão, devendo a inscrição em dívida ativa ser anulada, visto estar o débito fulminado pela prescrição.

Por outro lado, quanto ao pedido de indenização por danos morais, melhor sorte não assiste ao autor:

O requerente apenas discorre de forma genérica os prejuízos que teria sofrido em razão da inscrição em dívida ativa. Limita-se a dizer que tal inscrição ensejou “inúmeros impedimentos como a venda de um bem, acesso a parcelamentos incentivados, por exemplo, de extrema importância para qualquer cidadão”.

Não cuidou de relatar qualquer fato ou dano concreto por ele experimentado. E cabia a ele, autor, nos termos do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil (...), demonstrar os fatos constitutivos de seu direito.

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, apenas para determinar a anulação do débito tributário consubstanciado na CDA n. 80.1.11.013860-00.

Nos termos do artigo 86, caput, do Código de Processo Civil, “se cada litigante for em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente dividido entre eles as despesas”.

Quanto aos honorários advocatícios, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial (§14, do artigo 85, do CPC), fixo-os nos percentuais mínimos estabelecidos nos incisos do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, os quais deverão incidir sobre o valor atualizado da causa.

Condene a União Federal ao pagamento do montante correspondente à ½ do valor fixado nos termos supra ao autor, ao passo que este deverá pagar à União Federal a quantia correspondente ao ½ remanescente.

O valor dos honorários advocatícios deverá sofrer a incidência de correção monetária e juros de mora em conformidade com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução C.J.F. nº 134, de 21/12/2010.

Deixo de submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil (...).

[...]

Interpostos embargos de declaração pela União (ID 19285965). Rejeitados (ID 19285965).

Interposta apelação pela União que, em suas razões recursais sustenta (ID 19285965), em síntese, o seguinte: que sucumbiu em parte mínima, não sendo indevida a condenação na verba honorária.

Contrarrazões da autora (ID 19285965).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006391-57.2015.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: RENATA GIORGETI GRACIOLLI
SUCEDIDO: EDINA MADALENA GIORGETI GRACIOLLI
Advogado do(a) APELADO: MARCELO AYRES DUARTE - SP180594-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. SUCUMBÊNCIA. REFERÊNCIA. NÚMERO DE PEDIDOS FORMULADOS E RECONHECIDOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato da autora ter seu nome inscrito, indevidamente, em dívida ativa, deve ser atribuída à ré, devendo ser declarado nulo o débito, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais.*

2. *A sucumbência não se caracteriza pela fixação de valor menor do que aquele requerido na inicial, pois está relacionada aos pedidos e, na hipótese dos autos, a autora requer a declaração de inexistência de débito e a condenação no dever de indenizar por danos morais. Assim, uma vez reconhecido um de dois dos pedidos iniciais, configurada a hipótese de sucumbência recíproca, independente do valor que representa esta condenação.*

3. *Nega-se provimento à apelação da União Federal, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato da autora ter seu nome inscrito, indevidamente, em dívida ativa, deve ser atribuída à ré, devendo ser declarado nulo o débito, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais.

A r. sentença assim decidiu a respeito do requerido na inicial:

[...]

Isto posto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o processo, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, apenas para determinar a anulação do débito tributário consubstanciado na CDA n. 80.1.11.013860-00.

Nos termos do artigo 86, caput, do Código de Processo Civil, “se cada litigante for em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente dividido entre eles as despesas”.

Quanto aos honorários advocatícios, sendo vedada a sua compensação em caso de sucumbência parcial (§14, do artigo 85, do CPC), fixo-os nos percentuais mínimos estabelecidos nos incisos do art. 85, § 3º, do Código de Processo Civil, os quais deverão incidir sobre o valor atualizado da causa.

Condene a União Federal ao pagamento do montante correspondente à ½ do valor fixado nos termos supra ao autor, ao passo que este deverá pagar à União Federal a quantia correspondente ao ½ remanescente.

O valor dos honorários advocatícios deverá sofrer a incidência de correção monetária e juros de mora em conformidade com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução C.J.F. nº 134, de 21/12/2010.

Deixo de submeter a sentença ao duplo grau de jurisdição, nos termos do artigo 496, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil (...).

[...]

Insurge-se a União, em sede de apelação, contra a fixação de honorários advocatícios em seu desfavor, sob o argumento de que:

[...]

Com efeito, como foi esclarecido pela União nos embargos declaratórios opostos pela União (fls. 101), a apelada sucumbiu no pedido de condenação ao pagamento de danos morais, os quais foram por ela estipulados em R\$ 41.963,50, ao passo que o valor da CDA combatida, ao tempo do ajuizamento da ação, perfazia a soma de R\$ 8.392,70, conforme indicado pela própria apelada (fls. 11).

Logo, restou evidenciado que a União foi sucumbente, na verdade, em parcela mínima do pedido, devendo ser aplicado, assim, o disposto no parágrafo único do artigo 86, parágrafo único, do CPC (...).

[...]

Os fundamentos postos pela apelante não se sustentam.

A sucumbência não se caracteriza pela fixação de valor menor do que aquele requerido na inicial, pois está relacionada aos pedidos e, na hipótese dos autos, a autora requer a declaração de inexistência de débito e a condenação no dever de indenizar por danos morais.

Assim, uma vez reconhecido um de dois dos pedidos iniciais, configurada a hipótese de sucumbência recíproca, independente do valor que representa esta condenação.

Nesse sentido o Tema 152 do C. STJ:

“Para efeito de apuração de sucumbência, em demanda que tem por objeto a atualização monetária de valores depositados em contas vinculadas do FGTS, deve-se levar em conta o quantitativo de pedidos (isoladamente considerados) que foram deferidos em contraposição aos indeferidos, sendo irrelevante o somatório dos índices”.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da União Federal, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. SUCUMBÊNCIA. REFERÊNCIA. NÚMERO DE PEDIDOS FORMULADOS E RECONHECIDOS. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade pelo fato da autora ter seu nome inscrito, indevidamente, em dívida ativa, deve ser atribuída à ré, devendo ser declarado nulo o débito, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais.*
- 2. A sucumbência não se caracteriza pela fixação de valor menor do que aquele requerido na inicial, pois está relacionada aos pedidos e, na hipótese dos autos, a autora requer a declaração de inexistência de débito e a condenação no dever de indenizar por danos morais. Assim, uma vez reconhecido um de dois dos pedidos iniciais, configurada a hipótese de sucumbência recíproca, independente do valor que representa esta condenação.*
- 3. Nega-se provimento à apelação da União Federal, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009986-53.2008.4.03.6183
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUIZ LOBIANCO
Advogado do(a) APELADO: SERGIO REIS GUSMAO ROCHA - SP178236-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009986-53.2008.4.03.6183
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUIZ LOBIANCO
Advogado do(a) APELADO: SERGIO REIS GUSMAO ROCHA - SP178236-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pelo INSS, em face da r. sentença de procedência, proferida nos autos da presente ação de indenização por danos, promovida por LUIZ LOBIANCO, contra o réu, pessoa jurídica, INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL - INSS.

A petição inicial, distribuída à 7ª Vara Federal de São Paulo/SP (ID 45864928) veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 45864930):

[...]

Trata-se de ação em que se postula a condenação em danos morais.

[...]

Da análise dos autos, observa-se que a parte autora requereu o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição no a de 1999 (fls. 278), quando já possuía os requisitos necessários à sua percepção. Entretanto, a autarquia ré negou-se em conceder-lhe a prestação, alegando o não enquadramento de algumas atividades exercidas em condições especiais. Após várias tentativas, inclusive, na esfera onde teve reconhecido seu direito à conversão do tempo de trabalho e condições insalubres (fls. 75/77) - a autora somente logrou êxito na obtenção de sua aposentadoria em 2007.

Deve-se realçar, ainda aqui, a morosidade do INSS no cumprimento da ordem judicial (perceba-se as reiteradas tentativas de implementação por ordem judicial do benefício).

[...]

Contestação do INSS (ID 45864930).

Sobreveio a r. sentença (ID 45864930) que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

Na situação em análise, tendo restado clara a ilegalidade do ato, entendemos razoável a condenação do ISS no pagamento de danos morais. Embora, acreditemos, pessoalmente, que o ressarcimento do dano de natureza pessoal, por afrontar direitos fundamentais da pessoa humana, devesse ser arbitrado em valores não apenas simbólicos, mas verdadeiramente expressivos — já que atinge bens e valores que não podem ser mensurados financeiramente e, quando o são, deveriam ser tidos como os mais caros de todos (inclusive para, preventivamente, evitar novas perpetrções do dano), prefiro, apenas por política judiciária, arbitrar o valor em R\$ 9.000,0 (nove mil reais).

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS no pagamento, ao autor, de danos morais arbitrado em 9.000,00 (nove mil reais).

Os juros moratórios são fixados à base 1% ao mês, nos termos do art. 406 do CC e do art. 161, § 1º, do CTN, contados da citação.

Do mesmo modo, a correção monetária incide sobre as diferenças apuradas desde o momento em que se tornaram devidas, na forma do atual Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado conforme Resolução no. 561/2007 do Colendo Conselho da Justiça Federal.

Os honorários devem ser concedidos em 15% sobre o valor da condenação.

O INSS se encontra legalmente isento do pagamento de custas.

Sentença sujeita ao duplo grau, nos termos do art. 10 da Lei n.º 9.469/97.

[...]

Interposta apelação pelo INSS que, em suas razões recursais (ID 45864930), sustenta, em síntese, o seguinte: que o Juízo da Vara Previdenciária é incompetente para julgar ação de indenização por danos morais e invoca o art. 2º do Provimento nº 186, de 28/10/1999, da Justiça Federal e o inciso II do art. 292 do CPC; no mérito, afirma que não restou comprovado o dano, que o que ocorreu foi mero dissabor; aduz que também não ficou configurado o nexo de causalidade; defende a redução do percentual fixado a título de honorários advocatícios; e insurge-se contra a sistemática adotada pela r. sentença, no que diz respeito à incidência de juros de mora e correção monetária.

Contrarrazões do autor (ID 45864930).

Interposto recurso adesivo pelo autor que, em suas razões recursais (ID 45864930), sustenta, em síntese, o seguinte: que o valor da indenização, por danos morais, deve ser majorado.

Sem contrarrazões do INSS (Certidão ID 45864930).

Vieram os autos a esta E. Corte.

Sobreveio o v. acórdão (ID 45864930), que deu provimento à apelação e à remessa oficial, para reconhecer a nulidade da r. sentença, em razão da absoluta incompetência do órgão julgador prolator, determinando a baixa dos autos.

Baixados, os autos foram distribuídos à 7ª Vara Cível Federal de São Paulo/SP.

Sobreveio a r. sentença (ID 45864930) que julgou procedente o pedido inicial, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

A documentação colacionada aos autos comprova que o autor requereu a concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, em 1999 (fl. 278), tendo sido o mesmo indeferido pelo INSS em razão de "falta de tempo de serviço" (fl. 24).

Após longa discussão judicial sobre o tema, a qual se iniciou com a impetração do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.014696-9, fato é que, apenas em 2007, reanalisando o benefício conforme sentença judicial, o INSS verificou que o segurado contava com tempo de serviço total de 30 (trinta) anos, 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete dias), suficiente, portanto, ao benefício pleiteado.

Independente da pendência judicial da matéria e das discussões relativas ao fato de que tal concessão, segundo o réu, só se tornou possível com a apresentação de documentos complementares pelo autor, fato é que, mesmo após o trânsito em julgado da ação mandamental, ocorrido em janeiro de 2005 (fl. 180), e a determinação para cumprimento do julgado, emanada pelo Juiz de 1ª instância em outubro/2005 (fl. 193), o INSS veio a cumpri-lo, reconhecendo a existência de tempo de serviço suficiente à concessão da aposentadoria, apenas em março de 2007 (fls. 281/282), ou seja, mais de 2 (dois) anos após o referido trânsito em julgado.

[...]

Os fatos narrados nos autos, desde o pedido inicial do benefício até o reconhecimento do mesmo, sobretudo as discussões e constantes negativas pautadas em cálculos de tempo de serviço posteriormente reificados pelo próprio INSS, mesmo após o trânsito em julgado da ação mandamental, ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, representando verdadeira violação dos direitos da personalidade, até porque, segundo narrado na inicial, em razão de tal demora houve privação dos proventos da aposentadoria, garantidores da subsistência, e o autor não pôde se aposentar no tempo certo, o que enseja a reparação por dano moral.

[...]

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação, de acordo com o artigo 487, do Código de Processo Civil/2015, condenando o INSS ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais corrigidos desde o arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do C. STJ. Juros moratórios a partir do evento danoso, de acordo com Súmula 54 STJ.

Os indexadores a serem aplicados são os constantes no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal (para as ações condenatórias em geral) vigentes à época da execução do julgado.

Condeneo o INSS ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação (R\$ 10.000,00), nos termos do artigo 85, § 3º, I, CPC, totalizando R\$ 1.000,00 (mil reais).

[...]

Interposta apelação pelo INSS que, em suas razões recursais (ID 45864930), sustenta, em síntese, o seguinte: que não restaram comprovados os requisitos essenciais para configuração do dano, afirma que tudo não passou de mero dissabor; alega culpa da vítima, sob o fundamento de que o autor não apresentou a documentação no momento e no prazo correto.

em contrarrazões do autor (Certidão ID 45864930).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009986-53.2008.4.03.6183
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUIZ LOBIANCO
Advogado do(a) APELADO: SERGIO REIS GUSMAO ROCHA - SP178236-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO, POR SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. ATRASO INJUSTIFICADO NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO NO SISTEMA DE PAGAMENTO. CONFIGURADO. DANO MORAL, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo atraso na implantação do benefício da aposentadoria, concedido ao autor, por decisão judicial transitada em julgado, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais.*
2. *Depois de transitado em julgado a decisão judicial que reconheceu o direito do autor ao benefício previdenciário pleiteado, ainda assim, o INSS levou mais de dois anos para implantá-lo, e aí está configurado o evento danoso e o nexo de causalidade, em relação à conduta do agente.*
3. *Não há que se falar em culpa da vítima, seja ela exclusiva ou concorrente. Como dito, o direito ao benefício estava reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a necessidade de apresentação de outros documentos não tem o condão de modificar essa situação, tampouco de justificar a demora na implantação do benefício, até porque, o INSS não comprovou a sua alegação de que a culpa pelo atraso foi do autor.*
4. *O fato de ter uma decisão judicial, transitada em julgado, em nome do autor e ainda assim ter que esperar dois anos para receber o benefício previdenciário, verba de caráter alimentar, certamente não se trata de mero dissabor como defende o INSS, a aflição e a forte angústia estão evidentes e devem ser reconhecidas como ensejadoras da condenação ao dever de indenizar, por danos morais.*
5. *Nega-se provimento à apelação do INSS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo atraso na implantação do benefício da aposentadoria, concedido ao autor, por decisão judicial transitada em julgado, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação no dever de indenizar por danos morais.

Sustenta o INSS que não restaram comprovados os requisitos essenciais para configuração do dano, afirma que tudo não passou de mero dissabor; alega culpa da vítima, sob o fundamento de que o autor não apresentou a documentação no momento e no prazo correto.

No que se refere à responsabilidade do INSS, filio-me à teoria da Responsabilidade Objetiva da Administração Pública mesmo nas hipóteses de conduta omissiva, como posto no entendimento do C. STJ, no seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AUSÊNCIA DE GRADES DE PROTEÇÃO NO LOCAL. DEMONSTRAÇÃO DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A OMISSÃO E AS MORTES.

[...]

2. *Para que se configure a responsabilidade objetiva do ente público basta a prova da omissão e do fato danoso e que deste resulte o dano material ou moral.*

[...]

6. *Jurisdição sobre a referida marginal de competência da ré, incumbindo a ela a sua manutenção e sinalização, advertindo os motoristas dos perigos e dos obstáculos que se apresentam. A falta no cumprimento desse dever caracteriza a conduta negligente da Administração Pública e a torna responsável (art. 66, parágrafo único, do Decreto nº 62.127/68) pelos danos que dessa omissão decorrerem.*

[...]

(REsp 439408/SP RECURSO ESPECIAL 2002/0071492-6 - Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA - Julgado em 05/09/2002 - Publicado no DJ 21/10/2002 p. 308 LEXSTJ vol. 159 p. 210)

No entanto, o dever de indenizar por danos morais, ainda que nas hipóteses de responsabilidade objetiva, depende da inequívoca demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade entre a conduta do agente, seja ela comissiva ou omissiva, e o dano demonstrado.

A possibilidade da indenização por danos morais não autoriza o reconhecimento da procedência automática do requerido pela parte, pois, não exclui a responsabilidade dos autores em comprovar os fatos constitutivos do direito pleiteado e das alegações feitas na exordial, devendo demonstrar, de forma inequívoca, a ocorrência do fato danoso, o dano efetivamente sofrido e o nexo de causalidade em relação à conduta do agente.

No que se refere ao dano, ao evento danoso e ao nexo de causalidade entre eles e a conduta da Autarquia, a r. sentença foi absolutamente clara e precisa ao concluir pela condenação do INSS no dever de indenizar por danos morais, se mostrando, irretocável, nesse ponto, uma vez que fundada no conjunto probatório acostado aos autos, motivo pelo qual peço vênia para transcrever parte de sua fundamentação, para adotá-la como razão de decidir:

[...]

A documentação colacionada aos autos comprova que o autor requereu a concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, em 1999 (fl. 278), tendo sido o mesmo indeferido pelo INSS em razão de "falta de tempo de serviço" (fl. 24).

Após longa discussão judicial sobre o tema, a qual se iniciou com a impetração do Mandado de Segurança nº 1999.61.00.014696-9, fato é que, apenas em 2007, reanalisando o benefício conforme sentença judicial, o INSS verificou que o segurado contava com tempo de serviço total de 30 (trinta) anos, 10 (dez) meses e 27 (vinte e sete dias), suficiente, portanto, ao benefício pleiteado.

Independente da pendência judicial da matéria e das discussões relativas ao fato de que tal concessão, segundo o réu, só se tornou possível com a apresentação de documentos complementares pelo autor, fato é que, mesmo após o trânsito em julgado da ação mandamental, ocorrido em janeiro de 2005 (fl. 180), e a determinação para cumprimento do julgado, emanada pelo Juiz de 1ª instância em outubro/2005 (fl. 193), o INSS veio a cumpri-lo, reconhecendo a existência de tempo de serviço suficiente à concessão da aposentadoria, apenas em março de 2007 (fls. 281/282), ou seja, mais de 2 (dois) anos após o referido trânsito em julgado.

[...]

Os fatos narrados nos autos, desde o pedido inicial do benefício até o reconhecimento do mesmo, sobretudo as discussões e constantes negativas pautadas em cálculos de tempo de serviço posteriormente reificados pelo próprio INSS, mesmo após o trânsito em julgado da matéria discutida, ultrapassam a esfera do mero aborrecimento, representando verdadeira violação dos direitos da personalidade, até porque, segundo narrado na inicial, em razão de tal demora houve privação dos proventos da aposentadoria, garantidores da subsistência, e o autor não pôde se aposentar no tempo certo, o que enseja a reparação por dano moral.

[...]

Como se vê, mesmo depois de transitado em julgado a decisão judicial que reconheceu o direito do autor ao benefício previdenciário pleiteado, ainda assim, o INSS levou mais de dois anos para implantá-lo, e aí está configurado o evento danoso e o nexo de causalidade, em relação à conduta do agente.

De igual modo, não há que se falar em culpa da vítima, seja ela exclusiva ou concorrente. Como dito, o direito ao benefício estava reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a necessidade de apresentação de outros documentos não tem o condão de modificar essa situação, tampouco de justificar a demora na implantação do benefício, até porque, o INSS não comprovou a sua alegação de que a culpa pelo atraso foi do autor.

Além disso, o fato de ter uma decisão judicial, transitado em julgado, em nome do autor e ainda assim ter que esperar dois anos para receber o benefício previdenciário, verba de caráter alimentar, certamente não se trata de mero dissabor como defende o INSS, a aflição e a forte angústia estão evidentes e devem ser reconhecidas como ensejadoras da condenação ao dever de indenizar, por danos morais.

Ante o exposto, nego provimento à apelação do INSS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. DANO MORAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO, POR SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. ATRASO INJUSTIFICADO NA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO NO SISTEMA DE PAGAMENTO. CONFIGURADO. DANO MORAL, EVENTO DANOSO E NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR. CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

- 1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a responsabilidade, pelo atraso na implantação do benefício da aposentadoria, concedido ao autor, por decisão judicial transitada em julgado, deve ser atribuída ao réu, ensejando a condenação ao dever de indenizar por danos morais.*
- 2. Depois de transitado em julgado a decisão judicial que reconheceu o direito do autor ao benefício previdenciário pleiteado, ainda assim, o INSS levou mais de dois anos para implantá-lo, e aí está configurado o evento danoso e o nexo de causalidade, em relação à conduta do agente.*
- 3. Não há que se falar em culpa da vítima, seja ela exclusiva ou concorrente. Como dito, o direito ao benefício estava reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a necessidade de apresentação de outros documentos não tem o condão de modificar essa situação, tampouco de justificar a demora na implantação do benefício, até porque, o INSS não comprovou a sua alegação de que a culpa pelo atraso foi do autor.*
- 4. O fato de ter uma decisão judicial, transitada em julgado, em nome do autor e ainda assim ter que esperar dois anos para receber o benefício previdenciário, verba de caráter alimentar, certamente não se trata de mero dissabor como defende o INSS, a aflição e a forte angústia estão evidentes e devem ser reconhecidas como ensejadoras da condenação ao dever de indenizar, por danos morais.*
- 5. Nega-se provimento à apelação do INSS, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002724-36.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDRA COMPANY BRASIL TECNOLOGIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A, TOMAS BORGES OTONI NEIVA - SP304987-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002724-36.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDRA COMPANY BRASIL TECNOLOGIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A, TOMAS BORGES OTONI NEIVA - SP304987-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por INDRA COMPANY BRASIL TECNOLOGIA LTDA. com fulcro nos artigos 994, III, 1.003, § 5º e 1.021 do NCPC em face da decisão monocrática proferida (ID 107594862) que, nos termos do artigo 932, V, do Código de Processo Civil, deu provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial para denegar a segurança e julgar improcedente o pedido de obtenção de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse recolher a Contribuição ao INCRA e ao SEBRAE, bem como o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

Aduz a agravante que as Contribuições ao INCRA e ao SEBRAE, recolhidas com base na folha de salários, perderam sua fundamentação constitucional de validade após a edição da EC nº 33/2001, sendo inválida sua exigência após 11 de dezembro de 2001. Afirma que as contribuições em questão não foram recepcionadas no ordenamento pátrio com o advento da Emenda Constitucional nº. 33/2001, já que não é possível encontrar bases de cálculo diversas daquelas expostas no rol taxativo da alínea a do inciso III do § 2º do artigo 149 da Constituição Federal de 1988.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões (ID 131222190).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002724-36.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDRA COMPANY BRASIL TECNOLOGIA LTDA
Advogados do(a) APELADO: FABIO PERRELLI PECANHA - SP220278-A, TOMAS BORGES OTONI NEIVA - SP304987-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. INCRA E SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.
3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o INCRA e SEBRAE.
4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
5. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e pelo C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

"Trata-se de apelação e remessa necessária em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher a Contribuição ao INCRA e ao SEBRAE, bem como o reconhecimento do direito à compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

O pedido liminar foi indeferido (ID 77386574). A parte impetrante interpôs agravo de instrumento.

O r. Juízo a quo julgou procedente o pedido, concedendo a segurança, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora a recolher a contribuição destinada ao INCRA e ao SEBRAE, e condenar este a restituir-lhe aquele os valores cujos recolhimentos, nos últimos cinco anos, com atualização apenas pela variação Selic, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido até o mês anterior ao da compensação e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuado o acerto de contas.

Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

A sentença foi submetida à remessa necessária.

Apelou a UNIÃO, requerendo a reforma da sentença, aduzindo em suas razões a legalidade da exigência da contribuição ao INCRA, sendo incabível a compensação dos valores anteriormente pagos pela apelada.

Com contrarrazões, pugnano pela manutenção da r. sentença, subiram os autos a este E. Tribunal.

O MPF opinou pelo provimento da apelação e da remessa necessária.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

O Decreto-Lei n.º 1.110/70 criou o INCRA, que recebeu todos os direitos, competências, atribuições e responsabilidades do IBRA (Instituto Brasileiro de Reforma Agrária), do INDA (Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), os quais foram extintos. Recebeu, inclusive, a receita obtida através da arrecadação do adicional que antes era destinado aos dois primeiros órgãos, de 0,2% incidente sobre a folha de salários, para a manutenção do serviço de assistência ao trabalhador rural e para custear os encargos de colonização e de reforma agrária.

O Decreto-Lei n.º 1.146/70 consolidou, em seu art. 3º, o adicional de 0,4%, conforme previsto na Lei n.º 2.613/55, destinando 50% (0,2%) ao FUNRURAL e 50% (0,2%) ao INCRA.

E a Lei Complementar n.º 11/71, em seu art. 15, II, elevou o adicional para 2,6%, sendo que 2,4% foram destinados ao FUNRURAL a título de contribuição previdenciária e o restante 0,2% ao INCRA. A base de cálculo da contribuição permaneceu a mesma, bem como a sujeição passiva do tributo - todos os empregadores -, conforme dispunha a Lei n.º 2.613/55, que deu origem à contribuição em questão.

Ambas as contribuições foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, sendo que com a edição da Lei n.º 7.787/89 foi suprimida somente a contribuição ao FUNRURAL (art. 3º, § 1º). Também a Lei n.º 8.212/91, editada com o objetivo de regulamentar o Plano de Custeio da Seguridade Social, não dispôs acerca da contribuição ao INCRA, não interferindo em sua arrecadação pelo INSS, que figura como mero órgão arrecadador, sendo a receita destinada à autarquia agrária.

Permanece, portanto, vigente a contribuição ao INCRA, com base no Decreto-Lei n.º 1.146/70, tendo como sujeito passivo, desde a sua origem, todas as empresas em geral, entre as quais se incluem as empresas urbanas.

Ademais, não há que se fazer distinção entre Previdência Rural e Previdência urbana, separando, inclusive, suas fontes de custeio. Como bem observou a Desembargadora Federal Ramza Tartuce: Nem poderia ser de outra forma, vez que a atividade apontada como rural não teria, pela situação precária do homem do campo, condições de suportar, sozinha, o custeio de sua previdência. (TRF3, Quinta Turma, AC n.º 98.03.000214-7, j. 01/03/04).

E, tratando-se de contribuição social, deve obediência ao art. 195 da Constituição Federal, que cuida do princípio da solidariedade ao determinar que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Deixo anotado que o C. STJ já apreciou a questão da legitimidade da cobrança da contribuição ao INCRA, das empresas urbanas, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL - LEGALIDADE - RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, em 22 de outubro de 2008, no julgamento do REsp 977.058/RS, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que é legítima a cobrança da contribuição destinada ao incra e ao FUNRURAL das empresas urbanas, por se caracterizar como CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, não tendo sido extinta pela Lei 7.787/89, tampouco pela Lei 8.213/91.

2. Se a parte insiste em tese de mérito já solucionada em julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, o recurso é manifestamente infundado. 3. Agravo regimental em ataque ao mérito de decisão proferida com base no art. 543-C do CPC não provido, com aplicação de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

(AGResp 389894, 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 05/12/13, DJE 13/12/13 - Grifei).

Nesse sentido, já foi editada a Súmula 516 do C. STJ (DJe 02/03/2015), do seguinte teor: A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregados rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

Por sua vez, a contribuição ao SEBRAE foi instituída como adicional sobre as contribuições ao SESC/SENAC e SESI/SENAI, nos termos do artigo 8º, § 3º, da Lei nº 8.029/90, alterada pela Lei nº 8.154/90, com vistas à execução da política de apoio às micro e pequenas empresas, prevista nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal.

Considerando sua natureza de contribuição social geral de natureza tributária, a contribuição ao SEBRAE fica sujeita à disciplina respectiva quanto a sua instituição e cobrança, não subsistindo a tese de que seria necessária lei complementar para tal.

A instituição de contribuições sociais gerais, entre as quais se encontra aquela destinada ao SEBRAE não depende de lei complementar; sendo legítima sua instituição através da Lei nº 8.029/90.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, transcrito a seguir:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AUTÔNOMA. ADICIONAL AO SEBRAE. EMPRESA DE GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. As contribuições sociais, previstas no art. 240, da Constituição Federal, têm natureza de "contribuição social geral" e não contribuição especial de interesses de categorias profissionais (STF, RE n.º 138.284/CE) o que derrui o argumento de que somente estão obrigados ao pagamento de referidas exações os segmentos que recolhem os bônus dos serviços inerentes ao SEBRAE.

2. Deflui da ratio essendi da Constituição, na parte relativa ao incremento da ordem econômica e social, que esses serviços sociais devem ser mantidos "por toda a coletividade" e demandam, a fortiori, fonte de custeio.

3. Precedentes: RESP 608.101/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 24/08/2004, RESP 475.749/SC, 1ª Turma, desta Relatoria, DJ de 23/08/2004.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp n.º 662911/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.12.2004, v.u., DJ de 28.2.2005)

A EC 33/2001 acrescentou o § 2º, III, a, ao artigo 149 da CF, prevendo que a contribuição de intervenção no domínio econômico pode ter alíquotas ad valorem baseadas no faturamento, na receita bruta ou no valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

No entanto, o preceito constitucional somente previu faculdades ao legislador e não proibições no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo.

Neste sentido, os seguintes julgados:

CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EXIGIBILIDADE. NÃO AFRONTA À EC 33/01. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 977058/RS, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, de relatoria do Ministro Luiz Fux, reiterou o entendimento de que a contribuição ao incra não foi extinta pelas Leis nºs 7.787/89 e 8.213/91, sendo exigível até os dias atuais das empresas urbanas e rurais, tendo em vista sua natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois tem por objetivo financiar as atividades de reforma agrária, sendo, portanto, distinta da contribuição para a seguridade social.

2. A contribuição ao INCRA não afronta a EC 33/01. Precedentes do TRF3.

3. Os fundamentos trazidos pelo agravante não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada.

4. Agravo desprovido.

(TRF3, Segunda Turma, AC 00042953020054036000, Juiz Convocado Valdeci dos Santos, e-DJF3 20/09/2012).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA E SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. REC URSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da contribuição destinada ao sebrae e ao incra; inclusive após o advento da EC 33/2001, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, que apenas previu faculdades ao legislador, e não a proibição de uso de outras bases de cálculo, além do faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro.

2. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, Terceira Turma, AMS 00127985520104036100, Des. Fed. Carlos Muta, e-DJF3 03/08/2012).

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, dou provimento à apelação e à remessa oficial. "

Conforme prolatado na r. decisão agravada, o § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

Destarte, a Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o INCRA e SEBRAE.

Assim, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto da *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Desta forma, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

VOTO

De se destacar pontua o próprio polo privado que as Cortes Superiores reconheça a legitimidade das rubricas litigadas, que têm natureza de intervenção no domínio econômico.

O núcleo da controvérsia repousa no entendimento impetrante de que o art. 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, não alberga a folha de salário como base de cálculo para sua incidência, o que não merece prosperar.

Conforme a redação do dispositivo retro mencionado, o legislador constituinte, ao permitir a cobrança de contribuição de intervenção no domínio econômico, foi cuidadoso ao estabelecer "possibilidades" e, ilustrativamente, descreve algumas bases de cálculo:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:

III - poderão ter alíquotas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

a) ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

Ora, não se trata, claramente, de elenco fechado, porque, se assim desejasse o legislador, utilizaria outra expressão, a fim de estabelecer *rol numerus clausus*, ao passo que o termo "poderão" não veda a consideração de outras bases, este o entendimento sufragado pelo C. TRF-3:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO AO SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, SALÁRIO-EDUCAÇÃO E AO FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DAS ENTIDADES PARAESTATAIS. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

...

2. Segundo entendimento jurisprudencial consolidado nos Tribunais Federais e nesta Corte é exigível a contribuição destinada ao SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA, FNDE e FGTS; inclusive após o advento da EC 33/2001. A nova redação do artigo 149, §2º, da CF/88 prevê, tão somente, alternativas de bases de cálculo para as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, sem o propósito de estabelecer proibição de que sejam adotadas outras bases de cálculo.

3. A nova redação constitucional leva à compreensão de que as bases de cálculo para as contribuições especificadas no inciso III no § 2º do artigo 149 da CF, incluído pela EC nº 33/01, são previstas apenas de forma exemplificativa e não tem o condão de retirar a validade da contribuição social ou de intervenção do domínio econômico incidente sobre a folha de pagamento.

4. Caso contrário, acolhido o raciocínio da apelante, a redação do art. 149, §2º, que faz clara referência às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, obstará inclusive a incidência de contribuições sociais à seguridade social sobre a folha do pagamento das empresas, inferência ofensiva à disposição constitucional expressa do art. 195, I, da CF/88.

5. Recurso de Apelação não provido."

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198347 0008473-95.2014.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2018)

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. LITISPENDÊNCIA. TRÍPLICE IDENTIDADE. OCORRÊNCIA. VALIDADE DA CDA. CONSTITUCIONALIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES AO SESI, SENAI, SESC, SENAC E SEBRAE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

...

8. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da constitucionalidade da cobrança das contribuições ao SESI, SENAI, SESC, SENAC e SEBRAE (AI 518.082 ED/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 17.05.2005; AI 622.981 AgRg/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 22.05.2007). O Superior Tribunal de Justiça entende que a contribuição ao SEBRAE configura intervenção no domínio econômico, sendo exigível independentemente do porte dos contribuintes que se sujeitam ao "Sistema S" (AgRg no Ag nº 600.795/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 05.12.2006).

..."

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1899927 0044333-47.2010.4.03.6182, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/11/2017)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS AO INCRA E SEBRAE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - CIDE. LEGITIMIDADE DAS EXIGÊNCIAS. BASE DE CÁLCULO. "FOLHA DE SALÁRIOS". POSSIBILIDADE. ART. 149, § 2º, III, DA CF É ROL MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

...

5. O cerne da tese trazida a juízo pela parte impetrante consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, §2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

6. No entanto, o que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a". Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo.

7. Desse modo, não vislumbro óbice à adoção da "folha de salários" como base de cálculo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

..."

(ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 329264 0001898-13.2010.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/09/2015)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE: CONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ARTIGO 8º DA LEI N. 8.029/90. EXIGIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

...

3. O cerne da tese trazida a juízo consiste na inconstitucionalidade de Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sejam atípicas ou não, adotarem como base de cálculo a "folha de salários", tendo em vista que o artigo 149, § 2º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, na redação atribuída pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 33/2001, teria estabelecido um rol taxativo de bases de cálculo ad valorem possíveis, no qual esta não estaria inclusa.

4. O que se depreende do texto constitucional é tão-somente a possibilidade de algumas bases de cálculos serem adotadas pelas Contribuições Sociais de Intervenção no Domínio Econômico, sem que haja qualquer restrição explícita à adoção de outras bases de cálculo não constantes na alínea "a".

5. A Constituição Federal adotou a expressão "poderão ter alíquotas", a qual contém, semanticamente, a ideia de "possibilidade", não de "necessidade/obrigatoriedade", tratando-se de rol meramente exemplificativo.

6. Apelação desprovida."

(Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2138011 0000993-84.2015.4.03.6115, JUIZ CONVOCADO LEONEL FERREIRA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/04/2016)

Em suma, ausente óbice na eleição da folha de salários como base de cálculo para incidência das contribuições ao SEBRAE, FNDE, INCRA, Sesi e SENAI.

Por conseguinte, em âmbito de prequestionamento, reafirmados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto, pelo provimento à remessa oficial e à apelação, na forma aqui estatuída.

É como voto.

COTRIM GUIMARÃES

Desembargador Federal

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. INCRA E SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o INCRA e SEBRAE.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005235-75.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA, GENZYME DO BRASILTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, GENZYME DO BRASILTDA., SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A
Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005235-75.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA, GENZYME DO BRASILTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, GENZYME DO BRASILTDA., SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A

Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por SANOFI-AVENTIS FARMACÊUTICA LTDA. e suas filiais, e GENZYME DO BRASIL LTDA. e suas filiais com fulcro nos artigos 1.021 e 1.070 do NCPC em face da decisão monocrática proferida (ID 107749035) que, nos termos do artigo 932, IV e V, do Código de Processo Civil, deu provimento às apelações das entidades terceiras e da União Federal e à remessa oficial e negou provimento à apelação da impetrante, denegando a segurança e julgando improcedente o pedido de obtenção de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse recolher a Contribuição ao salário educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC e SESI, bem como o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

Aduz a agravante a inconstitucionalidade da exigibilidade das contribuições destinadas a Terceiras Entidades (SEBRAE, INCRA, SENAI, SESC, SENAC e FNDE – salário educação), uma vez que possuem como base de cálculo a folha de salários, que, porém, não está prevista no rol do artigo 149, § 2º, da CF/1988, em desrespeito à legalidade e estrita legalidade em matéria tributária, previstas nos artigos 5º, inciso II e 150, inciso I, da CF/1988.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões (ID 126310613).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005235-75.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA, GENZYME DO BRASILTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

Advogados do(a) APELANTE: WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, GENZYME DO BRASILTDA., SANOFI-AVENTIS FARMACEUTICALTDA

Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A

Advogados do(a) APELADO: CRISTIANE IANAGUI MATSUMOTO GAGO - SP222832-A, WILLIAM ROBERTO CRESTANI - SP258602-A, LUCAS BARBOSA OLIVEIRA - SP389258-A, DIEGO FILIPE CASSEB - SP256646-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI E SESI. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.
3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI e SESI.
4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
5. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e pelo C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

"Trata-se de apelação e remessa necessária em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher a Contribuição ao salário educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI e SESI, bem como o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

O pedido liminar foi indeferido (ID 55520470) e a parte agravante interpôs agravo de instrumento.

O r. Juízo a quo julgou procedente o pedido, concedendo a segurança, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher a contribuição destinada ao INCRA e condenar as entidades à compensação dos valores cujos recolhimentos ocorreram nos últimos cinco anos. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

A parte impetrante interps embargos de declarao, os quais foram acolhidos para acrescentar ao dispositivo os trechos: para afastar a incidncia das contribuies destinadas ao INCRA, SENAI (e seu adicional), SESI, SESC, SENAC e SEBRAE e optando pela compensao, o quantum poder ser compensado com os demais tributos e contribuies administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, aps o trnsito em julgado desta sentena, conforme leciona o artigo 170-A do Cdigo Tributrio Nacional. A correo monetria e os juros devem obedecer ao disposto no Manual de Orientaes e Procedimentos para os Clculos na Justia Federal.

A sentena foi submetida remessa necessria.

Apelou a impetrante, requerendo o total provimento do pedido e a incluso das entidades terceiras como litiscorsortes passivos necessrios.

O Servio Social da Indstria – Sesi, o Servio Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai e a Unio apelaram. Pugnaram pelo reconhecimento de inadequao da via eleita, diante da inexistncia de certeza e liquidez. No mais, afirma a legalidade das contribuies.

Com contrarrazes, pugnando pela manuteno da r. sentena, subiram os autos a este E. Tribunal.

O MPF opinou pelo regular prosseguimento do feito.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Cdigo de Processo Civil de 2015.

Ressalto a importncia da utilizao do dispositivo em apreo para simplifcao e agilizao do julgamento dos recursos.

A deciso monocrtica do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Afastada a preliminar de inadequao da via eleita. Como bem lanado pelo r. Juizo a quo: O mandado de segurana constitui ao adequada para a declarao do direito a compensao tributria (enunciado 213 da Smula do STJ). Cumpra salientar que, em que pese a alegao da Impetrada, descabe falar em utilizao da via mandamental para obteno de efeitos patrimoniais pretrios ou como substitutiva de ao de cobranca, quando a pretenso da Impetrante objetiva a declarao de seu direito a compensao tributria, e no a restituio do indbito.

A matria versa sobre a incidncia de contribuies, cabendo Secretaria da Receita Federal do Brasil a fiscalizao, arrecadao cobrana e recolhimento dos tributos em questo. As entidades terceiras figuram somente como destinatrias dos recursos arrecadados, possuindo mero interesse econmico, mas no jurdico. Logo, correta a deciso que no reconheceu o litiscorsrio passivo necessrio.

Em relao a contribuio ao INCRA, discute-se sua exigibilidade em relao s empresas urbanas.

O Decreto-Lei n.º 1.110/70 criou o INCRA, que recebeu todos os direitos, competncia, atribuies e responsabilidades do IBRA (Instituto Brasileiro de Reforma Agrria), do INDA (Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrrio) e do Grupo Executivo da Reforma Agrria (GERA), os quais foram extintos. Recebeu, inclusive, a receita obtida atravs da arrecadao do adicional que antes era destinado aos dois primeiros rgos, de 0,2% incidente sobre a folha de salrios, para a manuteno do servio de assistncia ao trabalhador rural e para custear os encargos de colonizao e de reforma agrria.

O Decreto-Lei n.º 1.146/70 consolidou, em seu art. 3º, o adicional de 0,4%, conforme previsto na Lei n.º 2.613/55, destinando 50% (0,2%) ao FUNRURAL e 50% (0,2%) ao INCRA.

E a Lei Complementar n.º 11/71, em seu art. 15, II, elevou o adicional para 2,6%, sendo que 2,4% foram destinados ao FUNRURAL a ttulo de contribuio previdenciaria e o restante 0,2% ao INCRA. A base de clculo da contribuio permaneceu a mesma, bem como a sujeio passiva do tributo – todos os empregadores –, conforme dispunha a Lei n.º 2.613/55, que deu origem a contribuio em questo.

Ambas as contribuies foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, sendo que com a edio da Lei n.º 7.787/89 foi suprimida somente a contribuio ao FUNRURAL (art. 3º, § 1º). Tambm a Lei n.º 8.212/91, editada com o objetivo de regulamentar o Plano de Custeio da Seguridade Social, no dispes acerca da contribuio ao INCRA, no interferindo em sua arrecadao pelo INSS, que figura como mero rgoo arrecadador, sendo a receita destinada a autarquia agrria.

Permanece, portanto, vigente a contribuio ao INCRA, com base no Decreto-Lei n.º 1.146/70, tendo como sujeito passivo, desde a sua origem, todas as empresas em geral, entre as quais se incluem as empresas urbanas.

Ademais, no h que se fazer distino entre Previdncia Rural e Previdncia urbana, separando, inclusive, suas fontes de custeio. Como bem observou a Desembargadora Federal Ramza Tartuce: Nem poderia ser de outra forma, vez que a atividade apontada como rural no teria, pela situao precria do homem do campo, condies de suportar, sozinha, o custeio de sua previdncia. (TRF3, Quinta Turma, AC n.º 98.03.000214-7, j. 01/03/04).

E, tratando-se de contribuio social, deve obedincia ao art. 195 da Constituio Federal, que cuida do princpio da solidariedade ao determinar que a seguridade social ser financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos oramentos da Unio, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municpios.

Deixo anotado que o C. STJ j apreciou a questo da legitimidade da cobrana da contribuio ao INCRA, das empresas urbanas, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, nos seguintes termos:

TRIBUTRIO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONTRIBUIO AO FUNRURAL – LEGALIDADE – RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVERSA – ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seo desta Corte, em 22 de outubro de 2008, no julgamento do REsp 977.058/RS, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que **legitima a cobrana da contribuio destinada ao incra e ao FUNRURAL das empresas urbanas, por se caracterizar como CONTRIBUIO ESPECIAL DE INTERVENO NO DOMNIO ECONMICO, no tendo sido extinta pela Lei 7.787/89, tampouco pela Lei 8.213/9.**

2. Se a parte insiste em tese de mrito j solucionada em julgamento submetido a sistemtica do art. 543-C do CPC, o recurso **manifestamente infundado**. 3. Agravo regimental em ataque ao mrito de deciso proferida com base no art. 543-C do CPC no provido, com aplicao de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

(AGAResp 389894, 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 05/12/13, DJE 13/12/13 – Grifei).

Nesse sentido, j foi editada a Smula 516 do C. STJ (DJe 02/03/2015), do seguinte teor: A contribuio de interveno no domnio econmico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregados rurais e urbanos, no foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, no podendo ser compensada com a contribuio ao INSS.

No tocante ao salrio educao, o seguinte julgado:

Trata-se de recurso extraordinrio interposto em face de acrdio cuja ementa segue transcrita: “TRIBUTRIO. CONTRIBUIO AO SALRIO-EDUCAO. EXIGIBILIDADE. EC 33/2001. RECEPÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Em aes onde se discute acerca da exigibilidade da contribuio ao salrio educao, a Unio e o FNDE respondem pelo pedido declaratrio, mas apenas o FNDE responde pelo pedido de repetio de indbito. 2. A Emenda Constitucional n.º 33/2001 no impediu a incidncia de contribuies sobre a folha de salrios, continuando a ser devida a contribuio para o salrio educao” (documento eletrnico 10). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituio Federal, alegou-se, em suma, violao ao art. 149, § 2º, III, a, da Carta Magna. A pretenso recursal no merece acolhida. O acrdio est em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar o RE 660.933-RG, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, reconheceu a repercussio geral da matria atinente a cobranca da contribuio do salrio-educao e reafirmou a jurisprudncia da Corte no sentido de sua constitucionalidade, nos termos da Smula 732/STF. Por oportuno, transcrevo a ementa do mencionado julgado: “TRIBUTRIO. CONTRIBUIO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAO BSICA. SALRIO-EDUCAO. COBRANCA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES. Nos termos da Smula 732/STF e constitucional a cobrana da contribuio do salrio-educao, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituio Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobranca da excao, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 e compativel com as Constituies de 1969 e 1988. Precedentes. Repercuio geral da matria reconhecida e jurisprudncia reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinrio da Unio”. Desse modo, no merece xito a alegada inexigibilidade da contribuio social destinada ao salrio educao referente aos fatos geradores ocorridos aps a promulgao da Emenda Constitucional 33, tendo em vista que sua constitucionalidade e matria pacificada no Tribunal. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, RISTF)

(RE 1047254, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRNICO DJe-209 DIVULG 14/09/2017 PUBLIC 15/09/2017)

Por sua vez, a contribuio ao SEBRAE foi instituda como adicional sobre as contribuies ao SESC/SENAI e SESI/SENAI, nos termos do artigo 8º, § 3º, da Lei n.º 8.029/90, alterada pela Lei n.º 8.154/90, com vistas a execuo da poltica de apoio s micro e pequenas empresas, prevista nos artigos 170 e 179 da Constituio Federal.

Dessa forma, considerando sua natureza de contribuio social geral de natureza tributria, a contribuio ao SEBRAE fica sujeita disciplina respectiva quanto a sua instituio e cobranca, no subsistindo a tese de que seria necessria lei complementar para tal.

Assim, a instituio de contribuies sociais gerais, entre as quais se encontra aquela destinada ao SEBRAE no depende de lei complementar, sendo legitima sua instituio atravs da Lei n.º 8.029/90.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justia, transcrito a seguir:

TRIBUTRIO. CONTRIBUIO SOCIAL AUTNOMA. ADICIONAL AO SEBRAE. EMPRESA DE GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. As contribuições sociais, previstas no art. 240, da Constituição Federal, têm natureza de "contribuição social geral" e não contribuição especial de interesses de categorias profissionais (STF, RE n.º 138.284/CE) o que derrui o argumento de que somente estão obrigados ao pagamento de referidas exações os segmentos que recolhem os bônus dos serviços inerentes ao SEBRAE.

2. Deftui da ratio essendi da Constituição, na parte relativa ao incremento da ordem econômica e social, que esses serviços sociais devem ser mantidos "por toda a coletividade" e demandam, a fortiori, fonte de custeio.

3. Precedentes: RESP 608.101/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 24/08/2004, RESP 475.749/SC, 1ª Turma, desta Relatoria, DJ de 23/08/2004.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp nº 662911/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.12.2004, v.u., DJ de 28.2.2005)

Cumpra, ainda, assinalar que a contribuição ao SENAC foi instituída pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 8.621/46, objetivando custear os encargos do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial. O art. 1º do referido decreto-lei determina que o SENAC tem como encargo organizar e administrar, no território nacional, escolas de aprendizagem comercial, que devem manter, também, cursos de continuação ou práticos e de especialização para os empregados adultos do comércio, não sujeitos à aprendizagem.

O SESC tem buscado cumprir seus objetivos de trazer benefícios sócio-culturais, tais como, lazer, educação e cultura à comunidade em geral.

Além disso, os beneficiários de citadas contribuições são os empregados das empresas, sendo que, do mesmo modo, os empregados das empresas prestadoras de serviço também podem usufruir dos benefícios propiciadas pelo SESC, nas mesmas condições que os demais empregados do comércio.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 149 e 240, recepciona as contribuições ao SESC e ao SENAC, definindo os sujeitos passivos da obrigação tributária como sendo os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho) e cujos empregados são beneficiários dos serviços oferecidos.

Consultando a tabela a que se refere o art. 577 da CLT, verifico que esta abrange extenso rol de atividades econômicas, entre as quais os mais variados tipos de serviços, incluindo estabelecimentos comerciais.

A EC 33/2001 acrescentou o § 2º, III, a, ao artigo 149 da CF, prevendo que a contribuição de intervenção no domínio econômico pode ter alíquotas ad valorem baseadas no faturamento, na receita bruta ou no valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

No entanto, o preceito constitucional somente previu faculdades ao legislador e não proibições no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo.

Neste sentido, os seguintes julgados:

CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EXIGIBILIDADE. NÃO AFRONTA À EC 33/01. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 977058/RS, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, de relatoria do Ministro Luiz Fux, reiterou o entendimento de que a contribuição ao incra não foi extinta pelas Leis nºs 7.787/89 e 8.213/91, sendo exigível até os dias atuais das empresas urbanas e rurais, tendo em vista sua natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois tem por objetivo financiar as atividades de reforma agrária, sendo, portanto, distinta da contribuição para a seguridade social.

2. A contribuição ao INCRA não afronta a EC 33/01. Precedentes do TRF3.

3. Os fundamentos trazidos pelo agravante não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada.

4. Agravo desprovido.

(TRF3, Segunda Turma, AC 00042953020054036000, Juiz Convocado Valdeci dos Santos, e-DJF3 20/09/2012).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA E SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da contribuição destinada ao sebrae e ao incra; inclusive após o advento da EC 33/2001, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, que apenas previu faculdades ao legislador, e não a proibição de uso de outras bases de cálculo, além do faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro.

2. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, Terceira Turma, AMS 00127985520104036100, Des. Fed. Carlos Muta, e-DJF3 03/08/2012).

Quanto ao RE 603.624, o STF reconheceu a existência de repercussão geral, em decisão publicada em 23/11/2010, sobre o Tema 325 – "Subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001" e, em decisão publicada em 11/11/2011, no RE 630.898, o Tema 495 – "Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001", não tendo havido determinação de suspensão de processamento dos feitos pendentes.

Tendo em vista que referidos recursos não foram apreciados até o momento naquela Corte, permanece a obrigatoriedade de recolhimento.

Incabível a fixação de honorários recursais, na espécie, pois a ação que originou o presente recurso é mandado de segurança, sendo inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015 diante da disposição prevista no art. 25 da Lei 12.016/2009.

Prejudicado o apelo da impetrante.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil de 2015, **dou provimento às apelações das entidades terceiras e da União e à remessa oficial e nego provimento à apelação da impetrante.**

Conforme prolatado na r. decisão agravada, o § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

Destarte, a Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI e SESI.

Assim, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Desta forma, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI E SESI. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC, SENAI e SESI.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decurso, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5021941-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: CBAF COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: NELSON BRUNO DO REGO VALENCA - CE15783-A, DANIEL CIDRAO FROTA - CE19976-A, MARCIO RAFAEL GAZZINEO - CE23495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5021941-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: CBAF COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: NELSON BRUNO DO REGO VALENCA - CE15783-A, DANIEL CIDRAO FROTA - CE19976-A, MARCIO RAFAEL GAZZINEO - CE23495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 97907058) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **negou provimento à apelação**, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a repetição do indébito, via restituição ou compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, ou seja, a partir de 31/08/2013, com parcelas vencidas ou vincendas de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, com atualização pela taxa Selic, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Entende que o ICMS a ser excluído, se não for acolhido o argumento da suspensão do processo, é de que seja o do ICMS a recolher, e não do ICMS destacado na nota fiscal.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 123081438), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5021941-02.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: CBAF COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: NELSON BRUNO DO REGO VALENCA - CE15783-A, DANIEL CIDRAO FROTA - CE19976-A, MARCIO RAFAEL GAZZINEO - CE23495-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

5. *As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.*

6. *Agravo interno desprovido.*

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. *Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.*

2. *A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.*

3. *O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.*

4. *Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. *O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.*

2. *A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.*

3. *Agravo interno improvido.*

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- *Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.*

- *Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.*

- *Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.*

- *No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".*

- *Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.*

- *O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.*

- *Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.*

- *Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.*

- *As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.*

- *Negado provimento ao agravo interno.*

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP; Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP; Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP; Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e -DJF3 Judicial I DATA: 24/04/2020)

Comrelação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a integral do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 Agr, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e -DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. A note-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApRelNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (E.Dcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. *Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.*

3. *No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.*

4. *O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".*

5. *As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.*

6. *Agravo interno desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000121-77.2012.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TUBOS IPIRANGA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000121-77.2012.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TUBOS IPIRANGA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107448859) que, nos termos do art. 932, V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), para manter a sentença que concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a repetição do indébito, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Pretende seja reconhecido que o valor do ICMS a recolher (ou ICMS a pagar) é que deve ser excluído da base de cálculo da COFINS e do PIS, de modo a afastar o critério destacado na nota fiscal.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 124591663), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR, no sentido de que é inconstitucional a inclusão do ICMS destacado nas Notas Fiscais de venda de mercadorias nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000121-77.2012.4.03.6114
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TUBOS IPIRANGA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO PUGLIESE PINCELLI - SP172548-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.
2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.
3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002*, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repese-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei n° 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143*, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE N° 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE n° 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE n° 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000*, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE n° 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (E/DeI no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência n° 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999*, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o descerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avejar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002292-85.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: HIDRELETRICA PIPOCA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HIDRELETRICA PIPOCA S.A.
Advogado do(a) APELADO: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002292-85.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: HIDRELETRICA PIPOCA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HIDRELETRICA PIPOCA S.A.
Advogado do(a) APELADO: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 125055307) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, deu provimento para a apelação da autora, não conheço de parte da apelação da União Federal e, na parte conhecida, deu parcial provimento, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a sentença que julgou procedente o pedido, para reconhecer a inconstitucionalidade da inclusão do valor do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Alega que não se sabe como cumprir a decisão pela exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS (não se sabe qual o ICMS) e essa aplicação estimula a multiplicação do ajuizamento de ações judiciais sobre teses similares.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 133231420), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002292-85.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: HIDRELETRICA PIPOCA S.A., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HIDRELETRICA PIPOCA S.A.
Advogado do(a) APELADO: EDMUNDO EMERSON DE MEDEIROS - SP165616-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.
2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.
3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que estou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colegado Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decismum a ponto de demonstrar qualquer descerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial I DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHONSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (E.Dcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o descerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001134-14.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO FREDIANI DUARTE MESQUITA - SP259400-A, YARA SIQUEIRA FARIAS MENDES - SP229337-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001134-14.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO FREDIANI DUARTE MESQUITA - SP259400-A, YARA SIQUEIRA FARIAS MENDES - SP229337-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107340344) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação/restituição dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, comatualização pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107931398), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR e decidiu que o ICMS incidente na saída deve ser excluído na base de cálculo do PIS e da COFINS.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001134-14.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ADERE PRODUTOS AUTO ADESIVOS LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDUARDO FREDIANI DUARTE MESQUITA - SP259400-A, YARA SIQUEIRA FARIAS MENDES - SP229337-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistiu na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto à matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n.º 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE n.º 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o descerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johorsom Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019466-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GAWEZ COM IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CRISTIANNE GABRYSE ROCHA DE OLIVEIRA ISSIBACHI - SP370883-A, VIVIAN DA VEIGA CICCONE - SP169918-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019466-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GAWEZ COM IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CRISTIANNE GABRYSE ROCHA DE OLIVEIRA ISSIBACHI - SP370883-A, VIVIAN DA VEIGA CICCONE - SP169918-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHOR ADESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 108302093) que, nos termos do art. 932, V, do Código de Processo Civil de 2015, deu provimento à apelação da parte autora, para reconhecer a inexigibilidade do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como o direito à restituição e/ou compensação do indébito, com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, exceto com as contribuições sociais de natureza previdenciária, previstas nas alíneas a, b e c, do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212/90, observada a prescrição quinquenal.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Alega que no caso em apreço, não há que se falar em fixação de verba honorária nos percentuais mínimos indicados pelos incisos I e II do §3º do artigo 85 do CPC, diante da inexistência do seu valor e da falta de liquidez do julgado. Anota que in casu, ou se aplica o disposto no inciso III do § 4º do artigo 85 do NCP, sobre o valor atualizado da causa, ou o inciso II do § 4º do mesmo artigo, que estabelece o valor a ser apurado em futura liquidação.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 124608346), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5019466-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: GAWEZ COM IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA

Advogados do(a) APELANTE: CRISTIANNE GABRYSE ROCHA DE OLIVEIRA ISSIBACHI - SP370883-A, VIVIAN DA VEIGA CICCONE - SP169918-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

AS ENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assim entendido, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APUAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117*, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144*, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 1º, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110*, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113*, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n.º 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afastou, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE n.º 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100*, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Mantida a condenação da União Federal no pagamento dos honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos indicados pelos incisos I e II do § 3º, do art. 85 do CPC/2015.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007084-14.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007084-14.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravos internos interpostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) e por COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 100139217) que, nos termos do art. 932, V, do CPC/15, deu provimento à apelação da impetrante e deu parcial provimento à apelação da União Federal e à remessa oficial para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a sentença que concedeu em parte a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a compensação dos valores indevidamente recolhidos, com observância dos critérios e limites estabelecidos no art. 74 da Lei nº 9.430/96, com os valores devidamente atualizados pela Taxa Selic, após o trânsito em julgado.

Sustenta a União Federal (ID 1072549460), em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sustenta a impetrante (ID 123496149), em síntese, a inaplicabilidade da vedação à compensação no art. 26-A da Lei nº 11.457/07. Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Com contrarrazões (ID 108644092 e 124837814).

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007084-14.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, COMERCIAL GLORIA DO ORIENTE ELETRONICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BETTAMIO TESSER - SP208351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravos internos da União Federal e da impetrante desprovidos.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de serem providos os agravos.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA Tese.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117*, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144*, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer descerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110*, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113*, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE n.º 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE n.º 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100*, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a integral do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDECIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer; logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EJel no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

Por fim, a análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** aos agravos internos da União Federal e da impetrante.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVOS DESPROVIDOS.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravos internos da União Federal e da impetrante desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento aos agravos internos da União Federal e da impetrante, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009651-86.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

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

Advogado do(a) APELADO: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009651-86.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

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

Advogado do(a) APELADO: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 90433663) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação, deu provimento à apelação da parte autora e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, bem como reconheceu o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado. Entende que o ICMS a ser excluído, se não for acolhido o argumento da suspensão do processo, é de que seja o do ICMS a recolher, e não do ICMS destacado na nota fiscal.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 124218857), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR. Pretende a aplicação da multa prevista no §4º, do art. 1021, do CPC.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5009651-86.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA., UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Advogado do(a) APELANTE: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, CASA DO LOJISTA ATACADISTA DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.

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

Advogado do(a) APELADO: MARCELO SILVA MASSUKADO - SP186010-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atender ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Comrelação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED. Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDECIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria ser pronunciado, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repese-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer; logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

Por oportuno, não é o caso de aplicação da multa do § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil pretendida pela agravada, eis que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1198108/RJ), o agravo interposto contra decisão singular de tribunal não pode ser considerado manifestamente inadmissível ou infundado por ser necessário o exaurimento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos extraordinários.

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000406-88.2017.4.03.6120

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

APELADO: OXIARA COMERCIO SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP

Advogados do(a) APELADO: RENAN BORGES FERREIRA - SP330545-A, ROBERTO IJESNEIDER DE CASTRO - SP333532-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000406-88.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: OXIARA COMERCIO SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: RENAN BORGES FERREIRA - SP330545-A, ROBERTO IUDESNEIDER DE CASTRO - SP333532-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107353602) que, nos termos do art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, negou provimento à apelação, mantendo a r. sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, nos últimos 5 (cinco) anos que antecederam o ajuizamento da ação, com atualização pela Taxa Selic.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107911927), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000406-88.2017.4.03.6120
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: OXIARA COMERCIO SERVICOS E TRANSPORTES LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: RENAN BORGES FERREIRA - SP330545-A, ROBERTO IUDESNEIDER DE CASTRO - SP333532-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". O v. acórdão encontra-se assimimentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APUAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atender ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.
2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.
3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasta, em nome da duração razoável do processo.
4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.
5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.
6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.
7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.
8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.
9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do julgamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.
9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.
10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.
11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (E.Dcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AÇÃO ORDINÁRIA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a promuniamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a

Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002254-70.2017.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PATENA INDUSTRIA E COMERCIO DE RESINAS E FILMES PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA CONCEICAO DE OLIVEIRA - SP235916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002254-70.2017.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PATENA INDUSTRIA E COMERCIO DE RESINAS E FILMES PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA CONCEICAO DE OLIVEIRA - SP235916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 92130627) que, nos termos do art. 932, IV e V, do CPC/15, negou provimento à apelação da União Federal e deu parcial provimento à remessa oficial, para manter a r. sentença que concedeu a segurança para reconhecer que o valor do ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS e para determinar à autoridade impetrada que efetue a compensação, respeitada a prescrição quinquenal, da totalidade recolhida indevidamente, com a incidência da SELIC.

Sustenta a agravante, em síntese, a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ICMS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Aduz que o montante do ICMS integra o valor do preço da mercadoria vendida ou preço do serviço prestado.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Em contrarrazões (ID 107740641), a agravada sustenta, em síntese, que deve ser mantida integralmente a r. decisão monocrática, que não fez qualquer limitação em relação ao ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, ou seja, que corretamente aplicou o entendimento do STF fixado no RE 574.706/PR.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002254-70.2017.4.03.6000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: PATENA INDUSTRIA E COMERCIO DE RESINAS E FILMES PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA CONCEICAO DE OLIVEIRA - SP235916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORADESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APLICAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, trago à colação precedentes desta E. Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO – INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – INCONSTITUCIONALIDADE – APLICAÇÃO IMEDIATA DA Tese.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições sociais, no regime de repercussão geral: a pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese.

2. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. Agravo interno improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 0000927-30.2017.4.03.6117, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2020)

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000234-74.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 29/04/2020)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. RE 574.706. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Com relação à alegação de que o feito deve ser sobrestado até a publicação do acórdão, resultante do julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, cabe salientar o que restou consignado na decisão combatida de que a decisão proferida pelo STF no RE 574.706, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- Ademais, quanto à insurgência relativa à possibilidade de modulação dos efeitos do julgado, ressalta-se não ser possível, nesta fase processual, interromper o curso do feito apenas com base numa expectativa que até o momento não deu sinais de confirmação, dada a longevidade da ação e os efeitos impactantes que o paradigma ocasiona. A regra geral relativa aos recursos extraordinários, julgados com repercussão geral, é a de vinculação dos demais casos ao julgado, sendo que a inobservância da regra deve ser pautada em razões concretas.

- Quanto aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525 § 13, 926, 927 § 3º, 1.036, 1.039, 1.040 do CPC e 27 da Lei n.º 9.868/99, inexistente na decisão qualquer ofensa aos referidos dispositivos legais.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colegado Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Destaco a inexistência de ofensa aos arts. 141, 490 e 492 do CPC. Não há que se falar em ausência de pedido a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- O entendimento delineado é no sentido de que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

- Não se mostra cabível a aplicação da multa por litigância de má-fé, pois a decisão tem gerado inúmeras controvérsias, já que provocou a alteração de jurisprudência até então sedimentada.

- Descabida a condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decism a ponto de demonstrar qualquer desacerto.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000590-40.2018.4.03.6110, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 01/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. ILEGALIDADE. STF. RE 574.706/PR. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 069. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Ao apreciar o tema no âmbito do RE 574.706/PR-RG (Rel. Min. Cármen Lúcia), o E. STF firmou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS."

2. Acresça-se, por oportuno, que a pendência de análise de modulação dos efeitos, pelo eventual acolhimento dos aclaratórios opostos no referido RE 574.706/PR, não tem o condão de atrair o efeito suspensivo aqui perseguido, não merecendo, também nesse viés, prosperar o presente recurso oposto pela União Federal - nesse exato sentido, aliás, AC 2015.61.10.008586-0/SP, Relator Desembargador Federal ANDRÉ NABARRETE, decisão de 08/03/2018, D.E. 23/03/2018; EDcl na AMS 2007.61.12.007763-9/SP, Relator Desembargador Federal MARCELO SARAIVA, decisão de 26/03/2018, D.E. 05/04/2018, e AMS 2014.61.05.010541-3/SP, Relatora Desembargadora Federal MÔNICA NOBRE, Quarta Turma, j. 21/02/2018, D.E. 22/03/2018.

3. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000284-62.2018.4.03.6113, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 04/05/2020, Intimação via sistema DATA: 05/05/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. O cerne da presente controvérsia gravita em torno do reconhecimento do direito da empresa autora à exclusão dos valores correspondentes ao ICMS da base de cálculo das contribuições devidas ao PIS e a COFINS, bem como a compensação dos valores tidos como indevidamente recolhidos, nos últimos 05 (cinco) anos, com os acréscimos cabíveis.

2. Pedido de suspensão do feito rejeitado, uma vez que a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão em apreço por ocasião da apreciação dos embargos de declaração opostos pela União naquele feito (RE nº 574.706/PR) consubstancia evento futuro e incerto, que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

3. Uma vez que não há determinação expressa pelo STF, a suspensão da demanda é mera faculdade, a qual afasto, em nome da duração razoável do processo.

4. A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela jurisprudência desse E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

5. Em que pese a inexistência de trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, por maioria de votos, em consonância com o entendimento desta E. Terceira Turma.

6. Cumpre asseverar que o RE nº 240.785/RS encontra-se acobertado pelo manto da coisa julgada desde 23.02.2015.

7. O ICMS é um imposto indireto, cujo contribuinte de fato é o consumidor final. Assim, o sujeito passivo - quem realiza a operação de circulação de mercadorias - tem apenas o dever de recolher os valores atinentes ao ICMS e repassá-los ao seu efetivo sujeito ativo, o Estado-membro ou o Distrito Federal.

8. Resta evidente, portanto, que o ICMS não tem a natureza jurídica de receita ou faturamento e deve ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS.

9. Quanto à compensação dos valores recolhidos indevidamente, esta deverá ser realizada pela via administrativa, com a competente fiscalização da administração tributária, observada a prescrição quinquenal e segundo a lei vigente ao tempo do ajuizamento da demanda que ocorreu em 26/07/2018.

9. Quanto à correção monetária, é aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

10. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

11. Recurso de apelação da União.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5018463-83.2018.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/04/2020)

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Ressalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer descerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repese-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, *ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143*, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000*, Rel. Juiz Federal Convocado na Tularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. DUPLOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o artigo 1.022 do atual Código de Processo Civil, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, e, ainda, corrigir erro material.

2. O caráter infringente dos embargos, por sua vez, somente é admitido a título excepcional, quando da eliminação da contradição ou da omissão decorrer, logicamente, a modificação do julgamento embargado.

3. O C. Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento anterior e pacificou a questão definindo, com repercussão geral, no julgamento do RE 574.706, que o ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS, conforme acórdão publicado em 02/10/2017.

4. É sabido que, a despeito de não ter concluído o julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais, como, aliás, se denota do seguinte excerto daquele julgado.

5. É entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça que o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016 - Informativo de Jurisprudência nº 0585).

6. Duplos embargos de declaração rejeitados.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, *ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0003717-10.2019.4.03.9999*, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 16/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 22/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

3. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

4. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012425-51.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: CAIXA ECONOMICA FEDERAL
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO DE RESENDE PATINI - SP327178-A
AGRAVADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

1. **ID 136129204 e anexos:** ciência às partes, inclusive à Procuradoria Regional da República.

2. Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001364-65.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A, ANDERSON DE SOUZA MERLI - SP281737-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001364-65.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A, ANDERSON DE SOUZA MERLI - SP281737-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática (ID 107313038) que, nos termos do art. 932, V, do CPC/15, negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, para restringir a compensação em relação às contribuições previdenciárias (art. 26-A, Lei nº 11.457/07), mantendo a r. sentença que concedeu a segurança, reconhecendo indevida a inclusão de parcela relativa ao ICMS e ao ISS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS, autorizou a restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos, atualizados pela taxa Selic, observada a prescrição quinquenal, após o trânsito em julgado.

Sustenta a agravante, em síntese, que a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS já é objeto do RE 592.616, com repercussão geral reconhecida, razão pelo qual impõe-se a suspensão do presente feito até o final de seu julgamento. Alega a suspensão do presente feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR, considerando, inclusive, a oposição de embargos de declaração pela Fazenda Nacional e o acórdão deles resultante. Pugna pela manutenção da parcela do ISS na base de cálculo da COFINS e do PIS. Ressalta que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme quanto à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS, tendo em vista que seus valores integram conceito de faturamento.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001364-65.2018.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA, SOPHO BUSINESS COMMUNICATIONS - SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA
Advogados do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A, ANDERSON DE SOUZA MERLI - SP281737-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
Advogado do(a) APELADO: ANDRE APARECIDO MONTEIRO - SP318507-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do RE nº 592.616 (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.
3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.
4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.
5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.
8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.
9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
10. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do RE nº 592.616 (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.

Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.

Nesse sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS FEITOS PELO RELATOR DO PROCESSO-PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na sessão de julgamento de 07.06.2017, o Pleno desta Corte resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”. 2. Considerando que o Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 979.962 RG, por ora, não determinou o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria, não há que se falar em suspensão automática do prazo prescricional. 3. Agravo regimental desprovido.

(RE 1013001 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2019 PUBLIC 26-04-2019)

Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com efeito, a questão dos presentes autos não carece de maiores debates, visto que o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”. O v. acórdão encontra-se assim entendido, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em julgado aplicou o paradigma ao ISS, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. ISS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO RE 574.706-PR. TEMA 69 DA REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

3. A E. Segunda Seção desta Corte em recentes julgados aplicou o paradigma ao ISS. Precedentes.

4. Afirma-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamientos emanados em sede de repercussão geral.

5. A pendência de julgamento do RE nº 592.616 também não provoca a necessidade de sobrestamento do presente feito, dado que, consorte entendimento firmado pelo STJ, exige-se para tanto expressa determinação em vigor da Suprema Corte, devendo esta ser a interpretação a ser dada ao agora vigente art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisum, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, SEGUNDA SEÇÃO, EI - EMBARGOS INFRINGENTES - 1757049 - 0022119-80.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, julgado em 07/08/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/08/2018)

No mesmo sentido, precedentes desta E. Sexta Turma, in verbis:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - EXCLUSÃO DO ISSQN DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS - APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo de cálculo do PIS e da COFINS, no regime de repercussão geral: RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017.

2. A pendência de embargos de declaração, no Supremo Tribunal Federal, não impede a imediata aplicação da tese. A eventual limitação dos efeitos da decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser objeto de recurso próprio, se for o caso.

3. As razões de decidir da Corte Superior são aplicáveis ao questionamento do ISSQN, dada a semelhança entre as matérias.

4. É cabível a compensação tributária, após o trânsito em julgado (artigo 170-A, do Código Tributário Nacional), segundo os critérios legais vigentes à época da propositura da ação (REsp 1137738/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973).

5. Apelação e reexame necessário improvidos.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5010803-23.2018.4.03.6105, Rel. Desembargador Federal FABIO PRIETO DE SOUZA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020)

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. A NÃO INCIDÊNCIA DO ISS E DO ICMS NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS DECORRE DO QUANTO DECIDIDO PELO STF NO TEMA 69 (RE Nº 574.706/PR). AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

A ata de julgamento do RE 574.706/PR e sua ementa foram publicadas (20.03.17 e 02.10.17) e nestas constou claramente a própria tese assentada pela Suprema Corte ("o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS"), de modo que se tornou de conhecimento público o pensamento do STF na parte, a permitir a aplicação do tema aos demais casos em tramitação que versem sobre a mesma causa de pedir. Noutras palavras, o Poder Judiciário tem segurança para aplicar o quanto decidido pela Suprema Corte em sede vinculativa, que hoje está abrigada no TEMA 69.

O STJ vem aplicando sem titubeios o quanto decidido pelo STF no RE 574.706/PR (EDcl no AgRg no REsp 1276424/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018 - EDcl no AgRg no AREsp 400.024/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 16/05/2018 - REsp 1496603/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018 - REsp 1089297/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 17/04/2018), a demonstrar que não se deve ter receio de errar em continuar julgando, sem qualquer suspensão, os casos como o presente.

Destaco que no âmbito do STF sempre se entendeu pela possibilidade de aplicação de precedente firmado pelo Plenário para o julgamento imediato de causas que versassem sobre o mesmo tema, independentemente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (ARE 673256 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-209 DIVULG 21-10-2013 PUBLIC 22-10-2013 - ARE 930647 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-066 DIVULG 08-04-2016 PUBLIC 11-04-2016).

No que tange à oposição de embargos de declaração frente à decisão do STF, sua posterior apreciação não impede o imediato julgamento dos recursos pendentes, salvo se presente ordem nesse sentido pela Suprema Corte - art. 1035, § 5º, do CPC/15 e art. 328 do RISTF c/c art. 543-B do CPC/73. Na matéria, é de se ressaltar que a Suprema Corte já exprimiu o posicionamento de que o ICMS não integra o conceito de faturamento/receita para fins de tributação do STF quando do julgamento do RE 240.785-2/MG, não traduzindo inovação jurisprudencial a invocar eventual modulação.

O entendimento firmado pelo STF de exclusão do ICMS escriturado aplica-se tanto ao regime cumulativo quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS. A alteração promovida pela Lei 12.973/14, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1598/77 para a receita bruta, em nada altera a conclusão alcançada pela Suprema Corte, calcada no próprio conceito constitucional de receita/faturamento. Nesse sentido: AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - SEXTA TURMA/DES. FED. JOHNSOMDI SALVO/D.E. 14.03.17.

Quanto à indagação sobre qual ICMS será excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente, como disciplinado pela Receita Federal na Solução de Consulta COSIT 13/18.

É elucidativa a conclusão alcançada pela Minª. Relatora Cármen Lúcia ao dispor que o regime não cumulativo do ICMS, com a escrituração e apuração do imposto a pagar e a dedução dos valores já cobrados em operações anteriores, não afeta o fato de que a sua integralidade não compõe a receita/faturamento empresarial, permitindo ao contribuinte que exclua todo o ICMS faturado na operação, e não apenas os valores resultantes da dedução.

De igual modo é pacífica a jurisprudência desta Corte Regional no sentido de que o quanto decidido como Tema 69 se aplica ao ISS, porque a lide é rigorosamente a mesma: gira em torno da possibilidade ou não de a base de cálculo de tributo representada sobre a receita e o faturamento, ser composta também por numerário que não integrará o patrimônio do contribuinte: "in caso", o ISSQN será repassado ao município.

É certo que “o STF reconheceu a existência de repercussão geral na questão atinente à inclusão do ISS na base de cálculo do PIS e da Cofins em 10/10/2008 (tema nº 118; leading case: RE nº 592.616), porém ainda não analisou o mérito da controvérsia. Por outro lado, não houve qualquer vedação oriunda daquela Corte Superior no que concerne à sua apreciação pelos demais órgãos judiciários do País” (3ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO - 5017089-32.2018.4.03.6120, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 19/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/01/2020).

A partir dos argumentos jurídicos expostos no paradigma, deve-se excluir da base de cálculo do PIS/COFINS todo o ICMS apurado pela impetrante na qualidade de contribuinte, bem como o ISSQN devido pelos contribuintes ao município.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5002983-68.2019.4.03.6120, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

De outra parte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. ICMS. EXCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Não há que se falar em suspensão do presente feito em razão do reconhecimento da repercussão geral nos autos do RE nº 592.616 (Tema 118), visto que não houve determinação expressa nesse sentido, conforme exige o art. 1.035, § 5º, do CPC/2015.
3. Com efeito, o Pleno do C. Supremo Tribunal Federal resolvendo questão de ordem no RE 966.177 –RS, assentou no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do Relator do Recurso Extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”.
4. Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.
5. Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.
6. No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.
7. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”.
8. Seguindo essa orientação, a E. Segunda Seção desta Corte em recente julgado aplicou o paradigma ao ISS.
9. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
10. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johonsom Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028474-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: ARCO IRIS COMERCIO DE TINTAS DE VALINHOS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A, MARCELA CONDE LIMA - MG143861-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028474-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: ARCO IRIS COMERCIO DE TINTAS DE VALINHOS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A, MARCELA CONDE LIMA - SP397308-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto por ARCO IRIS COMÉRCIO DE TINTAS DE VALINHOS LTDA - EPP, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática, que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo r. decisão que rejeitou a nomeação à penhora de debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce, código BRVALEDBS028, CVRD A6.

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, ser devida a aceitação do bem ofertado à penhora, em vista do princípio da menor onerosidade da execução. Afirma que as debêntures têm cotação em bolsa e ocupam a segunda posição na ordem de preferência, conforme artigo 11 da Lei 6.830/80.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma (ID 123349755).

Contrarrazões (ID 124572427).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5028474-07.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: ARCO IRIS COMERCIO DE TINTAS DE VALINHOS LTDA - EPP
Advogados do(a) AGRAVANTE: YASMIN CONDE ARRIGHI - RJ211726-A, MARCELA CONDE LIMA - SP397308-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA. DEBÊNTURES DA VALE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do REsp n. 1.337.790, em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC/1973, que a executada não tem direito subjetivo à aceitação de bem nomeado à penhora.
3. Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.
4. No caso destes autos, a recusa do bem ofertado foi devidamente justificada, eis que a garantia oferecida não é hábil a proporcionar a plena satisfação do crédito tributário, por sua própria natureza, não estando obrigados o juiz e a exequente a aceitar a penhora incidente sobre direitos de difícil alienação, sendo questionáveis sua exigibilidade e valor atribuído.
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A decisão monocrática negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo r. decisão que rejeitou a nomeação à penhora de debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce, código BRVALEDBS028, CVRD A6, conforme os seguintes fundamentos:

"Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que, em sede de execução fiscal, rejeitou a nomeação à penhora de debêntures emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce, código BRVALEDBS028, CVRD A6 (ID 22802454 dos autos originários).

Pretende a agravante a reforma da r. decisão agravada, alegando, em síntese, que indicou como garantia da Execução Fiscal debêntures da Companhia Vale do Rio Doce, demonstrando sua titularidade, bem como sua avaliação através do Laudo de Avaliação do Valor Patrimonial de Debêntures, cotação média da ação preferencial PNA da CVRD fornecida pela Bolsa de Valores de São Paulo; que as debêntures se revestem de liquidez, e tal fato, inclusive, já foi matéria de discussão no Egrégio Superior Tribunal de Justiça; que as debêntures, por possuírem cotação em bolsa de valores e liquidez imediata, podem ser aceitas como garantia da execução fiscal.

Requer seja dado provimento ao recurso, "com a consequente reforma da r. decisão de fls., para que sejam aceitos os bens oferecidos pela Empresa, quais sejam os títulos de debêntures oferecidos, substituindo-as pela penhora realizada, nos termos do art. 805 do Novo Código de Processo Civil" (ID Num. 103210899 - Pág. 18)

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e inciso IV do Código de Processo Civil/2015.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado, visto que visa desafogar as pautas de julgamento.

É certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC/2015, art. 805), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC/2015 art. 797).

A agravante indicou à penhora um lote de 543 debêntures participativas, emitidas pela Companhia Vale do Rio Doce (código BRVALEDBS028, CVRD A6).

Como é cediço, a garantia oferecida não é hábil a proporcionar a plena satisfação do crédito tributário, por sua própria natureza, não estando obrigados o juiz e a exequente a aceitar a penhora incidente sobre direitos de difícil alienação, sendo questionáveis sua exigibilidade e valor atribuído. Ademais, referidas debêntures não têm cotação em Bolsa, como exige o art. 11, II, da Lei nº 6.830/80.

De outra parte, em consulta ao "Relatório Anual do Agente Fiduciário – Exercício 2016", da GDC Partners Serviços Fiduciários DTVMLtda., o valor unitário da debênture CVRD A6 era de R\$ 0,046532 em 30/12/2016 (<https://economia.estadao.com.br/fatos-relevantes/pdf/23911048.pdf>).

A respeito do tema, colho os seguintes precedentes jurisprudenciais:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA PELA FAZENDA PÚBLICA. ART. 620 DO CPC. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. POSSIBILIDADE. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é legítima a recusa da Fazenda Pública à oferta de debêntures da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD como garantia da execução fiscal.

2. A aplicação do princípio da menor onerosidade em vista da recusa do bem oferecido exige a revisão da situação fática, o que é incabível no âmbito do Recurso Especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 e art.

255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 907.319/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUNÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA DE DEBÊNTURES DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE. RECUSA PELA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é legítima a recusa da Fazenda Pública à oferta de debêntures da Companhia Vale do Rio Doce - CVRD como garantia da execução fiscal.

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

IV - A agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

V - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 848.279/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 13/05/2016)

AGRAVO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS A PENHORA INDEFERIDA. DEBÊNTURES DA VALE DO RIO DOCE. DIFÍCIL ALIENAÇÃO E BAIXA EXPRESSÃO ECONÔMICA. 1. O art. 620 do Código de Processo Civil consagra o princípio de que a execução deve ser procedida do modo menos gravoso para o devedor. De outra parte, o art. 612 do mesmo diploma dispõe expressamente que a execução realiza-se no interesse do credor. Assim, os preceitos acima mencionados revelam valores que devem ser sopesados pelo julgador, a fim de se alcançar a finalidade do processo de execução, ou seja, a satisfação do crédito, com o mínimo sacrifício do devedor. 2. As debêntures participativas da Companhia Vale do Rio Doce ofertadas à penhora não se prestam à garantia do débito fiscal, eis que são de difícil alienação e carecem de certeza e liquidez, além de possuírem expressão econômica ínfima e serem negociadas em mercado secundário. 3. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as debêntures emitidas pela Cia. Vale do Rio Doce podem ser oferecidas em garantia, porém é lícito ao devedor recusá-las, pois estas se revelam de difícil alienação e baixa expressão econômica, além de não obedecerem à ordem legal estabelecida no art. 11, da Lei das Execuções Fiscais. 4. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática. 5. Agravo legal improvido. (AI 00266131320154030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/07/2016)

Ademais, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC, que a executada não tem direito subjetivo à aceitação de bem nomeado à penhora, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

Em face do exposto, com supedâneo no art. 932, inciso IV, "b", do Código de Processo Civil/2015, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

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

Intime-se."

Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.

Dessa forma, não está a Fazenda Pública exequente obrigada a aceitar os bens nomeados à penhora pelo devedor.

No caso destes autos, a recusa do bem ofertado foi devidamente justificada, eis que a garantia oferecida não é hábil a proporcionar a plena satisfação do crédito tributário, por sua própria natureza, não estando obrigados o juiz e a exequente a aceitar a penhora incidente sobre direitos de difícil alienação, sendo questionáveis sua exigibilidade e valor atribuído.

Destarte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. RECUSA. DEBÊNTURES DA VALE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do REsp n. 1.337.790, em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC/1973, que a executada não tem direito subjetivo à aceitação de bem nomeado à penhora.
3. Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.
4. No caso destes autos, a recusa do bem ofertado foi devidamente justificada, eis que a garantia oferecida não é hábil a proporcionar a plena satisfação do crédito tributário, por sua própria natureza, não estando obrigados o juiz e a exequente a aceitar a penhora incidente sobre direitos de difícil alienação, sendo questionáveis sua exigibilidade e valor atribuído.
5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033464-64.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: TAM TRANSPORTES AEREOS REGIONAIS SA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033464-64.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: TAM TRANSPORTES AEREOS REGIONAIS SA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto por TAM LINHAS AÉREAS S/A, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática, que deu provimento à apelação interposta pela ora agravante, para condenar a União Federal ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), nos termos do art. 85, do CPC.

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, que a verba honorária em face da União Federal deve ser arbitrada em conformidade com o disposto no §3º, do art. 85, do CPC, eis que a sentença e a decisão monocrática foram proferidos sob a égide do novo diploma processual. Afirma que a causa não se reveste de menor complexidade, tendo demandado dos causídicos ostensivo trabalho, razão pela qual o valor da verba arbitrado se apresenta irrisório.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma, para que os honorários sejam arbitrados com fulcro no art. 85, §3º, do CPC (ID 111980329, pág. 11/17).

Contraminuta (ID 111980329, pág. 19/20).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0033464-64.2006.4.03.6182
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: TAM TRANSPORTES AEREOS REGIONAIS SA
Advogado do(a) APELANTE: RODRIGO OLIVEIRA SILVA - SP287687-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDANACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO PROVIDA. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA. CAUSALIDADE. HONORÁRIOS EM FACE DA EXEQUENTE. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ART. 85, §8º, DO CPC. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, nas causas em que o proveito econômico for extremamente alto e houver condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários, deve ser feita interpretação conjunta dos §§3º e 8º, do art. 85, do CPC, a fim de evitar enriquecimento sem causa e violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3. In casu, em vista do elevado valor da execução (R\$ 2.049.716,90) e da baixa complexidade da causa, a fixação dos honorários no patamar previsto nos incisos do §3º, do art. 85, CPC, como requerido pela agravante, se mostra excessivo e desproporcional, devendo ser mantido o valor fixado pela r. decisão monocrática em R\$ 20.000,00, por aplicação do § 8º, do artigo 85, do CPC.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A decisão monocrática encontra-se assim fundamentada:

“Trata-se de apelação em Execução Fiscal promovida pela União Federal (Fazenda Nacional) com o objetivo de satisfazer crédito apurado consoante a Certidão da Dívida Ativa.

A executada apresentou exceção de pré-executividade, alegando que os valores cobrados estão com a exigibilidade suspensa tendo em vista a interposição de recurso de agravo perante a Câmara Superior de Recursos Fiscais, devendo a execução fiscal ser extinta, cancelando-se a CDA por ausência de liquidez e certeza.

Diante disso, o r. Juízo a quo suspendeu a exigibilidade da inscrição, nos termos do art. 151, III, do CTN, até a conclusão do Procedimento Administrativo (fl. 104), decisão em face da qual foi interposto agravo de instrumento, posteriormente julgado prejudicado por perda superveniente do interesse processual.

A União Federal peticionou para informar que a SRF já havia analisado o processo administrativo, concluindo pela manutenção da dívida.

Efetuada o depósito do montante integral, a executada informou a interposição de embargos à execução fiscal.

Às fls. 179/184, foi juntada a sentença proferida nos embargos, julgando o pedido improcedente.

Às fls. 192/194, a exequente requereu a extinção do feito executivo, nos termos do art. 26 da Lei n.º 6.830/80, em virtude do cancelamento administrativo da respectiva inscrição em dívida ativa.

O r. juízo a quo julgou extinta a execução fiscal sem resolução do mérito (art. 26 da Lei n.º 6.830/80), sem condenação da exequente na verba honorária, à luz do princípio da causalidade, uma vez que a execução foi ajuizada em razão de erro de preenchimento nas guias de recolhimento do tributo.

Apelou a executada, pleiteando a condenação da exequente ao pagamento da verba honorária, sob o fundamento de não estar comprovado que a cobrança em duplicidade deu-se em razão de erro a ela imputável. Aduz que a presente execução se originou de entendimento equivocado do Fisco de que o direito de crédito da apelante, utilizado para compensação dos débitos inscritos em dívida ativa, havia decaído. Observa que, em embargos à execução fiscal, mediante acórdão, foi reconhecido o direito de compensação com base em novo prazo, determinando nova análise da compensação, levando-se em conta o prazo decenal e a semestralidade da base de cálculo do PIS.

Com contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015.

*Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para **simplificação e agilização do julgamento dos recursos.***

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Assiste razão à apelante.

Dispõe o art. 26 da Lei n.º 6.830/80:

Art. 26. Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

No entanto, a determinação legal quanto à inexistência de ônus para as partes no caso de cancelamento da inscrição, não significa desconsiderar os gastos que a executada teve em razão de uma cobrança indevida.

Assim sendo, a par do disposto no art. 26 da Lei n.º 6.830/80, a questão relativa à fixação da verba honorária nas execuções fiscais extintas ante o cancelamento dos débitos inscritos na dívida ativa resolve-se à luz do que preconiza o princípio da causalidade.

Nesse sentido, confira-se o entendimento esposado pela 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça em hipótese semelhante, no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC/1973, atual art. 1.036 do CPC/2015) n.º 1.111.002/SP:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO. CANCELAMENTO DO DÉBITO PELA EXEQUENTE. ERRO DO CONTRIBUINTE NO PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO DE DÉBITOS E CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS - DCTF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE DA VERIFICAÇÃO DA DATA DE APRESENTAÇÃO DA DECLARAÇÃO RETIFICADORA, SE HOUVER, EM COTEJO COM A DATA DO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que vem dotado de fundamentação suficiente para sustentar o decidido.

2. Em sede de execução fiscal é impertinente a invocação do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97, tendo em vista que o Plenário do STF, em sessão de 29.09.2004, julgando o RE 420.816/PR (DJ 06.10.2004) declarou incidentalmente a constitucionalidade da MP n. 2180-35, de 24.08.2001 restringindo-lhe, porém, a aplicação à hipótese de execução, por quantia certa, contra a Fazenda Pública (CPC, art. 730).

3. É jurisprudência pacífica no STJ aquela que, em casos de extinção de execução fiscal em virtude de cancelamento de débito pela exequente, define a necessidade de se perquirir quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios. Precedentes: AgRg no REsp. N.º 969.358 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 6.11.2008; EDcl no AgRg no AG N.º 1.112.581 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.7.2009; REsp N.º 991.458 - SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2.4.2009; REsp. N.º 626.084 - SC, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007; AgRg no REsp 818.522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.8.2006; AgRg no REsp 635.971/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 16.11.2004.

4. Tendo havido erro do contribuinte no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, é imprescindível verificar a data da apresentação do documento retificador; se houver, em cotejo com a data do ajuizamento da execução fiscal a fim de, em razão do princípio da causalidade, se houver citação, condenar a parte culpada ao pagamento dos honorários advocatícios.

5. O contribuinte que erra no preenchimento da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF deve ser responsabilizado pelo pagamento dos honorários advocatícios, por outro lado, o contribuinte que a tempo de evitar a execução fiscal protocola documento retificador não pode ser penalizado com o pagamento de honorários em execução fiscal pela demora da administração em analisar seu pedido.

6. Hipótese em que o contribuinte protocolou documento retificador antes do ajuizamento da execução fiscal e foi citado para resposta com a consequente subsistência da condenação da Fazenda Nacional em honorários.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da

Resolução STJ 08/2008.

No presente caso, o contribuinte ingressou nos autos com exceção de pré-executividade. Posteriormente, em embargos à execução fiscal, teve reconhecido seu direito à nova análise da compensação efetuada, decisão proferida em outubro/2015, com trânsito em julgado em fevereiro/2016.

Após, com base no apurado em seus próprios cadastros, a Fazenda Nacional requereu a extinção do feito com fulcro no art. 26 da LEF. Observa-se que o cancelamento ocorreu após a decisão proferida nos embargos à execução fiscal.

Os fatos demonstram cobrança totalmente indevida, que resultaram prejuízos para a executada, tanto morais, por se ver sujeita à execução fiscal, quanto materiais, já que teve que despende com a contratação de patrono para regularizar sua situação perante o Poder Judiciário.

Portanto, de rigor a condenação da exequente na verba honorária, em virtude do princípio da causalidade, como se depreende dos seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO (ART. 545, CPC) - EXECUÇÃO FISCAL - DESISTÊNCIA - NÃO INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - LEI 6.830/80 (ART. 26) - SÚMULAS Nºs 83 E 153/STJ.

1. Decorrente da execução fiscal, mesmo sem os embargos, contratando advogado, que atirou para obter a extinção do processo, são devidos honorários advocatícios.

2. Precedentes específicos, inclusive EDREsp nº 80.257/SP (Primeira Seção - Relator Ministro Adhemar Maciel).

3. Agravo sem provimento.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no AG n.º 1998/0057292-9, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 23.02.1999, DJU 24.05.1999)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE PELA SUCUMBÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 26 DA LEF.

1- Com a propositura da execução, o executado despendeu tempo e pagou despesas processuais em decorrência de uma ação proposta infundadamente, não se lhe podendo creditar a culpa pela falha da administração.

2- Honorários advocatícios devidos pela exequente.

3- Apelação parcialmente provida.

(TRF3, 3ª Turma, AC n.º 2000.03.99.004731-1, Rel. Juiz Manoel Álvares, j. 28.06.2000, DJU 23.08.2000, p. 494)

Tendo em vista o princípio da proporcionalidade e em virtude da baixa complexidade da causa, que deve ser levada em conta na fixação da verba honorária, conforme já decidido no C. STJ (AgInt no AREsp 987.886/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, j. 22/08/2017, DJe 28/08/2017) condeno a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 20.000,00 (art. 85, do CPC/2015).

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 932, V, do CPC/2015, **dou provimento à apelação.**

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, baixem os autos à Vara de origem.

Intimem-se."

Devem ser mantidos os fundamentos da r. decisão agravada.

Com efeito, o C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, nas causas em que o proveito econômico for extremamente alto e houver condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários, deve ser feita interpretação conjunta dos §§3º e 8º, do art. 85, do CPC, a fim de evitar enriquecimento sem causa e violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DO ART. 85, §§ 3º E 8º DO CPC/2015, DESTINADA A EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DESPROPORCIONAL. POSSIBILIDADE.

1. No regime do CPC/1973, o arbitramento da verba honorária devida pelos entes públicos era feito sempre pelo critério da equidade, tendo sido consolidado o entendimento jurisprudencial de que o órgão julgador não estava adstrito ao piso de 10% estabelecido no art. 20, § 3º, do CPC/1973.

2. A leitura do caput e parágrafos do art. 85 do CPC/2015 revela que, atualmente, nas causas envolvendo a Fazenda Pública, o órgão julgador arbitrará a verba honorária atento às seguintes circunstâncias: a) liquidez ou não da sentença: na primeira hipótese, passará o juízo a fixar, imediatamente, os honorários conforme os critérios do art. 85, § 3º, do CPC/2015; caso ilíquida, a definição do percentual a ser aplicado somente ocorrerá após a liquidação de sentença; b) a base de cálculo dos honorários é o valor da condenação ou o proveito econômico obtido pela parte vencedora; em caráter residual, isto é, quando inexistente condenação ou não for possível identificar o proveito econômico, a base de cálculo corresponderá ao valor atualizado da causa; c) segundo disposição expressa no § 6º, os limites e critérios do § 3º serão observados independentemente do conteúdo da decisão judicial (podem ser aplicados até nos casos de sentença sem resolução de mérito ou de improcedência); e d) o juízo puramente equitativo para arbitramento da verba honorária - ou seja, desvinculado dos critérios acima - , teria ficado reservado para situações de caráter excepcionalíssimo, quando "inestimável" ou "irrisório" o proveito econômico, ou quando o valor da causa se revelar "muito baixo".

3. No caso concreto, a sucumbência do ente público foi gerada pelo acolhimento da singela Exceção de Pré-Executividade, na qual apenas se informou que o débito foi pago na época adequada.

4. O Tribunal de origem fixou honorários advocatícios abaixo do valor mínimo estabelecido no art. 85, § 3º, do CPC, almejado pela recorrente, porque "o legislador pretendu que a apreciação equitativa do Magistrado (§ 8º do art. 85) ocorresse em hipóteses tanto de proveito econômico extremamente alto ou baixo, ou inestimável" e porque "entendimento diverso implicaria ofensa aos princípios da vedação do enriquecimento sem causa, razoabilidade e proporcionalidade" (fls. 108-109, e-STJ).

5. A regra do art. 85, § 3º, do atual CPC - como qualquer norma, reconheça-se - não comporta interpretação exclusivamente pelo método literal. Por mais claro que possa parecer seu conteúdo, é juridicamente vedada técnica hermenêutica que posicione a norma inserida em dispositivo legal em situação de desarmonia com a integridade do ordenamento jurídico.

6. Assim, o referido dispositivo legal (art. 85, § 8º, do CPC/2015) deve ser interpretado de acordo com a reiterada jurisprudência do STJ, que havia consolidado o entendimento de que o juízo equitativo é aplicável tanto na hipótese em que a verba honorária se revela ínfima como excessiva, à luz dos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC/1973 (atual art. 85, § 2º, do CPC/2015).

7. Conforme bem apreendido no acórdão hostilizado, justifica-se a incidência do juízo equitativo tanto na hipótese do valor inestimável ou irrisório, de um lado, como no caso da quantia exorbitante, de outro. Isso porque, observa-se, o princípio da boa-fé processual deve ser adotado não somente como vetor na aplicação das normas processuais, pela autoridade judicial, como também no próprio processo de criação das leis processuais, pelo legislador, evitando-se, assim, que este último utilize o poder de criar normas com a finalidade, deliberada ou não, de superar a orientação jurisprudencial que se consolidou a respeito de determinado tema.

8. A linha de raciocínio acima, diga-se de passagem, é a única que confere efetividade aos princípios constitucionais da independência dos poderes e da isonomia entre as partes - com efeito, é totalmente absurdo conceber que somente a parte exequente tenha de suportar a majoração dos honorários, quando a base de cálculo dessa verba se revelar ínfima, não existindo, em contrapartida, semelhante raciocínio na hipótese em que a verba honorária se mostrar excessiva ou viabilizar enriquecimento injustificável à luz da complexidade e relevância da matéria controvertida, bem como do trabalho realizado pelo advogado.

9. A prevalecer o indevido entendimento de que, no regime do novo CPC, o juízo equitativo somente pode ser utilizado contra uma das partes, ou seja, para majorar honorários irrisórios, o próprio termo "equitativo" será em si mesmo contraditório.

10. Recurso Especial não provido.

(REsp 1789913/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)

No mesmo sentido, segue julgado desta C. Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DA DECISÃO UNIPessoAL, AINDA QUE NÃO SE AMOLDE ESPECIFICAMENTE AO QUANTO ABRIGADO NO NCPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DAS EFICIÊNCIA (ART. 37, CF), ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO (ART. 5º, LXXVIII, CF - ART. 4º NCPC). ACESSO DA PARTE À VIA RECURSAL (AGRAVO). APRECIACÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Eficiência e utilitarismo podem nortear interpretações de normas legais de modo a que se atinja, com rapidez sem excessos, o fim almejado pelas normas e desejado pela sociedade a justificar a ampliação interpretativa das regras do NCPC que permitem as decisões unipessoais em sede recursal, para além do que a letra fria do estatuto processual previu, dizendo menos do que deveria. A possibilidade de maior amplitude do julgamento monocrático - controlado por meio do agravo - está consorte os princípios que se espraiam sobre todo o cenário processual, tais como o da eficiência (art. 37, CF; art. 8º do NCPC) e da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF; art. 4º do NCPC).

2. O ponto crucial da questão consiste em, à vista de decisão monocrática, assegurar à parte acesso ao colegiado. O pleno cabimento de agravo interno - *AQUI UTILIZADO PELA PARTE* - contra o *decisum*, o que afasta qualquer alegação de violação ao princípio da colegialidade e de cerceamento de defesa; ainda que haja impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o julgamento colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.

3. Os honorários advocatícios devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015: "*Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do parágrafo 2º, mesmo que isso seja feito para o fim de reduzir os honorários, levando-se em conta que o empobrecimento sem justa causa do adverso que é vencido na demanda significa uma penalidade, e é certo que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, vale dizer, sem justa causa. Nesse âmbito, a fixação exagerada de verba honorária - se comparada com o montante do trabalho prestado pelo advogado - é enriquecimento sem justa causa, proscrito pelo nosso Direito e pela própria Constituição polifacética, a qual prestigia os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.*

4. O §8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado.

5. Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa.

6. Destarte, considerando a pouca complexidade da causa, que não exigiu esforços profissionais extraordinários em uma demanda - de curta duração temporal - que não apresentou relevância para além dos interesses intersubjetivos, deve ser mantida a verba honorária nos termos em que fixada na r. sentença.

7. Agravo interno não provido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002161-31.2018.4.03.6115, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 20/03/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/03/2020)

Assim, em vista do elevado valor da execução (R\$ 2.049.716,90) e da baixa complexidade da causa, a fixação dos honorários no patamar previsto nos incisos do §3º, do art. 85, CPC se mostra excessivo e desproporcional, devendo ser mantido o valor fixado pela r. decisão monocrática, por aplicação do § 8º, do artigo 85, do CPC.

Destarte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO PROVIDA. EXECUÇÃO FISCAL. CANCELAMENTO DA CDA. CAUSALIDADE. HONORÁRIOS EM FACE DA EXEQUENTE. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ART. 85, §8º, DO CPC. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, nas causas em que o proveito econômico for extremamente alto e houver condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários, deve ser feita interpretação conjunta dos §§3º e 8º, do art. 85, do CPC, a fim de evitar enriquecimento sem causa e violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3. In casu, em vista do elevado valor da execução (R\$ 2.049.716,90) e da baixa complexidade da causa, a fixação dos honorários no patamar previsto nos incisos do §3º, do art. 85, CPC, como requerido pela agravante, se mostra excessivo e desproporcional, devendo ser mantido o valor fixado pela r. decisão monocrática em R\$ 20.000,00, por aplicação do § 8º, do artigo 85, do CPC.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027192-31.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: SOMPO SAUDE SEGUROS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO LUIS DE PAULA - SP130851-A, MAURO JOSE CAVALHEIRO JUNIOR - SP351252-A

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027192-31.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

AGRAVANTE: SOMPO SAUDE SEGUROS S.A.

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO LUIS DE PAULA - SP130851-A, MAURO JOSE CAVALHEIRO JUNIOR - SP351252-A

AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por SOMPO SAÚDE SEGUROS S/A. em face da decisão monocrática proferida (ID 104606460) que, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil, não conheceu do agravo de instrumento interposto contra decisão assim proferida: "*Intime-se a parte executada para que, no prazo de 10 (dez) dias, providencie a regularização do seguro garantia apresentado nos autos, nos termos pretendidos pela parte exequente.*", entendendo se tratar de recurso manifestamente inadmissível.

Aduz a agravante que a decisão recorrida possui conteúdo decisório e causa-lhe prejuízo, ensejando o cabimento do agravo de instrumento. Afirma que o prosseguimento da execução tal como determinado na decisão agravada, lhe causa dano de difícil reparação, por implicar na realização de medidas construtivas indevidas

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões (ID 109026519).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027192-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: SOMPO SAUDE SEGUROS S.A.
Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATO LUIS DE PAULA - SP130851-A, MAURO JOSE CAVALHEIRO JUNIOR - SP351252-A
AGRAVADO: ANS AGENCIA NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. AUSÊNCIA DE CUNHO DECISÓRIO. PREJUIZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. Conforme prolatado na r. decisão agravada, o agravo de instrumento não pode ser manejado em face de despacho de mero expediente que não denota qualquer propósito decisório e capaz de causar gravame à agravante, nos termos do art. 1.001, do CPC/2015. A decisão que simplesmente determina à parte que providencie a regularização da apólice do seguro garantia não supõe o necessário prejuízo, imprescindível à interposição do agravo de instrumento, decorrente das hipóteses previstas nos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC/2015.
3. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
4. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, in verbis:

"A agravante interps o presente agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face do despacho proferido pelo R. Juízo da 11ª Vara Federal de execuções Fiscais em São Paulo, nos seguintes termos:

ID 17359174: Intime-se a parte executada para que, no prazo de 10 (dez) dias, providencie a regularização do seguro garantia apresentado nos autos, nos termos pretendidos pela parte exequente. (ID 18707321 dos autos originários)

Alega a agravante, em síntese, que (i) a decisão agravada equivocou ao acatar a alegação da ANS de que a atualização do valor segurado depende de endosso da seguradora; (ii) a atualização do valor segurado está expressamente prevista na apólice (cláusula 9); e (iii) o valor do seguro-garantia contratado cobre o débito exequendo.

Requer "seja ao final dado provimento ao recurso, para (i) obstar o prosseguimento da execução e a penhora de bens; e (ii) receber o seguro garantia oferecido pela executada/gravante" (ID Num. 98262372 - Pág. 18)

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para **simplificação e agilização do julgamento dos recursos.**

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

Não conheço do agravo de instrumento interposto em face de despacho de mero expediente, sem cunho decisório, que é irrecorrível nos termos do disposto no art. 1.001, do CPC/2015.

Ao que consta dos autos da execução fiscal, devidamente citada, a executada peticionou, comprovando a constituição de seguro garantia (ID 3071362 da EF 5000346-60.2016.4.03.6182)

A exequente ANS, intimada para se manifestar acerca do endosso do seguro garantia (ID 17024776 dos autos originários), pleiteou a penhora eletrônica. Caso assim não se entenda, requereu a intimação da executada para endosso e regularização da apólice, bem como para juntada de comprovante de registro da apólice e de nova certidão de regularidade da seguradora (ID 17359174 dos autos originários).

Foi proferido, então, o despacho ora agravado, determinando que a exequente providencie a regularização do seguro garantia apresentado, no prazo de 10 dias, não tendo qualquer conteúdo decisório.

Precedentes:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DESPACHO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 258 DO RISTJ. 1. Consoante disposição expressa do art. 258 do RISTJ, "a parte que se considerar agravada por decisão do Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turma ou de relator, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa". 2. É incabível a interposição de agravo regimental contra despacho de mero expediente, visto que se trata de ato despido de conteúdo decisório ou gravame para a parte. 3. Agravo regimental não conhecido.

(STJ, AINTARESP 904009, ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:29/06/2016)

AGRAVO INTERNO NA PETIÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. DESPACHO. CONTEÚDO DECISÓRIO. AUSÊNCIA. IRRECORRIBILIDADE. 1. É irrecorrível o despacho que deixa de apreciar pedido formulado pela parte em razão do encerramento da prestação jurisdicional no âmbito desta Corte Superior, porque não tem conteúdo decisório. Precedentes. 2. Impossibilidade de recebimento do pedido como agravo regimental dada a absoluta falta de pertinência temática com a matéria anteriormente decidida. 3. Agravo interno não conhecido.

(STJ, AIPETEAG 958259, RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA:17/06/2016)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO DO JUIZ DA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO E DE GRAVAME PARA A PARTE. IRRECORRIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Considera-se improcedente a arguição de ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC quando o Tribunal a quo se pronuncia, de forma motivada e suficiente, sobre os pontos relevantes e necessários ao deslinde da controvérsia. 2. O que distingue o despacho da decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento é a existência ou não de conteúdo decisório e de gravame para a parte. Jurisprudência do STJ. 3. Agravo regimental desprovido. ...EMEN:

(STJ, AGRESP 1309949, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - TERCEIRA TURMA, DJE DATA:12/11/2015)

Em face do exposto, com supedâneo no art. 932 e inciso III, do Código de Processo Civil/2015, NÃO CONHEÇO do agravo de instrumento, por se tratar de recurso manifestamente inadmissível."

Conforme prolatado na r. decisão agravada, o agravo de instrumento não pode ser manejado em face de despacho de mero expediente que não denota qualquer propósito decisório e capaz de causar gravame à agravante, nos termos do art. 1.001, do CPC/2015. A decisão que simplesmente determina à parte que providencie a regularização da apólice do seguro garantia não supõe o necessário prejuízo, imprescindível à interposição do agravo de instrumento, decorrente das hipóteses previstas nos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC/2015.

Assim, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Desta forma, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO INTERPOSTO EM FACE DE DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. AUSÊNCIA DE CUNHO DECISÓRIO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. Conforme prolatado na r. decisão agravada, o agravo de instrumento não pode ser manejado em face de despacho de mero expediente que não denota qualquer propósito decisório e capaz de causar gravame à agravante, nos termos do art. 1.001, do CPC/2015. A decisão que simplesmente determina à parte que providencie a regularização da apólice do seguro garantia não supõe o necessário prejuízo, imprescindível à interposição do agravo de instrumento, decorrente das hipóteses previstas nos incisos I a XIII do art. 1.015 do CPC/2015.

3. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013599-14.2014.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LIVIA CORTES LADEIRA DE OLIVEIRA
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013599-14.2014.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LIVIA CORTES LADEIRA DE OLIVEIRA
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de apelação interposta pela UNIÃO FEDERAL, em face da r. sentença de improcedência, proferida nesses autos de ação de indenização por danos, promovida por LÍVIA CORTES LADEIRA DE OLIVEIRA, contra a ré, pessoa jurídica, UNIÃO FEDERAL.

A petição inicial, distribuída à 2ª Vara Federal de Campinas/SP (ID 38403509) veiculou, em suma, o seguinte, como bem relatou a r. sentença (ID 38403511):

[...]

Trata-se de ação de rito comum ajuizada por Livia Cortes Ladeira de Oliveira, qualificada na inicial, em face da União Federal, objetivando o reconhecimento de sua condição de anistiada política e a condenação da ré ao pagamento de indenização compensatória de danos materiais compostos pelo "... salário correspondente à função exercida na época, multiplicado pelo número de meses decorridos desde que esta ficou impedida de exercer a profissão, também como ao pagamento de indenização por danos morais, em face de toda privação decorrente do não exercício de sua profissão."

A autora relatou na inicial que era foi demitida por motivação exclusivamente política dos quadros funcionais do Serviço Social Rural, pertencente ao Conselho Regional de Minas Gerais, no município de Leopoldina. Refere que sua função consistia em contactar as comunidades rurais, com o fim de conscientizá-las sobre seus problemas sociais e lhes oferecer possíveis soluções, função que exercia desde setembro de 1962, com valor mensal à época de vinte e nove mil e quatrocentos cruzeiros, a qual foi interrompida logo após o golpe de 31 de março de 1964.

Alega que o trabalho desenvolvido gerou repúdio durante a vigência do governo militar e a perseguição dos envolvidos, dentre estes, a autora, tendo então apresentado requerimento administrativo perante a Secretaria Executiva da Comissão de Anistia, com o fim de ver reconhecida a sua condição de anistiada política e obter a indenização prevista na Lei nº 10.559/2002. Argumenta que o seu pedido foi indeferido, o que violou os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como também o direito de petição, pois não ouviram as testemunhas e não fora oportunizada a produção outro tipo de prova.

Ressalta que a autora foi privada do exercício de sua profissão à época e a prova testemunhal é imprescindível para comprovar a motivação política de sua dispensa.

Argumenta que as reparações de danos materiais e morais são perfeitamente acumuláveis e no caso se tratam de causas e consequência distintas, não devendo se cogitar de "bis in idem", conforme dispõe o art. 6º da Lei nº 10.559/2002.

[...]

Contestação da União (ID 38403510). Réplica (ID 38403510).

Sobreveio a r. sentença (ID 38403511) que julgou improcedentes os pedidos iniciais, na forma do dispositivo abaixo transcrito, em seus trechos essenciais:

[...]

No que se refere à prescrição da pretensão autoral, as alegações da requerida não merecem acolhimento uma vez que não se aplica ao caso o prazo prescricional quinquenal previsto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932, conquanto são imprescritíveis os supostos danos ocorridos durante o regime da ditadura militar.

[...]

Adentrando ao mérito, verifico que a autora mantinha contrato de trabalho registrado em sua CTPS (fl. 19) com a autarquia à época denominada Serviço Social Rural — Conselho Regional de Minas Gerais, sendo admitida em 01/09/1962 no cargo de auxiliar de comunidade, exercendo suas funções na cidade de Leopoldina-MG. Embora, informe na inicial a demissão ocorrida em 07/07/1968, relata que suas atividades de auxílio às comunidades rurais foram interrompidas logo após o golpe de 31 de março de 1964. Sustenta que, em razão de sua participação ativa ligada a tais comunidades, passou a ser perseguida pelo governo militar. Visa, por meio da presente ação, comprovar sua condição de anistiada política, em razão de sua demissão ter ocorrido por motivação exclusivamente política, nos moldes da Lei nº 10.559/2002, bem como o pagamento das indenizações daí advindas.

A autora afirma que o indeferimento administrativo do seu Requerimento de Anistia nº 2002.01.10401 violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como do direito de petição, sob o argumento de que não foram ouvidas as testemunhas nem oportunizada a produção de outras provas.

[...]

No presente caso, a autora protocolou em 07/08/2002 o requerimento de declaração de anistiada política c.c. reparação econômica (fls. 16/26), processo registrado sob o nº 2002.01.10401, submetido à 1ª Câmara da Comissão de Anistia, sendo pautado para a sessão de julgamento em 06/12/2005, ocasião em que foi indeferido o seu pedido ante a ausência de comprovação de perseguição política. Por ocasião do julgamento, foi consignado que (fl. 37 verso):

"(...) 5. O interessado alega razões políticas ou perseguição pessoal — com ênfase para seu superior hierárquico. Para fins de comprovação se suas afirmativas, junta ao pedido, declarações particulares de ex-colegas de trabalho, considerando que teriam sofrido perseguição política.

6. Instalado pela Subcomissão de Anistia/INCRA, a apresentar documentos que comprovassem a motivação exclusivamente política quando da rescisão do contrato de trabalho, não a substancia de modo a efetivar a prova.

7. Em vários desses casos, aquela Subcomissão chegou a ouvir as testemunhas indicadas pelo requerente, lavrando e juntando ao Processo os Termos de Depoimento.

8. Transferidos os Processos a esta Comissão — por força na nova Lei de Anistia, foi enviada carta, dando ciência sobre os fatos e solicitando a cada qual se manifestar; em especial o requerente.

9. Não obstante, nenhum fato novo ou provas distintas das anteriormente levadas ao conhecimento da Comissão Especial de Anistia/INCRA, foram trazidas pela parte interessada. (...)."

Nesse contexto, verifico que a Comissão de Anistia, ao analisar a situação da autora, nos estritos termos da lei de regência, concluiu que ela não 1111• comprovou a perseguição por motivo exclusivamente político, de modo a não atender a condição de anistiada política, a teor do artigo 2º da Lei nº 10.559/2002. Acerca de tal julgamento, a autora foi intimada a apresentar recurso (fls. 39/50), e, decorrido o prazo sem qualquer manifestação, fora certificado o término do prazo recursal e expedida a Portaria nº 480, de 16/02/2007 para em definitivo "Indeferir o Requerimento de Anistia formulado por LIVIA CORTES LADEIRA OLIVEIRA", o que foi publicado no Diário Oficial da União em 22/02/2007 (fl. 50 verso), em observância ao princípio da publicidade.

Pois bem, o procedimento adotado revela-se escorreito e o ato administrativo que indeferiu o pedido da autora não está eivado de vícios e/ou ilegalidades, conquanto observou o rito e o prazo previstos na legislação aplicável ao caso, de modo que não verifico condutas por parte da administração capazes de implicar cerceamento de defesa ou violação aos princípios constitucionais ora invocados, vez que foi assegurado à interessada a oportunidade de produzir provas e oferecer recurso.

Frise-se, na hipótese, não houve violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório, nem ofensa ao direito de petição, conquanto a interessada, ora autora, teve o seu direito de defesa plenamente observado, e, por outro lado, não há qualquer elemento fático que teria obstado o acesso da autora ou a atuação dos seus advogados no processo em questão.

[...]

In casu, a autora argumenta que os danos materiais decorreram da demissão por motivação exclusivamente política em razão das funções por ela exercidas junto às comunidades rurais, em vista do contrato de trabalho mantido desde 01/09/1962 perante o Serviço Social Rural, sendo que à época deixou de receber seu salário após o golpe de 31 de março de 1964. E quanto aos danos morais pretendidos, decorrem de toda privação experimentada em razão do não exercício de sua profissão.

Não bastasse a vedação de acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, na forma expressa no artigo 16 da Lei nº 10.559/2002, o fato é que a autora não logrou se desincumbir do ônus comprovar suas alegações.

Não há documento colacionado aos autos capaz de demonstrar que a demissão relatada na inicial decorreria de motivação exclusivamente política, nem as privações que a autora teria sofrido a justificar o pagamento dos danos materiais e morais na forma pretendida. Não deflui da função exercida à época, auxiliar de comunidade rural, a perseguição política alegada, sem que haja minimamente prova documental a respeito.

Nem mesmo a prova testemunhal se prestou a suprir tal comprovação.

A propósito, especificamente quanto à prova oral produzida nestes autos, as testemunhas ouvidas sequer presenciaram os fatos alegados na inicial.

[...]

COMO visto, as testemunhas não presenciaram os fatos alegados nesta ação e vieram a ter conhecimento pelos relatos da própria autora e de familiares.

[...]

De todo o analisado, verifico que, não bastasse a ausência de prova documental para a prova do alegado, a prova testemunhal exclusivamente não se presta à comprovação da condição de anistiada política, mesmo porque os 111 depoimentos não explicitam quaisquer atos praticados em desfavor da autora e presenciado pelas testemunhas referidas. Portanto, o conjunto probatório produzido nestes autos não comprovam as alegações da autora a ensejar o pagamento de danos materiais e morais.

[...]

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido, resolvendo o feito no mérito na forma do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com fundamento no artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, fixo os honorários advocatícios devidos pela autora em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (fl. 61 verso). A exigibilidade da verba, contudo, resta suspensa enquanto perdurar a condição financeira que motivou o deferimento da gratuidade processual (fl. 52), conforme o art. 98, § 32do CPC.

Custas na forma da lei, observada a gratuidade judiciária deferida à autora.

[...]

Interposta apelação pela autora que, em suas razões recursais sustenta (ID 38403511), em síntese, que não há prova documental que confirme a tese defendida na inicial, em razão da dificuldade de sua produção e que a prova testemunhal deve ser considerada.

Contrarrazões da União (ID 38403513).

Vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0013599-14.2014.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: LIVIA CORTES LADEIRA DE OLIVEIRA
APELADO: UNIAO FEDERAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

APELAÇÃO CIVIL. ANISTIADO POLÍTICO. DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE PROVA RAZOÁVEL. DANO. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Cinge-se a controvérsia em apurar se a autora comprovou a sua condição de anistiada, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência, justificando a declaração dessa condição, de modo a justificar a condenação da ré no dever de indenizar, por dano.

2. Para o reconhecimento da condição de anistiada, pelo Poder Judiciário, é indispensável que se tenha ao menos indícios materiais de que o seu afastamento se deu exclusivamente por motivação política. Não é possível presumir tal situação. É preciso que se conclua de forma segura que houve, de fato, a motivação política e no caso dos autos, nem mesmo a prova testemunhal forneceu elementos para que se pudesse estabelecer essa relação.

3. Não se está a exigir a produção da prova direta ou “prova diabólica”, de impossível produção, até porque, não se ignora o fato de que a comprovação documental de que, naquela situação política, os atos praticados o foram por perseguição e motivação política, não é nada fácil, mas é preciso que haja ao menos indícios de que os fatos tenham ocorrido nesse sentido e com essa motivação. Repito, a condição de anistiado decorre da análise da prova, ainda que minimamente produzida, mas não pode ser presumida.

4. A hipótese dos autos é de inexistência de prova e não uma questão de avaliação ou de valoração equivocada do conjunto probatório. Diante desses fatos, não há como discordar da conclusão a que chegou a r. sentença, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por ausência de prova razoável do alegado na inicial, não restando comprovado, por conseguinte, o dano a ensejar a condenação no dever de indenizar.

5. Nega-se provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Cinge-se a controvérsia em apurar se a autora comprovou a sua condição de anistiada, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência, justificando a declaração dessa condição, de modo a justificar a condenação da ré no dever de indenizar, por dano.

Na hipótese dos autos, analisando o conjunto probatório, verifica-se que não há qualquer prova documental de que a autora foi atingida “em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos”, como preceitua o art. 8º da ADCT.

A própria autora reconhece, em sede de apelação, a inexistência de prova documental e justifica essa ausência alegando que é reconhecida “a quantidade inimaginável de documentações que simplesmente desapareceram ao fim do regime militar”.

No entanto, para o reconhecimento da condição de anistiada, pelo Poder Judiciário, é indispensável que se tenha ao menos indícios materiais de que o seu afastamento se deu exclusivamente por motivação política. Não é possível presumir tal situação.

É preciso que se conclua de forma segura que houve, de fato, a motivação política e no caso dos autos, nem mesmo a prova testemunhal forneceu elementos para que se pudesse estabelecer essa relação, como salienta a r. sentença, após transcrever longos trechos da oitiva das testemunhas:

[...]

Não há documento colacionado aos autos capaz de demonstrar que a demissão relatada na inicial decorreu de motivação exclusivamente política, nem as privações que a autora teria sofrido a justificar o pagamento dos danos materiais e morais na forma pretendida. Não deflui da função exercida à época, auxiliar de comunidade rural, a perseguição política alegada, sem que haja minimamente prova documental a respeito.

Nem mesmo a prova testemunhal se prestou a suprir tal comprovação.

A propósito, especificamente quanto à prova oral produzida nestes autos, as testemunhas ouvidas sequer presenciaram os fatos alegados na inicial.

[...]

Destaco, por oportuno, que não se está a exigir a produção da prova direta ou “prova diabólica”, de impossível produção, até porque, não se ignora o fato de que a comprovação documental de que, naquela situação política, os atos praticados o foram por perseguição e motivação política, não é nada fácil, mas é preciso que haja ao menos indícios de que os fatos tenham ocorrido nesse sentido e com essa motivação. Repito, a condição de anistiado decorre da análise da prova, ainda que minimamente produzida, mas não pode ser presumida.

Nesse sentido os julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MILITAR DA AERONÁUTICA. ANISTIA POLÍTICA. INGRESSO NO SERVIÇO APÓS A EDIÇÃO DA PORTARIA Nº 1.104/1964. LICENCIAMENTO EM RAZÃO DA CONCLUSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDE PELA INEXISTÊNCIA DE PROVAS DA MOTIVAÇÃO POLÍTICA QUANTO À EXCLUSÃO DO MILITAR. REEXAME DE PROVAS E FATOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

[...]

2. É firme o entendimento nesta Corte no sentido de que a condição de anistiado de ex-militar admitido após a edição da Portaria 1.104-GM/1964 exige necessariamente a comprovação do caráter político do desligamento. Precedentes.

[...]

(AgRg no REsp 1584680/PB AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2016/0058036-0 - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES – SEGUNDA TURMA – Julgado em 19/04/2016 – Publicado no DJe de 26/04/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE ANISTIADO POLÍTICO. LEI Nº 10.559/2002. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. MOTIVAÇÃO EXCLUSIVAMENTE POLÍTICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1 - Segundo a legislação de regência, a condição de **anistiado** político só pode ser reconhecida aos que foram atingidos por atos de exceção em decorrência de motivação exclusivamente política.

[...]

(MS 12234/DF MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0199268-9 - Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) – TERCEIR SEÇÃO – Julgado em 14/12/2009 – Publicado no DJe de 01/02/2010)

A hipótese dos autos é de inexistência de prova e não uma questão de avaliação ou de valoração equivocada do conjunto probatório.

No que diz respeito ao aresto trazido à colação pela autora, aliás, deste E. Tribunal, da relatoria do e. Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, ressalto que naquele processo se discute a situação de militar que teve a sua condição de anistiado reconhecida administrativamente e judicialmente e que, portanto, teria que optar por um ou outro benefício, não se relacionando com a hipótese dos autos onde se busca essa declaração, sem a apresentação de prova razoável.

Diante desses fatos, não há como discordar da conclusão a que chegou a r. sentença, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por ausência de prova razoável do alegado na inicial, não restando comprovado, por conseguinte, o dano a ensejar a condenação no dever de indenizar.

Ante o exposto, nego provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

EMENTA

APELAÇÃO CIVIL. ANISTIADO POLÍTICO. DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE PROVA RAZOÁVEL. DANO. NÃO COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. *Cinge-se a controvérsia em apurar se a autora comprovou a sua condição de anistiada, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência, justificando a declaração dessa condição, de modo a justificar a condenação da ré no dever de indenizar, por dano.*

2. *Para o reconhecimento da condição de anistiada, pelo Poder Judiciário, é indispensável que se tenha ao menos indícios materiais de que o seu afastamento se deu exclusivamente por motivação política. Não é possível presumir tal situação. É preciso que se conclua de forma segura que houve, de fato, a motivação política e no caso dos autos, nem mesmo a prova testemunhal forneceu elementos para que se pudesse estabelecer essa relação.*

3. *Não se está a exigir a produção da prova direta ou “prova diabólica”, de impossível produção, até porque, não se ignora o fato de que a comprovação documental de que, naquela situação política, os atos praticados o foram por perseguição e motivação política, não é nada fácil, mas é preciso que haja ao menos indícios de que os fatos tenham ocorrido nesse sentido e com essa motivação. Repito, a condição de anistiado decorre da análise da prova, ainda que minimamente produzida, mas não pode ser presumida.*

4. *A hipótese dos autos é de inexistência de prova e não uma questão de avaliação ou de valoração equivocada do conjunto probatório. Diante desses fatos, não há como discordar da conclusão a que chegou a r. sentença, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, por ausência de prova razoável do alegado na inicial, não restando comprovado, por conseguinte, o dano a ensejar a condenação no dever de indenizar.*

5. *Nega-se provimento à apelação da autora, para manter a r. sentença, por seus próprios fundamentos.*

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação da autora para manter a r. sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0039259-46.2006.4.03.9999
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
APELADO: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0039259-46.2006.4.03.9999
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
APELADO: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Trata-se de ação ordinária ajuizada em 25/05/2004 perante a Justiça Estadual, Comarca de Andradina/SP, por SHOICHI SAEAZACHI em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL objetivando a condenação da ré ao pagamento de diferenças de correção monetária do Plano Verão.

A CEF foi citada e apresentou contestação (fls. 34/54).

Houve réplica (fls. 58/68).

Em 01/09/2005 o Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Andradina/SP proferiu sentença. Rejeitou a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual e **julgou parcialmente procedente o pedido** para condenar a CEF ao pagamento da importância de R\$ 521,79, a ser devidamente atualizada e acrescida de juros legais a partir da data em que elaborado o cálculo de fl. 94. Fixou honorários advocatícios em R\$ 300,00 e, considerando a sucumbência recíproca, determinou que o autor arcasse com 40% e a CEF com 60% do montante (fls. 106/116).

Houve apelação da parte autora (fls. 120/130) e também da instituição financeira, no qual alega, em preliminar, a nulidade da sentença por incompetência da Justiça Estadual (fls. 132/149).

A apelação foi recebida no duplo efeito.

Houve oportunidade para apresentação de contrarrazões.

Os autos foram distribuídos a esta Corte Federal em 23/10/2008.

Tendo em vista o despacho de fl. 160, o então Relator, E. Desembargador Federal Lazaro Neto, determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça de São Paulo (fl. 163).

Enviados os autos ao TJ/SP, o E. Desembargador Presidente da Seção de Direito Privado determinou o encaminhamento dos autos a este Tribunal Federal com espeque nos arts. 109, I, e 108, II, ambos da Constituição Federal, tendo em vista que a r. sentença de fls. 106/116 reconheceu a competência da Justiça Federal para a demanda, porém, afastando a preliminar, julgou o feito com base no art. 109, § 3º, da Constituição Federal (fl. 168).

Na sequência, os autos foram novamente remetidos a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0039259-46.2006.4.03.9999
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELANTE: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELANTE: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
APELADO: SHOICHI SAWAZAKI, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: FABIANO GUSMAO PLACCO - SP198740-A
Advogado do(a) APELADO: FRANCISCO HITIRO FUGIKURA - SP116384-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson de Salvo, Relator:

Os autos vieram a esta Corte para o julgamento dos recursos de apelação.

Sucedendo que esta Corte não tem competência funcional para apreciar o acerto ou desacerto de sentença proferida por Juiz de Direito **não investido de jurisdição federal**. Tal entendimento é contemplado no enunciado da Súmula nº 55 do STJ: "Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal".

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA ATO DE JUIZ ESTADUAL NÃO INVESTIDO DE COMPETÊNCIA DELEGADA. AÇÃO QUE TRATA SOBRE CUMPRIMENTO DE ORDEM DO JUÍZO ESTADUAL EM AÇÃO DE ALIMENTOS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PELO JUÍZO ESTADUAL. VERBETE Nº 55 DA SÚMULA/STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL ESTADUAL, SUSCITADO.

1. Os Tribunais Regionais Federais não têm competência para reexaminar as decisões de Juiz de Direito não investido de jurisdição federal.

2. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, suscitado.

(CC 46.327/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2006, DJ 28/06/2006, p. 223)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. APELAÇÃO INTERPOSTA CONTRA SENTENÇA DE JUIZ ESTADUAL NÃO INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. SÚMULA Nº 55 DO STJ. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO INCOMPETENTE ANULADA. BEM COMO ESTABELECIDO AQUELE QUE DEVE CONHECER DA PRETENSÃO.

1. O Tribunal de Justiça do Estado é a Corte competente para processar e julgar apelação interposta contra sentença de juiz estadual não investido de jurisdição federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça exerce jurisdição sobre as Justiças Federal e Estadual, podendo, por isso, ao examinar conflito de competência, anular sentença proferida por magistrado de qualquer desses órgãos do Poder Judiciário (CC nº 4.408/SC, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA DE RIBEIRO, DJU DE 17/05/1993).

3. Conflito conhecido para, anulada a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Lages, determinar a remessa do feito ao Juízo Federal da referida cidade do Estado de Santa Catarina, onde deverá ser processada a execução.

Na singularidade, embora o Juiz de Direito prolator da sentença tenha se dado por competente com fulcro no art. 109, § 3º (redação originária), da Constituição Federal, o fato é que referido dispositivo não delega competência ao Juiz Estadual sempre que inexistir Vara Federal na Comarca. É preciso que a lei permita que outras causas, além das previdenciárias, sejam julgadas por juiz estadual no exercício de competência federal. Em outros termos: a delegação de competência federal pressupõe a existência de lei, ela não decorre da Constituição.

E, no caso, inexistente lei nesse sentido, cabendo destacar que o art. 15, IV, da Lei nº 5.010/66, citado na sentença, atribui competência aos juízes estaduais das Comarcas do interior onde não houver Vara Federal para processar e julgar "as ações de qualquer natureza, inclusive os processos acessórios e incidentes a elas relativos, propostas por sociedades de economia mista com participação majoritária federal contra pessoas domiciliadas na Comarca, ou que versem sobre bens nela situados". Ou seja, não delega competência aos juízes estaduais para o julgamento de ações propostas contra empresa pública federal, no caso, a Caixa Econômica Federal.

Portanto, cabe ao Tribunal de Justiça julgar o recurso de apelação pendente, já que interposto em face de sentença proferida por Juiz Estadual fora das hipóteses previstas no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, ainda que para declarar a nulidade da sentença.

Ante o exposto, **proponho a presente questão de ordem para suscitar conflito negativo de competência**, com a consequente remessa dos presentes autos ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

EMENTA

QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO AJUIZADA POR POUPADOR PARA OBTER CONDENAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL AO PAGAMENTO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ ESTADUAL NÃO INVESTIDO DE COMPETÊNCIA FEDERAL. INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL DESTA CORTE PARA O JULGAMENTO DAS APELAÇÕES. CONFLITO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO.

1. Esta Corte Federal não tem competência funcional para apreciar o acerto ou desacerto de sentença proferida por Juiz de Direito não investido de jurisdição federal. Tal entendimento é contemplado no enunciado da Súmula nº 55 do STJ: "Tribunal Regional Federal não é competente para julgar recurso de decisão proferida por juiz estadual não investido de jurisdição federal".
2. Na singularidade, embora o Juiz de Direito prolator da sentença tenha se dado por competente com fulcro no art. 109, § 3º (redação originária), da Constituição Federal, o fato é que referido dispositivo não delega competência ao Juiz Estadual sempre que inexistir Vara Federal na Comarca. É preciso que a lei permita que outras causas, além das previdenciárias, sejam julgadas por juiz estadual no exercício de competência federal. Em outros termos: a delegação de competência federal pressupõe a existência de lei, ela não decorre da Constituição.
3. No caso, inexistente lei nesse sentido, cabendo destacar que o art. 15, IV, da Lei nº 5.010/66, citado na sentença, atribui competência aos juízes estaduais das Comarcas do interior onde não houver Vara Federal para processar e julgar "as ações de qualquer natureza, inclusive os processos acessórios e incidentes a elas relativos, propostas por sociedades de economia mista com participação majoritária federal contra pessoas domiciliadas na Comarca, ou que versem sobre bens nela situados". Ou seja, não delega competência aos juízes estaduais para o julgamento de ações propostas contra empresa pública federal, no caso, a Caixa Econômica Federal.
4. Portanto, cabe ao Tribunal de Justiça julgar o recurso de apelação pendente, já que interposto em face de sentença proferida por Juiz Estadual fora das hipóteses previstas no § 3º do art. 109 da Constituição Federal, ainda que para declarar a nulidade da sentença.
5. Questão de ordem acolhida para suscitar conflito negativo de competência a ser resolvido pelo Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, acolheu questão de ordem proposta pelo Relator para suscitar conflito negativo de competência ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012640-65.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Advogados do(a) APELANTE: BENEDITO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012640-65.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Advogados do(a) APELANTE: BENEDITO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pela COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, objetivando o reconhecimento do direito de proceder à adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, instituído pela Medida Provisória 783/2017, relativamente ao débito de COFINS, inscrito em Dívida Ativa sob o nº 70.6.01.004231-18, utilizando para sua quitação o depósito judicial realizado nos autos da Execução Fiscal nº 0001776-74.2012.403.6182, com a aplicação da sistemática de liquidação disposta no art. 3º, II, alínea “a”, da Medida Provisória nº 783/2017, convertida na Lei 13.496/2017, o que inclui o direito às reduções de multa de mora, juros de mora e encargos sobre o valor do débito.

O Juízo de origem julgou improcedente o pedido, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do NCPC e denegou a segurança. Sem condenação em honorários, conforme estabelecido no art. 25 da Lei nº 12.016/09. Custas “ex lege”.

Contra a sentença a impetrante interpôs apelação. Nas razões recursais sustenta, em suma, que a pretensão originou-se da lacuna constante da Medida Provisória 783/2017, convertida na Lei 13.496/2017, que restou silente quanto a aplicação prévia das reduções de juros, multa e encargos, antes da conversão dos valores depositados judicialmente. Lacuna que se mostra evidente diante do conteúdo do parágrafo 2º, do art. 6º, o qual prevê a possibilidade de o sujeito passivo requerer o levantamento do saldo remanescente, do qual somente se cogitaria dispor após as devidas reduções previamente aplicadas à conversão em renda dos depósitos em favor da União. Não havendo afronta ao art. 111, do CTN, argumenta que o exercício de interpretação invocado com vistas à aplicação das reduções previstas no art. 3º, II, “a”, da MP 783/2017, posteriormente convertida na Lei 13.496/2017, privilegia o princípio constitucional da isonomia, não sendo possível concluir que o legislador ao editar a Medida Provisória 783/2017 tenha estabelecido cláusula contrária ao contexto jurídico normativo já estabelecido, seja pelas legislações anteriores e até mesmo pela própria norma posta em discussão. Assim, é certo afirmar que o contribuinte que promove a adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária – PERT e que pretende se utilizar dos valores eventualmente depositados em juízo em determinada medida judicial também poderá aproveitar das reduções estabelecidas na citada medida provisória (Art. 3º da MP, mantido pela Lei 13.496/2017), encontrando-se na mesma condição do contribuinte que promove adesão na modalidade à vista. Por fim, requer seja conhecido e provido o apelo, para que seja reformada a r. sentença ora apelada para o fim de reconhecer o seu direito líquido e certo de proceder a adesão ao Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, instituído pela MP 783/2017, posteriormente convertida na Lei 13.496/2017.

A União (Fazenda Nacional), nas contrarrazões ao recurso, argumenta, em suma, que é incabível a pretensão, não podendo o Poder Judiciário estender a redução de encargos para outras hipóteses não previstas na lei, sob pena de agir como legislador positivo e violar o Princípio da Separação dos Poderes, bem como que a aplicação analógica e a interpretação extensiva do artigo 3º à hipótese do artigo 6º, a fim de reduzir encargos e, em consequência, reduzir o crédito tributário, contraria o art. 111 do CTN, que estabelece a interpretação literal da legislação tributária, que trate de exclusão de crédito tributário e outorga de isenção.

O D. Representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da apelação, reformando-se, integralmente, a r. sentença de primeiro grau de jurisdição.

É o relatório. Decido.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012640-65.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Advogados do(a) APELANTE: BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO-VISTA

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI: A questão vertida nos presentes autos refere-se à possibilidade de se usufruir dos benefícios de redução de multa e juros oferecidos pelo Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) sobre os valores referentes aos depósitos judiciais efetuados pelo contribuinte, afastando o contido no artigo 6º da Lei nº 13.497/2017.

Com efeito, o Programa de Parcelamento constituiu uma faculdade instituída em favor do sujeito passivo da obrigação tributária, podendo a ele aderir ou não, devendo, se aderir, observar os requisitos e condições estipuladas na legislação de regência.

Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessário para a referida concessão, descabendo qualquer ingerência do sujeito passivo da obrigação tributária - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

Nesse sentido, segue julgado desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PARCELAMENTO. LEI Nº 13.496/17. PERDA DO PRAZO PARA DESISTIR DAS IMPUGNAÇÕES E DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS RELATIVOS AOS DÉBITOS QUE SE PRETENDE PARCELAR. INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA PROVIDAS.

1. Os parcelamentos, como favores fiscais que são, sujeitam-se em primeiro lugar ao princípio da estrita legalidade (art. 155-A do CTN) e por isso mesmo são avenças de adesão; ao contribuinte só resta anuir com os termos do acordo, descabendo qualquer ingerência dele - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido.

2. O art. 5º da Lei nº 13.496/17 expressamente prevê que “para incluir no Pert débitos que se encontrem em discussão administrativa ou judicial, o sujeito passivo deverá desistir previamente das impugnações ou dos recursos administrativos e das ações judiciais que tenham por objeto os débitos que serão quitados e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundem as referidas impugnações e recursos ou ações judiciais, e protocolar, no caso de ações judiciais, requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos da alínea c do inciso III do caput do art. 487 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

3. Conclui-se que o indeferimento (e não exclusão) do parcelamento pretendido decorreu, in casu, por culpa exclusiva da impetrante, e que o ato ora combatido apenas obedeceu à legislação de regência do benefício fiscal e por sua regulamentação.

4. Inexiste o menor vestígio de direito líquido e certo para quem quer “criar” uma regra de exoneração fiscal apenas para si mesmo, desejando para isso a irrita intervenção do Judiciário, que se concordasse com as proposituras postas na impetração acabaria afrontando a Constituição, por se travestir de legislador positivo. Cumpre ao contribuinte preencher todos os requisitos previstos na lei concessora para dele gozar, sob pena de indeferimento do pedido ou revogação do favor fiscal.

5. Não cabe ao Poder Judiciário, em relação a favores fiscais, alterar condições fixadas em lei para o benefício fiscal ou revê-las (TRF/3ª REGIÃO, DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, AMS 0000202-89.2013.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, julgado em 29/07/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/08/2014), e menos ainda tornar-se legislador positivo para criar regras inéditas.

6. Apelação e remessa necessária providas.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5003312-45.2018.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 28/04/2020)

Com isso, observa-se que o Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) instituído pela Lei nº 13.496/17, dispõe em seu artigo 6º que:

“Art. 6º Os depósitos vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União.

§ 1º Após o procedimento previsto no caput deste artigo, se restarem débitos não liquidados, o débito poderá ser quitado na forma prevista nos arts. 2º ou 3º desta Lei.

§ 2º Depois da conversão em renda ou da transformação em pagamento definitivo, poderá o sujeito passivo requerer o levantamento do saldo remanescente, se houver, desde que não haja outro débito exigível.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o saldo remanescente de depósitos na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional somente poderá ser levantado pelo sujeito passivo após a confirmação dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou de outros créditos de tributos utilizados para quitação da dívida, conforme o caso.

§ 4º Na hipótese de depósito judicial, o disposto no caput deste artigo somente se aplica aos casos em que tenha ocorrido desistência da ação ou do recurso e renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação.

§ 5º O disposto no caput deste artigo aplica-se aos valores oriundos de constrição judicial depositados na conta única do Tesouro Nacional até a data de publicação desta Lei.”

Desse modo, observa-se que o art. 6º da Lei 13.496/17 dispõe que eventuais depósitos vinculados àqueles débitos serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União Federal e que somente após esta fase e restando créditos tributários a serem liquidados, poderá o contribuinte promover a quitação na forma do PERT, tendo indicado a possibilidade do contribuinte, após promovida a conversão ou transformação, promover o levantamento de eventual saldo credor, desde que não existam débitos exigíveis, sendo que adotar posição diversa seria dar interpretação extensiva à normativa de um benefício fiscal, afrontando-se o disposto no art. 111 do CTN. No mesmo sentido, seguem julgados desta Corte:

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. LEI 13.496/17 (PERT). APROVEITAMENTO DOS DEPÓSITOS JUDICIAIS SOBRE A INTEGRALIDADE DOS DÉBITOS. PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 6º, §1º, DA LEI 13.496/17. LEGALIDADE DO ART. 15 DA PORTARIA PGFN 690/17. RECURSO E REEXAME PROVIDOS, DENEGANDO A SEGURANÇA.

1. Dispõe o art. 6º da Lei 13.496/17 que eventuais depósitos vinculados àqueles débitos serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União Federal. Nos termos de seu § 1º, somente após esta fase e restando créditos tributários a serem liquidados, poderá o contribuinte promover a quitação na forma do PERT. Por seu turno, o § 2º indica a possibilidade de o contribuinte, após promovida a conversão ou transformação, promover o levantamento de eventual saldo credor, desde que inexistam débitos exigíveis.

2. Trouxe o juízo de Primeiro Grau aparente antinomia das normas, concluindo que, na verdade, o § 1º traduziria a possibilidade de aplicação das reduções fiscais mesmo na hipótese de os depósitos não atenderem a integralidade dos créditos tributários, enquanto o § 2º conferiria ao contribuinte o direito de o contribuinte ser restituído do saldo credor; após as devidas reduções e efetuada a conversão, desde que inexistentes débitos exigíveis em seu nome.

3. Porém, a referida interpretação esbarra na clareza do § 1º, ao expressamente estipular que somente o saldo devedor seria passível das reduções previstas no PERT. Tem-se que o intuito do legislador era indicar que os depósitos judiciais serão aproveitados perante a integralidade dos créditos tributários então discutidos, permitindo ao contribuinte tão somente o pagamento do saldo devedor na forma do PERT, ou a restituição de eventual saldo credor. É o que dispõe o art. 15 da Portaria PGFN 690/17, publicada em 29.06.17, em data anterior ao pedido da impetrante de adesão ao PERT (29.09.2017).

4. Adotar posição diversa seria dar interpretação extensiva à normativa de um benefício fiscal, afrontando-se o disposto no art. 111 do CTN. Com efeito, é entendimento assente no STF de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nas entranhas da legislação que concede benefícios fiscais para estendê-los a quem não foi abrangido pelo texto legal, ou para atribuir aquilo que a lei não prevê, sob pena de indevidamente travestir-se em legislador positivo. Precedentes.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApReeNec - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 5000173-81.2018.4.03.6112, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, julgado em 10/05/2019, Intimação via sistema DATA: 14/05/2019)

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO DE DÉBITO. MEDIDA PROVISÓRIA 783/2017. PROGRAMA ESPECIAL DE REGULARIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – PERT. ADESÃO. CONVERSÃO EM RENDA. SUBMISSÃO ÀS REGRAS ESPECÍFICAS.

1. O parcelamento dos débitos tributários realiza-se na esfera administrativa segundo regramento próprio de cada procedimento. Pode ser caracterizado, dessa maneira, como favor fiscal previsto em lei, que deve ser examinado segundo os termos e condições previstos pela legislação de regência.

2. No caso em apreço, a Medida Provisória n. 783/2017 instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária - PERT, tendo trazido regras específicas para a hipótese de transformação em pagamento definitivo dos valores depositados judicialmente, devendo o contribuinte que deseje aderir ao referido programa concordar com tais termos.

3. Ao aderir a programa de parcelamento, o contribuinte acorda com todas as regras nele estabelecidas, não podendo, conforme sua conveniência, escolher as vantagens ou afastar as limitações que considerar desfavoráveis.

4. Conforme previsto no art. 6º da referida Medida Provisória, há regras específicas para os depósitos vinculados ao débito, dentre as quais a de transformação automática em pagamento definitivo.

5. Assim, não há que se falar em ilegalidade ou ofensa ao princípio da isonomia o ato da autoridade administrativa no estabelecimento de regras próprias para conversão em renda de valores depositados em juízo. Ao contrário, o acolhimento do pedido da ora agravante é que importaria em violação ao princípio da isonomia, pois permitiria privilegiar determinado contribuinte, alterando a legislação em regência.

6. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5020696-54.2017.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado ELIANA BORGES DE MELLO MARCELO, julgado em 26/07/2018, Intimação via sistema DATA: 31/07/2018)

Dessa forma, é de ser mantida a r. sentença.

Ante o exposto, **nego provimento** à apelação da impetrante.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5012640-65.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZARIBEIRO
APELANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUICAO
Advogados do(a) APELANTE: BENEDICTO CELSO BENICIO - SP20047-A, CAMILA DE CAMARGO VIEIRA ALTERO - SP242542-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

Na situação em tela, objetiva o impetrante quitar à vista seu débito tributário, com as reduções previstas no Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, introduzido pela Medida Provisória nº 783/2017, utilizando-se de valores depositados judicialmente.

A Lei 13.496/2017, resultante da MP 783/2017, instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária – Pert visando ofertar ao contribuinte benéficas condições para saldar seus débitos no âmbito da Receita Federal e da Fazenda Nacional.

Na edição da Medida Provisória 783/2017, para opção de pagamento à vista, o Programa Especial de Regularização Tributária – PERT, na alínea “a”, inc. II, do art. 3º, previa a redução de 90% dos juros, 50% da multa de mora, ofício e isolada, e 25% dos encargos legais, inclusive honorários advocatícios.

Quando da conversão da conversão da Medida Provisória 783/2017 na Lei 13.496/2017, foi estabelecido pelo mesmo art. 3º a redução no percentual de 90% (noventa por cento) dos juros de mora, 70% (setenta por cento) das multas de mora, de ofício ou isoladas e 100% (cem por cento) dos encargos legais, inclusive honorários advocatícios.

Por sua vez, o artigo 6º, que regula a utilização do depósito judicial para a quitação do débito tributário, permaneceu inalterado com a conversão da medida provisória em lei e assim dispõe:

Art. 6º Os depósitos vinculados aos débitos a serem pagos ou parcelados serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União.

§ 1º Após o procedimento previsto no caput deste artigo, se restarem débitos não liquidados, o débito poderá ser quitado na forma prevista nos arts. 2º ou 3º desta Lei.

§ 2º Depois da conversão em renda ou da transformação em pagamento definitivo, poderá o sujeito passivo requerer o levantamento do saldo remanescente, se houver, desde que não haja outro débito exigível.

§ 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o saldo remanescente de depósitos na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional somente poderá ser levantado pelo sujeito passivo após a confirmação dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL ou de outros créditos de tributos utilizados para quitação da dívida, conforme o caso.

§ 4º Na hipótese de depósito judicial, o disposto no caput deste artigo somente se aplica aos casos em que tenha ocorrido desistência da ação ou do recurso e renúncia a qualquer alegação de direito sobre o qual se funda a ação.

§ 5º O disposto no caput deste artigo aplica-se aos valores oriundos de constrição judicial depositados na conta única do Tesouro Nacional até a data de publicação desta Lei.

Pois bem. A interpretação adequada do “caput”, do citado art. 6º, deve ser coerente com a própria natureza do benefício fiscal que a Medida Provisória 783/2017, convertida na Lei 13.496/2017, outorgou aos contribuintes, além de observar os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e do acesso à justiça.

A norma outorgou o benefício a todos os contribuintes, sem restringi-lo àqueles que tivessem proposto ações judiciais para tutela de seus direitos, motivo pelo qual interpretar a regra do “caput” do citado art. 6º de forma a afastar os benefícios fiscais previstos no art. 3º, inc. II, “a”, da MP 783/2017, convertida na Lei 13.496, significaria desprestigiar os contribuintes que moveram ação judicial. Haveria, ainda, contradição com as próprias regras dos §§ 2º e 4º, do mesmo dispositivo que, respectivamente, estabelecem que o saldo remanescente dos depósitos judiciais serão devolvidos ao contribuinte (o que somente pode ocorrer, de regra, quando a conversão em renda se dá mediante a aplicação das benesses do art. 3º, pois daí é que se poderia cogitar de algum saldo pró-contribuinte, eis que o depósito judicial tem que ser no montante integral do débito para que a garantia seja válida e, se o depósito fosse a menor, obviamente, não poderia haver saldo remanescente). De outra parte, deve haver renúncia aos direitos em que se funda o contribuinte para fazer a sua adesão ao PERT, renúncia que se opera, de maneira razoável e lógica, somente à vista das vantagens outorgadas pelo Programa.

Além disso, a redação do art. 6º, “caput”, ao utilizar-se da expressão “transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União” deve manter coerência interpretativa com o art. 3º, da MP 783, convertida na Lei 13.496, que ao conceder os benefícios fiscais aos contribuintes que aderissem ao PERT, de forma ampla e sem restrições, estabeleceu no inc. II, letra “a”, as vantagens dadas para o caso de pagamento em dinheiro, o que faz com que o art. 6º esteja contemplado e insito no referido art. 3º.

Portanto, a interpretação coerente com a própria finalidade da norma e atenta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, isonomia, acesso à justiça e segurança jurídica conduz à conclusão de que os contribuintes que tenham depósitos judiciais, caso optem por incluí-los no PERT, têm direito às vantagens concedidas no art. 3º, inc. II, letra “a”, da MP 783/2017, convertida na Lei 13.496.

Essa atuação no sentido aqui posto não fere o princípio da separação dos poderes e, sim, concretiza sua função típica do Poder Judiciário de interpretar e aplicar a lei no caso concreto, com o objetivo de garantir a defesa de direitos, e nem afronta à disposição do art. 111, do CTN, porque não se está concedendo interpretação extensiva à norma, mas conferindo eficácia ao instituto jurídico do parcelamento especial, mesmo porque a transformação do depósito em pagamento integral ou sua conversão em renda a favor da União, após a desistência da ação e renúncia ao direito sobre o qual se funda, sem os descontos legais, é a regra que nem precisaria estar prevista na lei especial que instituiu o PERT.

No mesmo sentido, confira-se precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa cito “*in verbis*”:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO. ADESÃO AO PERT. DEPÓSITOS JUDICIAIS. APROVEITAMENTO COM DESCONTOS. POSSIBILIDADE. ART. 6º DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 783/2017.

1. A interpretação do referido normativo dada pela autoridade fiscal é a de que primeiro se converte em renda da União ou se transforma em pagamento definitivo o depósito judicial, vinculado a débito em discussão ou oriundo de constrição judicial repassado à conta única do Tesouro Nacional, no intuito de liquidar (total ou parcialmente) a dívida objeto do litígio ou cobrança, sem descontos e, apenas o saldo remanescente, se houver, poderá ser liquidado parceladamente e com descontos em alguma das modalidades previstas nos arts. 2º ou 3º da norma citada.

2. Ocorre que o § 1º do art. 6º da Lei 13.496/17 não prevê que a alocação do valor depositado à dívida incluída no PERT deve dar-se sem os descontos legais previstos no normativo. E nem poderia ser diferente, pois estar-se-ia impondo um tratamento diferenciado entre os contribuintes. Mais do que isso, estaria punindo aquele que possui depósitos judiciais nas demandas fiscais em curso, o que não se mostra razoável ou proporcional.

3. Logo, a fim de dar um tratamento isonômico ao contribuinte que optou por parcelar seus débitos mediante adesão ao PERT, devem, no caso concreto, os valores depositados no feito ser utilizados para quitação total da dívida na forma parcelada e com os descontos legais, nos moldes em que previstos na MP em debate. (TRF4, AG 5019711-24.2018.4.04.0000, SEGUNDA TURMA, Relator ANDREI PITTEN VELLOSO, juntado aos autos em 28/11/2018)

Desse modo, é de ser reformada a r. sentença a fim de ser concedida a segurança pleiteada para reconhecer o direito do contribuinte proceder a adesão ao PERT com alocação do valor depositado destinado ao pagamento da dívida após as deduções previstas na MP 783/2017.

Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ. Custas ex lege.

Ante o exposto, dou provimento à apelação da impetrante.

É o voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO (PERT). REDUÇÃO DE MULTA E JUROS SOBRE OS DEPÓSITOS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 6º DA LEI Nº 13.497/2017. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A questão vertida nos presentes autos refere-se à possibilidade de se usufruir dos benefícios de redução de multa e juros oferecidos pelo Programa Especial de Regularização Tributária (PERT) sobre os valores referentes aos depósitos judiciais efetuados pelo contribuinte, afastando o contido no artigo 6º da Lei nº 13.497/2017.

2. O Programa de Parcelamento constitui uma faculdade instituída em favor do sujeito passivo da obrigação tributária, podendo a ele aderir ou não, devendo, se aderir, observar os requisitos e condições estipuladas na legislação de regência.

3. Nos termos do art. 155-A do CTN, o parcelamento deve ser concedido conforme as condições estabelecidas em lei específica, podendo o legislador determinar os requisitos que entender necessário para a referida concessão, descabendo qualquer ingerência do sujeito passivo da obrigação tributária - ou do Judiciário, sob pena de afronta a separação de poderes - nas cláusulas do favor concedido. Precedente.

4. O art. 6º da Lei 13.496/17 dispõe que eventuais depósitos vinculados àqueles débitos serão automaticamente transformados em pagamento definitivo ou convertidos em renda da União Federal e que somente após esta fase e restando créditos tributários a serem liquidados, poderá o contribuinte promover a quitação na forma do PERT, tendo indicado a possibilidade do contribuinte, após promovida a conversão ou transformação, promover o levantamento de eventual saldo credor, desde que inexistam débitos exigíveis, sendo que adotar posição diversa seria dar interpretação extensiva à normativa de um benefício fiscal, afrontando-se o disposto no art. 111 do CTN. Precedentes.

5. Apelação da impetrante desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, Prosseguindo no julgamento, proferiu seu voto-vista a Desembargadora Federal DIVA MALERBI, no sentido de negar provimento à apelação. Assim a Turma, por maioria, nos moldes do 'quorum' ampliado previsto no artigo 942 do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação da impetrante, nos termos do voto da Desembargadora Federal DIVA MALERBI, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais FÁBIO PRIETO e JOHONSOM DI SALVO, bem como, do voto da Juíza Federal Convocada DENISE AVELAR, vencido o Relator, que lhe dava provimento. Lavrará o acórdão a Desembargadora federal DIVA MALERBI, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011844-07.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: BTT - TRANSPORTES S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO ROBERTO GIMENES BARDELA - SP188841-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011844-07.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: BTT - TRANSPORTES S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO ROBERTO GIMENES BARDELA - SP188841-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de agravo interno interposto por BTT – TRANSPORTES S/A, com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da r. decisão monocrática, que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo r. decisão que deferiu o pedido da exequente de penhora sobre o imóvel de matrícula 7.989 do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo.

Em razões recursais, a agravante sustenta, em síntese, que a recusa dos bens imóveis oferecidos à penhora (matrícula nº 24.022, no Cartório de Registro de Imóveis de Caçapava/SP e matrícula nº 127.739 junto ao 4º CRI/SP) é injustificada. Afirma que o fato de o primeiro imóvel estar situado em localidade diversa da execução não dificulta a sua alienação. Aduz que, apesar de o segundo imóvel já se encontrar penhorado na EF nº 0003873-14.1999.403.6114, está pendente de julgamento a questão relativa ao excesso de penhora na citada execução, razão pela qual seria suficiente para garantia da demanda originária.

Requer a retratação da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma, a fim de que o agravo de instrumento seja provido para determinar o cancelamento da penhora efetuada sobre o bem imóvel objeto da matrícula n.º 7.989 do 7º CRI/SP, restando assegurado o direito de apresentar um dos outros dois imóveis descritos no bojo do recurso, em garantia do débito executado (ID 94673127).

Contrarrazões (ID 107792567).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011844-07.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: BTT - TRANSPORTES S/A
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO ROBERTO GIMENES BARDELA - SP188841-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE DOIS BENS IMÓVEIS À PENHORA. RECUSA MOTIVADA. INDICAÇÃO DE UM TERCEIRO IMÓVEL PELA EXEQUENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do REsp n. 1.337.790, em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC/1973, que a executada não tem direito subjetivo à aceitação de bem nomeado à penhora.
3. Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.
4. No caso destes autos, a recusa dos bens ofertados foi devidamente justificada, pois em relação ao bem situado na Comarca de Caçapava, trata-se de imóvel em local diverso da execução o que, por certo, pode ocasionar a procrastinação do procedimento e a probabilidade do mesmo tornar-se infrutífero. Quanto à recusa do imóvel indicado matrícula nº 127.739 junto ao CRI/SP também justificável tal recusa, tendo em vista que o valor do bem, como informado pela executada, é insuficiente para garantir as duas execuções; o fato de existir petição de excesso de penhora pendente de apreciação definitiva nos autos da EF nº 0003873-14.1999.4.03.6114 não vincula a execução originária.
5. Cumpre ressaltar, que como bem destacou o MM. Juízo a quo "a executada não apresentou qualquer óbice justificável contra a penhora sobre o imóvel indicado pela exequente, matrícula 7.989 do 7º CRI/SP".
6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decism, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
7. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

A decisão monocrática negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão que deferiu o pedido da exequente de penhora sobre o imóvel de matrícula 7.989 do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, conforme os seguintes fundamentos:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo R. Juízo da 6ª Vara Federal das Execuções Fiscais de São Paulo que, em execução fiscal, deferiu o pedido da exequente de penhora sobre o imóvel de matrícula 7.989 do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo (ID Num. 3164508 – Pág. 28).

Preteende a agravante a reforma da r. decisão agravada, aduzindo, em síntese, que: tendo em vista o insucesso da tentativa de penhora de ativos financeiros da executada, a União Federal pleiteou a penhora de imóvel registrado no 7º CRI/SP, matrícula nº 7.989; contudo, objetivando o oferecimento de garantia que lhe fosse menos onerosa, apresentou bem imóvel registrado sob a matrícula nº 24.022, no Cartório de Registro de Imóveis de Caçapava/SP, que foi recusado pela exequente, ao argumento de se tratar de imóvel localizado em Comarca diversa da execução; instada a se manifestar no feito originário, ofertou à penhora imóvel matrícula nº 127.739 junto ao 4º CRI/SP, que também foi recusado pela União Federal, sob o fundamento de que este se encontra também penhorado na EF nº 0003873-14.1999.403.6114, não sendo suficiente para garantir as duas execuções; nesse passo, informou ao Juízo que está pendente de julgamento a questão relativa ao excesso de penhora em citada execução nº 0003873-14.1999.403.6114, razão pela qual seria suficiente para garantia da demanda originária.

Alega que a União Federal não apontou qualquer inidoneidade no bem imóvel registrado sob o nº 24.022, no Cartório de Registro de Imóveis de Caçapava/SP, não sendo suficiente para justificar tal recusa, o fato do imóvel estar localizado em outra Comarca.

Sustenta que deve ser afastada a penhora incidente sobre o imóvel de matrícula 7.989 do 7º Cartório de Registro de Imóveis de São Paulo, assegurando-lhe o direito à nomeação de outros bens, sob pena de violação ao disposto no art. 9º, da LEF e ofensa ao princípio da menor onerosidade previsto no art. 805, parágrafo único, do CPC/2015.

Requer, ao final, seja dado provimento ao presente Agravo de Instrumento, para o fim de reformar a r. decisão agravada, para que não ocorra a penhora sobre o bem imóvel objeto da matrícula nº 7.989 do 7º CRI/SP, restando assegurado a apresentação de outras garantias previstas no rol do art. 9º da Lei nº 6.830/1980 c/c art. 805 do NCPC, observando-se o primado da menor onerosidade (ID Num 3164487 – Pág. 14).

Com contramínuta (ID Num. 4115056 – Pág. 1/12).

Após, vieram-me os autos conclusos.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 e inciso IV do Código de Processo Civil/2015.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

É certo que, conjugado ao princípio da menor onerosidade (CPC/73-art. 620, CPC/2015-art. 805), vigora também o princípio de que a execução se realiza no interesse do credor (CPC/73-art. 612, CPC/2015-art. 797).

No caso em exame, ao que consta dos autos, citada a agravante e expedido o mandato de penhora, avaliação e intimação, o Oficial de Justiça certificou que deixou de proceder à penhora por não haver localizados bens para satisfazer o débito (ID Num 3164489 – Pág. 24), porém, que, em diligências realizadas em outros mandados, localizou ônibus registrados em nome da executada, ao que se seguiu o requerimento da exequente de expedição de mandato de penhora, avaliação e remoção dos veículos apontados (ID Num. 3164490 – Pág. 1); a executada apresentou exceções pré-executividade, sendo a primeira rejeitada e a segunda acolhida parcialmente para excluir a CDA nº 80.2.06.005759-67, prosseguindo-se a demanda pela CDA remanescente (ID Num. 3144503 – Pág. 8/15); após a tentativa de penhora on line restar infrutífera a União Federal requereu a expedição de mandato de penhora e avaliação de imóvel de propriedade da executada, matrícula nº 7.989 do CRI/SP, o que foi deferido pelo magistrado de origem (ID Num 3164504 – Pág. 9/11 e ID Num. 3164505 – Pág. 2 e 11).

A executada, nesse passo, peticionou nos autos originários oferecendo à penhora o imóvel de matrícula nº 24.022 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Caçapava/SP (ID Num 3164505 – Pág. 13/17); ao se manifestar, a exequente rejeitou a penhora sobre tal imóvel, uma vez que localizado em Comarca diversa da execução (ID Num 3164507 – Pág. 1/2); na sequência, a executada ofereceu à constrição o imóvel de matrícula nº 127.739, do 4º CRI/SP, requerendo o cancelamento da penhora sobre o imóvel objeto da matrícula nº 7.989, registrada perante o CRI/SP (ID nº 3164507 – Pág. 7/9). O imóvel foi recusado pela exequente, sob o fundamento de que referido bem é penhorado na EF nº 00038731419994036114 para garantir débito no valor de 272.152,33, sendo o valor do imóvel apresentado pela executada de R\$ 217.000,00, insuficiente para garantir a dívida das duas execuções (ID Num. 3164507 – Pág. 18/19), reiterando, dessa forma, o pedido de penhora sobre o imóvel matrícula nº 7.989 perante o CRI/SP; a parte executada ponderou que há nos autos da EF nº 0003873-14.1999.403.6114 pedido de excesso de garantia, pendente de apreciação, no qual requer a liberação do imóvel referido (ID Num 3164508 – Pág.1/2), ao que se seguiu a decisão agravada deferindo o pedido da exequente e determinando a penhora sobre o imóvel objeto da matrícula nº 7989, registrada perante o CRI/SP, o que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento.

Como é sabido, tanto a exequente como o próprio Juiz não estão obrigados a aceitar a nomeação à penhora levada a efeito pelo executado, ora agravante.

E, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC que a executada não tem direito subjetivo à aceitação do bem nomeado à penhora, verbis:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma ratio decidendi tem lugar in casu, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1337790/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013)

Ademais, a recusa do bem imóvel situado na Comarca de Caçapava é fundada, tendo em vista se tratar de imóvel em local diverso da execução o que, por certo, pode ocasionar a procrastinação do procedimento e a probabilidade do mesmo tornar-se infrutífero.

Quanto à recusa do imóvel indicado matrícula nº 127.739 junto ao CRI/SP também justificável tal recusa, tendo em vista que o valor do bem, como informado pela executada, é insuficiente para garantia das duas execuções; o fato de existir petição de excesso de penhora pendente de apreciação definitiva nos autos da EF nº 0003873-14.1999.4.03.6114 não vincula a execução originária.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL - AGRADO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE IMÓVEL LOCALIZADO EM COMARCA DIVERSA - RECUSA FUNDAMENTADA.

1- A regra da menor onerosidade (art. 620, do CPC) não visa inviabilizar, ou dificultar, o recebimento do crédito pelo credor.

2- A penhora deve recair sobre coisa de fácil liquidação.

3- Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 243640 - 0066097-84.2005.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, julgado em 22/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2018)

PROCESSIONAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRADO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO. RECUSA. POSSIBILIDADE. PENHORA ELETRÔNICA DE ATIVOS FINANCEIROS. SISTEMA BACENJUD. AGRADO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.337.7790/PR, submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que na execução fiscal, o executado não tem direito subjetivo à aceitação do bem por ele nomeado à penhora em desacordo com a ordem estabelecida no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, na hipótese em que não tenha apresentado elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC/73).

3. Nota-se que, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem do art. 11 do mesmo diploma legal, cabendo a ele, devedor, o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastar a ordem legal dos bens penhoráveis, bem como, para que essa providência seja adotada, é insuficiente a mera invocação genérica do artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73).

4. In casu, restou fundamentada pela exequente a recusa da substituição do bem penhorado (dinheiro) pelo imóvel indicado, conforme manifestação lançada na contraminuta do presente agravo – dentre as quais se destaca o não atendimento à ordem do artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais, bem como a situação do imóvel indicado, que está localizado em comarca diversa, inexistindo ainda qualquer comprovação nos autos de que tal imóvel está livre e desembaraçado de ônus –, não havendo que se falar em violação do artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73).

5. Se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC/2015 (artigo 620 do CPC/73), não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC/2015 (artigo 612 do CPC/73).

6. Não está a Fazenda Pública exequente obrigada a aceitar bens nomeados à penhora em desobediência à ordem legal.

7. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

8. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, AI - AGRADO DE INSTRUMENTO - 5000544-19.2016.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 19/12/2018, e -DJF3 Judicial 1 DATA: 15/01/2019) Grifei

De outra parte, os arts 8º e 9º, da Lei nº 6.830/80 dispõem que:

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

(...)

Art. 9º

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

(...)

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11;

(...)

Vale destacar que, na hipótese, a agravante veio aos autos oferecer outros bens imóveis à penhora somente após o pedido feito pela exequente de penhora do referido imóvel matrícula nº 7.989, do 7º CRI/SP, não havendo que se falar em vulneração ao art. 9º, III, da Lei nº 6.830/80 ou ao art. 805, do CPC.

Ademais, como bem ressaltou o magistrado de origem, Juiz Federal Erik Frederico Gramstrup, A executada não apresentou qualquer óbice justificável contra a penhora sobre o imóvel indicado pela exequente, matrícula 7.989 do 7º CRI/SP.

Dessa forma, deve ser mantida a eficácia da decisão agravada.

Em face de todo o exposto, com supedâneo no art. 932 e inciso IV, do Código de Processo Civil/2015, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

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

Intimem-se."

Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.

Dessa forma, não está a Fazenda Pública exequente obrigada a aceitar os bens nomeados à penhora pelo devedor.

No caso destes autos, a recusa dos bens ofertados foi devidamente justificada, pois em relação ao bem situado na Comarca de Caçapava, trata-se de imóvel em local diverso da execução o que, por certo, pode ocasionar a procrastinação do procedimento e a probabilidade do mesmo tornar-se infrutífero.

Quanto à recusa do imóvel indicado matrícula nº 127.739 junto ao CRI/SP também justificável tal recusa, tendo em vista que o valor do bem, como informado pela executada, é insuficiente para garantia das duas execuções; o fato de existir petição de excesso de penhora pendente de apreciação definitiva nos autos da EF nº 0003873-14.1999.4.03.6114 não vincula a execução originária.

Destarte, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE DOIS BENS IMÓVEIS À PENHORA. RECUSA MOTIVADA. INDICAÇÃO DE UM TERCEIRO IMÓVEL PELA EXEQUENTE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no julgamento do REsp n. 1.337.790, em acórdão submetido ao regime art. 543-C do CPC/1973, que a executada não tem direito subjetivo à aceitação de bem nomeado à penhora.

3. Com efeito, se é certo que a execução deve ser feita da maneira menos gravosa para o devedor, nos termos do artigo 805 do CPC, não menos certo é que a execução se realiza no interesse do exequente, nos termos do artigo 797 do CPC.

4. No caso destes autos, a recusa dos bens ofertados foi devidamente justificada, pois em relação ao bem situado na Comarca de Caçapava, trata-se de imóvel em local diverso da execução o que, por certo, pode ocasionar a procrastinação do procedimento e a probabilidade do mesmo tornar-se infrutífero. Quanto à recusa do imóvel indicado matrícula nº 127.739 junto ao CRI/SP também justificável tal recusa, tendo em vista que o valor do bem, como informado pela executada, é insuficiente para garantia das duas execuções; o fato de existir petição de excesso de penhora pendente de apreciação definitiva nos autos da EF nº 0003873-14.1999.4.03.6114 não vincula a execução originária.

5. Cumpre ressaltar, que como bem destacou o MM. Juízo a quo “a executada não apresentou qualquer óbice justificável contra a penhora sobre o imóvel indicado pela exequente, matrícula 7.989 do 7º CRI/SP”.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000573-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TERRA FORTE EXPORTACAO E IMPORTACAO DE CAFE LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO - RS52344-A, MAYARA GONCALVES VIVAN - RS105248-A, RUTE DE OLIVEIRA PEIXOTO - SP169715-S, ILO

DIEHL DOS SANTOS - RS52096-A, RUBENS DE OLIVEIRA PEIXOTO - RS51139-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000573-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TERRA FORTE EXPORTACAO E IMPORTACAO DE CAFE LIMITADA

Advogados do(a) APELADO: LUIS AUGUSTO DE OLIVEIRA AZEVEDO - RS52344-A, MAYARA GONCALVES VIVAN - RS105248-A, RUTE DE OLIVEIRA PEIXOTO - SP169715-S, ILO

DIEHL DOS SANTOS - RS52096-A, RUBENS DE OLIVEIRA PEIXOTO - RS51139-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.021 do Código de Processo Civil, em face da decisão monocrática ID 122786012 que, nos termos do artigo 932, IV, do Código de Processo Civil, negou provimento à remessa oficial e à apelação, mantendo a r. sentença que concedeu parcialmente a segurança para determinar à autoridade impetrada que proferisse decisão quanto ao cabimento da antecipação de crédito postulada pela impetrante na forma da Portaria MF nº 348/2010, abstendo-se de efetuar a compensação de ofício com os débitos que estivessem com exigibilidade suspensa em razão de parcelamento.

Sustenta a agravante, em síntese, que a tese firmada no julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.213.082/PR não se aplica ao caso, pois o julgado precede à edição da Lei nº 12.844/2013, que alterou a redação do artigo 73 da Lei nº 9.430/96 a fim de permitir a compensação de ofício com débitos parcelados sem garantia, e que ali se debatia acerca da legalidade do teor de Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Alega que inexistente disposição legal que imponha à administração o dever de concluir o pedido de ressarcimento no prazo de apenas 30 dias, conforme determinado, sendo que o E. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.138.206/RS, consolidou entendimento no sentido de o prazo para conclusão de processo administrativo fiscal é de 360 dias. Requer a submissão do presente ao julgamento da E. Turma, para que seja reformada a decisão monocrática (ID 123751817).

A agravada apresentou contrarrazões alegando que o art. 24 da Lei nº 11.457/2007 estabelece o prazo máximo de 360 dias para a Administração proferir decisão administrativa de interesse do contribuinte e que a alteração promovida pela Lei nº 12.844/13 não tem o condão de afastar o entendimento firmado pelo STJ no REsp nº 1.213.082/PR. Requer o desprovimento do agravo (ID 127946165).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000573-34.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: TERRA FORTE EXPORTACAO E IMPORTACAO DE CAFE LIMITADA

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE RESSARCIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO. PRAZO. PORTARIA MF Nº 348/2010. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 73, DA LEI Nº 9.430/96. ALTERAÇÃO PELA LEI Nº 12.844/2013. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A questão vertida nos autos cinge-se à existência de prazo legal para decisão quanto ao cabimento da antecipação parcial de crédito no procedimento especial de ressarcimento formalizado pelo contribuinte no âmbito administrativo, bem como à possibilidade de compensação de ofício de créditos passíveis de restituição com débitos tributários que estejam com exigibilidade suspensa por força parcelamento.

2. Em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição da República), não deve ser admitido que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a apreciação e conclusão dos processos administrativos, sendo de rigor a aplicação do prazo regulamentar de 30 dias estabelecido na Portaria MF nº 348/10 para análise quanto ao cabimento da antecipação de crédito pretendida pela impetrante.

3. No tocante à compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa, o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade do procedimento.

4. O art. 20 da Lei nº 12.844/2013, que deu nova redação ao artigo 73 da Lei nº 9.430/96, não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa.

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não é de ser provido o agravo.

A questão vertida nos autos cinge-se à existência de prazo legal para decisão quanto ao cabimento da antecipação parcial de crédito no procedimento especial de ressarcimento formalizado pelo contribuinte no âmbito administrativo, bem como à possibilidade de compensação de ofício de créditos passíveis de restituição com débitos tributários que estejam com exigibilidade suspensa por força parcelamento.

No tocante à antecipação parcial do crédito postulado pelo contribuinte, a Portaria MF nº 348/10 estabeleceu *in verbis*:

"Art. 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) deverá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do Pedido de Ressarcimento dos créditos de que trata o art. 1º, efetuar o pagamento de 30% (cinquenta por cento) do valor pleiteado por pessoa jurídica que atenda, cumulativamente, às seguintes condições:

I - cumpra os requisitos de regularidade fiscal para o fornecimento de certidão negativa ou de certidão positiva, com efeitos de negativa, de débitos relativos aos tributos administrados pela RFB e à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN);

II - não tenha sido submetida ao regime especial de fiscalização de que trata o art. 33 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, nos 36 (trinta e seis) meses anteriores à apresentação do pedido;

III - esteja obrigado a manter Escrituração Fiscal Digital (EFD);

IV - tenha efetuado exportações no ano-calendário anterior ao do pedido em valor igual ou superior a 10% (dez por cento) da receita bruta total; e (Redação dada pela Portaria MF nº 260, de 24 de maio de 2011) (Vide art. 3º da P.M.F. nº 260/2011)

V - nos 24 (vinte e quatro) meses anteriores à apresentação do pedido objeto do procedimento especial de que trata o art. 1º, não tenha havido indeferimentos de Pedidos de Ressarcimento ou não-homologações de compensações, relativos a créditos de Contribuição para o PIS/PASEP, de COFINS e de IPI, totalizando valor superior a 15% (quinze por cento) do montante solicitado ou declarado.

(...)"

Conforme consignado na r. decisão agravada, "Em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição da República), não deve ser admitido que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a apreciação e conclusão dos processos administrativos", sendo de rigor a aplicação do prazo regulamentar de 30 dias estabelecido na Portaria MF nº 348/10 para análise quanto ao cabimento da antecipação de crédito pretendida pela impetrante.

No tocante à compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa, o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade do procedimento, conforme se depreende da ementa *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). ART. 535, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI N. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI N. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUÍDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. LEGALIDADE DO ART. 6º E PARÁGRAFOS DO DECRETO N. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADADO SE ENCONTRAR COM EXIGIBILIDADE SUSPensa (ART. 151, DO CTN).

1. Não macula o art. 535, do CPC, o acórdão da Corte de Origem suficientemente fundamentado.

2. O art. 6º e parágrafos, do Decreto n. 2.138/97, bem como as instruções normativas da Secretaria da Receita Federal que regulamentam a compensação de ofício no âmbito da Administração Tributária Federal (arts. 6º, 8º e 12, da IN SRF 21/1997; art. 24, da IN SRF 210/2002; art. 34, da IN SRF 460/2004; art. 34, da IN SRF 600/2005; e art. 49, da IN SRF 900/2008), extrapolarão o art. 7º, do Decreto-Lei n. 2.287/86, tanto em sua redação original quanto na redação atual dada pelo art. 114, da Lei n. 11.196, de 2005, somente no que diz respeito à imposição da compensação de ofício aos débitos do sujeito passivo que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151, do CTN (v.g. débitos incluídos no REFIS, PAES, PAEX, etc.). Fora dos casos previstos no art. 151, do CTN, a compensação de ofício é ato vinculado da Fazenda Pública Federal a que deve se submeter o sujeito passivo, inclusive sendo lícitos os procedimentos de concordância tácita e retenção previstos nos §§ 1º e 3º, do art. 6º, do Decreto n. 2.138/97. Precedentes: REsp. Nº 542.938 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 18.08.2005; REsp. Nº 665.953 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5.12.2006; REsp. Nº 1.167.820 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.08.2010; REsp. Nº 997.397 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.03.2008; REsp. Nº 873.799 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 12.8.2008; REsp. n. 491342 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 18.05.2006; REsp. Nº 1.130.680 - RS Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.10.2010.

3. No caso concreto, trata-se de restituição de valores indevidamente pagos a título de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ com a imputação de ofício em débitos do mesmo sujeito passivo para os quais não há informação de suspensão na forma do art. 151, do CTN. Impõe-se a obediência ao art. 6º e parágrafos do Decreto n. 2.138/97 e normativos próprios.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008."

(REsp 1213082/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 18/08/2011)

É bem verdade que o artigo 20 da Lei nº 12.844/2013 deu nova redação ao artigo 73, parágrafo único da Lei nº 9.430/96, para autorizar expressamente a compensação de ofício em relação aos débitos parcelados sem o oferecimento de garantia por parte do devedor.

Entretanto, tal disposição não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa em razão do ingresso em algum programa de parcelamento, ou outra forma de suspensão da exigibilidade prevista no art. 151, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, os julgados desta Corte Regional:

"AGRAVO LEGAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DO ART. 557, DO CPC. TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Lei nº 12.844/2013, a qual deu nova redação ao art. 73, parágrafo único da Lei nº 9.430/96, há previsão expressa no sentido de que é devida a compensação de ofício com débitos não parcelados ou parcelados sem garantia, ou seja, é devida a compensação de ofício com todos os débitos do contribuinte, inclusive aqueles que estejam com a exigibilidade suspensa, desde que sem garantia.

2. O E. Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacífico quanto à impossibilidade da compensação de ofício quando os créditos tributários estão com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN, matéria julgada sob o rito do art. 543-C, pela E. 1ª Seção, no REsp 1.213.082, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10/08/2011, DJe 18/08/2011.

3. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

4. Agravo legal improvido.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AMS 0016349-04.2014.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julgado em 11/06/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/06/2015)

“REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO: COMPENSAÇÃO EX OFFICIO FEITA PELA RECEITA FEDERAL DE VALOR RESTITUÍVEL AO CONTRIBUINTE, COM DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EXISTENTES. DÉBITOS, PORÉM, QUE SE ENCONTRAVAM COMO EXIGIBILIDADE SUSPensa E QUE, PORTANTO, NÃO ERAM EXIGÍVEIS. CASO EM QUE NÃO HÁ PROVA DE OUTROS CRÉDITOS FISCAIS “EM ABERTO”. IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO IMPETRANTE EM 1ª GRAU SEM INTUITO PROTETATÓRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DA UNIÃO DESPROVIDOS. APELAÇÃO DA IMPETRANTE ACOLHIDA

1. A compensação de ofício tem como fundamento primordial o art. 170 do CTN, que delega à lei comum a regulamentação do instituto. O Decreto-Lei 2.287/86 passou a dispor em seu art. 6º que - antes de proceder a qualquer restituição - cumpre à Receita Federal compensar o valor restituível com créditos tributários em nome do contribuinte que sejam constatados como devidos à Fazenda Nacional, independentemente de serem da mesma natureza da restituição. Tema também tratado no art. 73 da Lei 9.430/96, com alteração promovida pela Lei 12.844/13.

2. Impossibilidade dessa compensação se a dívida fiscal está com a exigibilidade suspensa, porque não é exigível e assim não teria juridicidade da compensação ex officio. Posição do STJ em sede do recurso repetitivo REsp 1.213.082.

3. Ausência de prova da existência de outras dívidas “em aberto”.

4. Cumprir afastar a incidência da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC/73 imposta à impetrante, pois os embargos de declaração opostos em 1ª instância não tinham intuito protetatório.”

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 348612 - 0017390-74.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOMDI SALVO, julgado em 28/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2016)

“TRIBUTÁRIO. PROCESSO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE DÉBITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. COMPENSAÇÃO COM DÉBITOS PARCELADOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LIMINAR MANDADO DE SEGURANÇA. INVÍVEL. CARÁTER SATISFATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS ADMINISTRATIVOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A compensação, sendo forma de extinção do crédito tributário, apenas poderá ser determinada ao contribuinte quando se lhe possa ser exigido o pagamento de seu débito tributário. Somente quando o débito do contribuinte com o Fisco for vencido e exigível poderá ser efetuada a compensação de ofício. Precedentes.

- O disposto no artigo 20 da Lei 12.844/2013 não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício, desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa em razão do ingresso em algum programa de parcelamento, ou outra forma de suspensão da exigibilidade prevista no art. 151, do CTN.

- Os documentos carreados aos autos comprovam, de fato, que estão com a exigibilidade suspensa, os créditos tributários com os quais o FISCO pretende proceder à compensação dentro do escopo dos pedidos de restituição formulados pela agravante.

- O pedido de imediata restituição, porém, não pode ser deferido.

- Tratando-se de decisão liminar em mandado de segurança, incabível a determinação de restituição/ressarcimento dos créditos tributários, pelo fato de, além do caráter satisfativo da pretensão, equivaler em seus efeitos à execução definitiva da decisão.

- O mandado de segurança não é a via adequada especificamente para o pedido de restituição, uma vez que visa produzir efeito meramente patrimonial, que poderia ser alcançado em ação de cobrança. O writ não deve se configurar como substitutivo daquela. Jurisprudência.

- Se a autoridade constatar o direito ao ressarcimento, este deverá se dar nos próprios autos administrativos, ou eventualmente em ação própria, não sendo o mandado de segurança a via adequada para a cobrança.

- A consequência lógica da não compensação de ofício, caso não haja qualquer outro empecilho jurídico, será a efetiva compensação nos próprios autos administrativos.

- O valor exato da restituição não deve ser fixado judicialmente até porque ele sequer pode ser auferido, com segurança, no agravo de instrumento.

- Embargos de declaração prejudicados.

- Agravo de instrumento parcialmente provido.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 563210 - 0017861-52.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, julgado em 20/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/04/2016)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO PREVISTA NO ART. 73, DA LEI Nº. 9.430/96 E NO ART. 7º, DO DECRETO-LEI Nº. 2.287/86. CONCORDÂNCIA TÁCITA E RETENÇÃO DE VALOR A SER RESTITUIDO OU RESSARCIDO PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. DECRETO Nº. 2.138/97. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO APENAS QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO A SER LIQUIDADO SE ENCONTRA COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. ARTIGO 151 DO CTN.

- A documentação acostada aos autos comprova que houve reconhecimento da existência de saldo credor em favor da agravante no processo nº 10880-726.405/2011-28, bem como a intenção da agravada em proceder à compensação de ofício entre ele e débitos da recorrente objeto de parcelamento (fls.78/79), na forma dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86 e 3º do Decreto nº 2.138/97. Sobre a questão o STJ concluiu no julgamento do REsp 1213082/PR, na sistemática do artigo 543-C do CPC, que não se pode impor a compensação de ofício aos débitos do contribuinte que se encontram com exigibilidade suspensa, na forma do art. 151 do CTN.

- A compensação somente é possível entre dívidas certas, líquidas e exigíveis (artigo 369 do CC). No caso dos autos a agravada busca compensar de ofício crédito da agravante com débitos inseridos em programa de parcelamento fiscal, cuja exigibilidade está suspensa, na forma do artigo 151, inciso VI, do CTN. Assim, inviável a pretendida compensação pretendida pela recorrida, à luz dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, 7º do Decreto-Lei nº 2.287/86, 61, §1º-A, da IN nº. 1300/2012 e 3º do Decreto nº 2.138/97, ainda que considerada as alterações promovidas pela Lei nº 12.844/2013, que autorizam a compensação de ofício de créditos tributários com débitos objeto de parcelamento sem garantia, uma vez que a essência da vedação, qual seja, a inexigibilidade dos débitos parcelados, permanece na hipótese da existência ou não de garantia.

- Por fim, no que tange ao ressarcimento dos créditos objeto do Processo Administrativo nº 10880-726.405/2011-28, apesar de prejudicado o agravo interposto contra decisão singular com o julgamento do agravo de instrumento, razão assiste à recorrente, considerada a impossibilidade de compensação, conforme anteriormente fundamentado, e a existência de saldo credor em favor da agravante, inclusive reconhecido pela agravada em contraminuta: “No caso em tela, a pretensão é que a União efetue o ressarcimento de uma só vez, para receber de volta, em parcelas, os débitos tributários já vencidos, o que não pode ser admitido”.

- Agravo de instrumento provido, para que a agravada se abstenha de promover a compensação de ofício entre créditos tributários reconhecidos em favor do contribuinte e débitos com a exigibilidade suspensa, bem como proceda ao ressarcimento à recorrente do crédito existente a seu favor no Processo Administrativo nº 10880-726.405/2011-28. Agravo interposto contra decisão singular prejudicado.”

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0006975-28.2014.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NABARRETE, julgado em 18/09/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/10/2014)

De outra parte, o fato do E. Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a existência de repercussão geral em relação à matéria ora versada (Tema 874, RE nº 917.285) não impede o julgamento da causa, porquanto não houve determinação de suspensão dos processos similares em âmbito nacional.

Com efeito, a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a suspensão dos processos prevista no art. 1.035, § 5º, do CPC não é obrigatória e depende de determinação expressa do Ministro Relator. Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. ALEGADA OFENSA AO ART. 5º, XII E XVI DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPOSSIBILIDADE DE REANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO CONFERIDA À LEI 9.296/1996 E AO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NO RE 625.263/PR. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS SEMELHANTES NÃO DETERMINADA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) IV – A suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la (RE 966.177/RS-QU, Plenário). V – Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento de que os processos que versem sobre a prorrogação de interceptações telefônicas não precisam ser sobrestados e podem ser apreciados. Precedentes. VI – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(ARE 1187125 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 22-05-2019 PUBLIC 23-05-2019)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO DOS FEITOS PELO RELATOR DO PROCESSO-PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na sessão de julgamento de 07.06.2017, o Pleno desta Corte resolveu questão de ordem, no RE 966.177/RS, no sentido de que “a suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la”. 2. Considerando que o Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 979.962 RG, por ora, não determinou o sobrestamento dos processos que versem sobre a mesma matéria, não há que se falar em suspensão automática do prazo prescricional. 3. Agravo regimental desprovido.”

(RE 1013001 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 12/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2019 PUBLIC 26-04-2019)

As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Pelo exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Adoto o relatório apresentado pela Relatora.

Coma devida vênia, dirijo, por entender que a questão já foi apreciada pela Turma, em sentido contrário.

Prevaleceu o entendimento de que a fixação de prazo para a conclusão da análise administrativa e o efetivo ressarcimento do crédito é matéria afeta à lei, não a instruções ou outras espécies normativas similares.

Confira-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PEDIDO DE RESSARCIMENTO - PRAZO PARA A REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO – INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº. 1.717/17.

1. O artigo 24, da Lei Federal n.º 11.457/07, fixa prazo para a conclusão da análise administrativa.

2. Não há prazo legal para a realização do pagamento.

3. O ato normativo não pode inovar na ordem jurídica.

4. A restituição dos créditos obedecerá a procedimento próprio da Administração, não competindo ao Judiciário antecipar a entrega do objeto do pedido.

5. Apelação improvida.

(TRF-3, ApCiv 5015452-46.2018.4.03.6100, SEXTA TURMA, Rel. Des. Fed. FÁBIO PRIETO, j. 13/12/2019).

A fundamentação:

“O prazo para a conclusão da análise administrativa de pedido de ressarcimento tributário é de 360 (trezentos e sessenta) dias, a partir do protocolo, nos termos do artigo 24, da Lei Federal n.º 11.457/07.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de julgamentos repetitivos: REsp 1138206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010.

Não há prazo legal para a realização do pagamento.

O ato normativo não pode inovar na ordem jurídica.

A restituição dos créditos obedecerá a procedimento próprio da Administração, não competindo ao Judiciário antecipar a entrega do objeto do pedido.

Precedentes desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. ARTIGO 538 DO CPC/73. INTUITO PROTELATÓRIO NÃO CONFIGURADO. (...)

2. No presente caso a própria autoridade impetrada informou que a Receita Federal iria realizar diligência apenas no ano de 2015, muito embora os pedidos de ressarcimento remontem ao ano de 2013.

3. Sentença mantida, porquanto em consonância com o entendimento firmado em sede de representativo de controvérsia julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.138.206/RS.

4. Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

5. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração. Precedentes. (...)

7. Apelação parcialmente provida para afastar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/73 e remessa oficial desprovida.

(TRF3, APELAÇÃO CÍVEL 0003384-52.2014.4.03.6113, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/05/2018).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A EC 45/04 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Lei Maior, dispondo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Movido por tal garantia constitucional, foi editada a Lei 11.457/07, acerca da qual se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de impor à Administração, nos pedidos de restituição, a análise dos feitos no prazo previsto pelo respectivo artigo 24: "é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte".

2. Na espécie, consta dos autos que o requerimento administrativo foi protocolado em 03/07/2014, sendo impetrado o presente mandado de segurança em 18/01/2016, com liminar parcialmente concedida para análise do pedido administrativo em 60 (sessenta) dias, em 29/02/2016. Em suas informações, a autoridade coatora requereu a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias, revelando, pois, a procedência parcial do pedido, tal como reconhecido pelo Juízo a quo.

3. Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

4. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF3, APELAÇÃO CÍVEL 0000946-24.2016.4.03.6100, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 03/02/2017).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO PARA PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. PRAZO DE 360 DIAS PARA PETIÇÕES E DEFESAS. AUSÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- No que se refere a pedidos de ressarcimento ou restituição de créditos, aplicável os ditames da Lei n. 11.457/2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal e prevê o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para prolação de decisões administrativas, descabendo falar no prazo assinalado pela Lei n. 9.784/1999, que cuida do processo administrativo federal em caráter geral. (...)

- O documento apresentado a fls. 112 demonstra que o pedido de ressarcimento n. 42425.65034.040515.1.2.02-1077 foi analisado pela RFB. No tocante ao prazo de efetiva restituição, necessário salientar que o prazo constante dos ditames da Lei n. 11.457/2007 aplica-se à prolação de decisões administrativas, não existindo no art. 24 determinação de prazo para o pagamento.

- Ademais, não há, no caso, como reconhecer o pedido de disponibilização imediata dos valores, vez que a Receita Federal possui uma dinâmica de trabalho, baseada em datas de protocolos, que não pode ser alterada pelo judiciário sem que exista alguma ilegalidade/irregularidade no procedimento ou motivo de força maior.

- Recurso não provido.

(TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO 0018923-93.2016.4.03.0000, QUARTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/11/2017).

Nesta Turma:

A impetrante ajuizou o presente mandado de segurança sustentando ter direito à apreciação dos pedidos de restituição apresentados em face do disposto na Lei nº 11.457/07, que estabelece o prazo de 360 dias para a prolação de decisão administrativa.

(...)

A r. sentença, entendendo que ao caso devem ser aplicadas as disposições da Lei nº 11.457/07, julgou procedente o pedido determinando que a autoridade impetrada conclua os pedidos de restituição nºs 15296.63881.190515.1.6.03-3500, 31232.16996.151015.1.2.03-2276 e 01042.71756.151015.1.2.02-8020, no prazo de 15 dias, efetuando o pagamento dos créditos que forem reconhecidos. Sem honorários. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

(...)

No caso dos autos, como bem assinalado pela r. sentença: "(...) de acordo com os documentos juntados aos autos, os pedidos de restituição foram apresentados no período compreendido entre 19/05/2015 e 15/10/2015 (fls. 38/40), ou seja, há mais de 360 dias, tendo se esgotado o prazo para a manifestação da autoridade impetrada."

Assim, verifica-se a não observância do prazo previsto no art. 24 da Lei nº 11.457/2007, razão pela qual, deve ser mantida a determinação de imediata conclusão dos pedidos de restituição.

No entanto, não deve prosperar a determinação de pagamento dos créditos reconhecidos.

Conforme bem lançado pelo Ministério Público Federal às fls. 121: "(...) não há qualquer imposição legal atinente ao imediato pagamento dos créditos. O legislador foi expresso ao impor o prazo em referência tão somente no tocante à análise dos pedidos, sendo que sua execução se sujeita a questões outras que fogem à eficiência da Administração."

Desta forma, verifica-se que o mencionado REsp 1.138.206/RS somente estabelece a obrigatoriedade de prolação de decisão administrativa no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias a partir do protocolo administrativo, não havendo qualquer determinação quanto ao pagamento imediato do decisum administrativo.

Assim, uma vez reconhecida a existência de créditos, a restituição obedecerá ao procedimento próprio da Administração. [...]

(TRF3, ApReex 0022492-38.2016.4.03.6100, DECISÃO MONOCRÁTICA DA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, j. 11/01/2019)".

Quanto à viabilidade da compensação de ofício, como Relatora.

Por tais fundamentos, **dou parcial provimento ao agravo interno**, para determinar a observância do prazo legal na análise administrativa.

É o voto.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE RESSARCIMENTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO. PRAZO. PORTARIA MF Nº 348/2010. COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO. ART. 73, DA LEI Nº 9.430/96. ALTERAÇÃO PELA LEI Nº 12.844/2013. CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM EXIGIBILIDADE SUSPensa. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A questão vertida nos autos cinge-se à existência de prazo legal para decisão quanto ao cabimento da antecipação parcial de crédito no procedimento especial de ressarcimento formalizado pelo contribuinte no âmbito administrativo, bem como à possibilidade de compensação de ofício de créditos passíveis de restituição com débitos tributários que estejam com exigibilidade suspensa por força parcelamento.

2. Em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição da República), não deve ser admitido que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a apreciação e conclusão dos processos administrativos, sendo de rigor a aplicação do prazo regulamentar de 30 dias estabelecido na Portaria MF nº 348/10 para análise quanto ao cabimento da antecipação de crédito pretendida pela impetrante.

3. No tocante à compensação de ofício envolvendo débitos com exigibilidade suspensa, o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática do artigo 543-C do antigo Código de Processo Civil (Tema 484), fixou entendimento quanto à ilegalidade do procedimento.

4. O art. 20 da Lei nº 12.844/2013, que deu nova redação ao artigo 73 da Lei nº 9.430/96, não foi capaz de alterar o entendimento esposado pelo E. STJ, que, frise-se, admite a legalidade dos procedimentos de compensação de ofício desde que os créditos tributários em que foi imputada a compensação não estejam com sua exigibilidade suspensa.

5. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

6. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelo voto dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, e Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto que dava parcial provimento ao agravo interno, para determinar a observância do prazo legal na análise administrativa. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000735-87.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: TECNOFELTRO INDUSTRIA DE FELTROS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO HENRIQUE BRANQUINHO BARBOZA TOZZI - SP327148-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000735-87.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
EMBARGANTE: TECNOFELTRO INDUSTRIA DE FELTROS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO HENRIQUE BRANQUINHO BARBOZA TOZZI - SP327148-A
EMBARGADO: V. ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADOS: OS MESMOS
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL) e por TECNOFELTRO INDUSTRIA DE FELTROS LTDA - EPP, em face do v. acórdão (ID 125070260), que encontra-se assim ementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisor monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. A matéria no tocante à verba honorária, manifestada pela União neste agravo interno, sequer deve ser conhecida, pois não consta tenha a agravante se irrisignado no seu recurso de apelação, nem tampouco foi alterada a sentença recorrida no ponto.

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifique motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo interno improvido.

Sustenta a União Federal (ID 126541176), em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, no que tange à análise do disposto nos arts. 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º e 27 da Lei nº 9.868/99. Aduz a ausência de definitividade do julgamento no RE nº 574.706-PR, uma vez que ainda está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos. Alega que quanto à exclusão do ICMS destacado na nota fiscal, deve-se observar que não houve qualquer discussão sobre o tema na sentença e o contribuinte, em sua apelação, não questionou o tema. Afirma que a inexistência de regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS não afronta o conceito constitucional de faturamento. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar a omissão apontada, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Sustenta a parte autora (ID 126083241), em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, quanto a aplicação da multa a que se refere o art. 1.021, parágrafo 4º, do CPC, tendo em vista o caráter protelatório do Agravo Interno interposto pela União Federal. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar a omissão apontada.

Com contrarrazões da União Federal (ID 129664822).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000735-87.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
EMBARGANTE: TECNOFELTRO INDUSTRIA DE FELTROS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO HENRIQUE BRANQUINHO BARBOZA TOZZI - SP327148-A
EMBARGADO: V. ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADOS: OS MESMOS
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração opostos pela União Federal e pela parte autora rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento ao agravo interno para manter a decisão monocrática que deu parcial provimento à apelação tão somente para excluir a possibilidade de compensação com as contribuições previdenciárias, por entender que a r. sentença de procedência está em consonância com a jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, assim como não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do decisum.

Na espécie, o voto condutor teve como fundamento o julgamento proferido pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que **"O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins"**. O v. acórdão encontra-se assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime de não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Outrossim, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Resalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo e. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anot-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. decisum a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no decisório.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

Por fim, não é o caso de aplicação da multa do § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil pretendida pela agravada, eis que, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1198108/RJ), o agravo interposto contra decisão singular de tribunal não pode ser considerado manifestamente inadmissível ou infundado por ser necessário o exaurimento das instâncias ordinárias para a interposição de recursos extraordinários.

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelos embargantes, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo das recorrentes cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte de alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Sabenta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração opostos pela União Federal e pela parte autora.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração opostos pela União Federal e pela parte autora rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003334-66.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: DND - QUIMICALTA

Advogados do(a) APELANTE: GIANCARLO DOS SANTOS CHIRIELELSON - SP203202-A, CARLOS ANDRE ZARA - SP117599-A, RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A, MARCELO

CHAVES JARA - SP147825-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003334-66.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 1636/2089

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: DND - QUIMICALTDA

Advogados do(a) APELANTE: GIANCARLO DOS SANTOS CHIRIELELSON - SP203202-A, CARLOS ANDRE ZARA - SP117599-A, RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A, MARCELO CHAVES JARA - SP147825-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 125068952 - fls. 98/104), que se encontra assim ementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

3. Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada.

4. Agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, o prequestionamento da matéria para fins recursais às instâncias superiores. Alega que, apesar da embargante ter conhecimento do inteiro teor do acórdão em razão de sua publicação nos autos do RE 574.706, não é possível precisar quais os fundamentos determinantes adotados pelo STF, uma vez que não é possível sequer compreender o que exatamente restou definido, precisando as suas consequências concretas. Aduz que há evidente a ausência de definitividade do julgamento, uma vez que ainda está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos. Alega que ficam prequestionados os artigos **1.040, 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 926, 927, § 3º do CPC; artigo 27 da Lei nº 9.868/99**, art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da 10.833/2002 e artigo 195, "b" da CF, **para rediscussão da matéria**. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE 574.706/PR. Requer por fim, o provimento dos embargos de declaração como fim de serem sanadas as omissões apontadas.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5003334-66.2017.4.03.6102

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: DND - QUIMICALTDA

Advogados do(a) APELANTE: GIANCARLO DOS SANTOS CHIRIELELSON - SP203202-A, CARLOS ANDRE ZARA - SP117599-A, RICARDO LAVEZZO ZENHA - SP200915-A, MARCELO CHAVES JARA - SP147825-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "...Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo inalterada a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnsons di Salvo / DE. 14.03.17 e A100008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016. Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado. Pelo que se observa dos fundamentos apresentados nas razões do agravo interno, não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Analisando os fundamentos apresentados pela agravante, não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência da STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004367-70.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MEFSA MECANICA E FUNDIC AOSANTO ANTONIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: VICENTE SACHS MILANO - SP354719-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, GENTIL BORGES NETO - SP52050-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004367-70.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: MEFSA MECANICA E FUNDIC AOSANTO ANTONIO LTDA

Advogados do(a) APELADO: VICENTE SACHS MILANO - SP354719-A, SOLANGE TEREZA RUBINATO LIMA - SP361912-A, GENTIL BORGES NETO - SP52050-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 932 do NCPC, deu parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal, apenas para explicitar os critérios de compensação, juros e correção monetária, nos termos da fundamentação.

Alega o agravante, em síntese, que tendo em vista a oposição de embargos de declaração da Fazenda Nacional do acórdão que julgou o RE 574.706, com pedido de modulação de efeitos, de suspensão nacional dos processos e integração/modificação/esclarecimento do julgado, inclusive, quanto ao critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, preliminarmente, requer a suspensão do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, caso providos, ou, se totalmente rejeitados, até a finalização do julgamento do RE 574.706/PR. No mérito, requer a reconsideração da decisão agravada, dando-se provimento ao presente agravo interno.

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004367-70.2017.4.03.6109

RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

VOTO

O agravo interposto não merece acolhimento.

colegiado:

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste

“Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por MEFSA MECÂNICA E FUNDAÇÃO SANTO ANTONIO, objetivando que seja declarada a inexistência de relação jurídico tributária que tenha por exigência o pagamento de PIS e COFINS que inclua em sua base de cálculo o ICMS, reconhecendo-se, ainda, o direito à compensação dos valores com outros tributos administrados e/ou arrecadados pela Impetrada nos últimos 05(cinco) anos.

A r. sentença concedeu a segurança pleiteada, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil, para o efeito de declarar a inexistência de relação-jurídico tributária que obrigue a impetrante ao recolhimento dos valores da COFINS e do PIS, com a inclusão do ICMS, em sua base de cálculo, confirmando a decisão de ID 4684510, que deferiu o pedido liminar, bem como para declarar o direito à restituição / compensação dos valores indevidamente recolhidos a este fim, nos termos da fundamentação supra, em valor atualizado com emprego dos mesmos índices usados pela Fazenda Nacional para corrigir seus créditos e com atualização monetária na forma do § 4º do artigo 39 da Lei n.º 9.250/95 a partir de 01.01.1996 (SELIC) observando-se, todavia, a prescrição quinquenal e o que preceitua o artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

A sentença foi submetida ao reexame necessário.

Apela a União Federal. Requer a reforma da r. sentença, para que seja julgado improcedente o pedido.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

O Ministério Público Federal pugnou pelo prosseguimento do feito.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “súmulas” e “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de “assunção de competência”. É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os preceitos mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. (“Curso de Processo Civil”, 3ª e, v. 2, São Paulo, RT, 2017)

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que “a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos” (“Novo Código de Processo Civil comentado”, 3ª e, São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in “A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim”, Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITAÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Autarquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec:00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a preferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

A matéria atinente à exclusão de ICMS da base de cálculo de contribuições que incidam sobre faturamento ou receita bruta, a exemplo de PIS, COFINS ou FINSOCIAL, vinha sendo julgada no âmbito desta C. 2ª Turma seguindo a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça consolidada nas suas súmulas 68 e 94:

Súmula 68 - A PARCELA RELATIVA AO ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CÁLCULO DO PIS.

Súmula 94 - A PARCELA RELATIVA AO ICMS INCLUI-SE NA BASE DE CÁLCULO DO FINSOCIAL.

Todavia, melhor analisando a temática, penso que tem razão o contribuinte, posto que o tributo I.C.M.S. é imposto que, pela própria sistemática de incidência que o rege, não compõe o preço dos serviços ou produtos sobre os quais incide, mas apura-se destacadamente em cada operação e, periodicamente, o quantum do tributo devido em todas as operações é recolhido aos cofres do ente tributante respectivo, configurando-se então, em relação à empresa, um simples ingresso financeiro que de fato não integra seu patrimônio, por isso não podendo enquadrar-se nos conceitos constitucionais de “faturamento” ou “receita bruta”, base de cálculo de contribuições previdenciárias, PIS e COFINS, tal como reconhecido pelo C. STF.

Nesse sentido, o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 240.785/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, aos 08.10.2014, reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, ao entendimento de que o valor desse tributo, pela própria sistemática da não cumulatividade que o rege, não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta da empresa, pois não ingressa no seu patrimônio, apenas transitando contabilmente na empresa arrecadadora, mas sendo, afinal, destinado aos cofres do ente estatal tributante.

Trata-se de julgamento em processo individual, gerando efeitos entre as partes, mas o C. STF também admitiu o tema como repercussão geral (Tema 69 - O ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS), estando ainda pendente de julgamento final, quando surtirá efeitos erga omnes.

Essa orientação da Suprema Corte, por se tratar de matéria constitucional, já foi adotada pela C. Primeira Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no AREsp593.627/RN, julgado aos 10.03.2015, superando os entendimentos daquela Corte Superior anteriormente expostos nas suas súmulas 68 e 94.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

I - A existência de repercussão geral no RE 574.706-PR, em relação à matéria ora debatida, não impede sejam julgados os recursos no âmbito desta Corte.

II - O ICMS é um imposto indireto, ou seja, tem seu ônus financeiro transferido, em última análise, para o contribuinte de fato, que é o consumidor final.

III - Constituinte receita do Estado-Membro ou do Distrito Federal, a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento ou receita, mas de simples ingresso financeiro, não podendo compor a base de cálculo do PIS e da COFINS.

IV - Quando a jurisprudência desta Corte tenha sido firmada no sentido de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e do extinto FINSOCIAL, posicionamento sedimentado com a edição das Súmulas 68 e 94, tal discussão alcançou o Supremo Tribunal Federal e foi analisada no RE 240.785/MG, julgado em 08.10.2014, que concluiu que "a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços. Dessa forma, assentou que o valor retido a título de ICMS não refletiria a riqueza obtida com a realização da operação, pois constituiria ônus fiscal e não faturamento" (Informativo do STF n. 762).

V - Agravo regimental provido.

(STJ, 1ª Turma, maioria. AgRg no AGRVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 593.627 - RN (2014/0256863-2). Rel. Min. SÉRGIO KUKINA. Rel.p/ Acórdão Min. REGINA HELENA COSTA. Julgado: 10.03.2015)

Nesta Corte Regional, a posição já tem sido seguida pela C. 3ª Turma, conforme precedentes:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;

9. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00187573120154036100, AMS 365045. Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; Julgado: 03/05/2017)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu, através do julgamento do RE nº 240.785/MG, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 7.1.2014.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior;

9. Apelação provida.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00148548520154036100, AMS 361193. Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO. e-DJF3 Judicial 1 de 03/02/2017; Julgado: 26/01/2017)

Ademais, no julgamento do REsp nº 1.638.772/SC, sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 994), o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido da decisão do Supremo Tribunal Federal, entendeu que o valor de ICMS não deve integrar a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, vez que não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. In verbs:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A RECEITA BRUTA - CPRB. LEI N. 12.546/11. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/15.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Os valores de ICMS não integram a base de cálculo da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta - CPRB, prevista na Lei n. 12.546/11. Precedentes.

III - Recurso especial da contribuinte provido. Acórdão submetido ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/15." (REsp 1638772/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019)

Seguindo esta orientação, entendo que o I.C.M.S. deve ser excluído da base de cálculo de contribuições sociais que tenham a "receita bruta" como base de cálculo, como o PIS, a COFINS e a contribuição previdenciária prevista no artigo 7º da Lei nº 12.546/2011, reconhecendo como ilegítimas as exigências fiscais que tragam tal inclusão, com o consequente direito ao ressarcimento do indébito pelas vias próprias (restituição mediante precatório ou compensação).

Nesta Corte Regional, a posição já tem sido seguida pela C. 3ª Turma, conforme precedentes:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto a data que o presente mandamus foi ajuizado.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil. 8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Remessa oficial e apelação desprovidas.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00187573120154036100, AMS 365045. Rel. Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS. e-DJF3 Judicial 1 12/05/2017; Julgado: 03/05/2017)

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PIS. COFINS. INCLUSÃO DO ISS NA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS INDEVIDAMENTE.

1. A jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal reconheceu, através do julgamento do RE nº 240.785/MG, a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, visto que aquela parcela não se encontra inserida dentro do conceito de faturamento ou receita bruta, mesmo entendimento adotado pela Primeira Turma do e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no AREsp 593.627/RN.

2. Impende destacar que o reconhecimento da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS pode ser aplicado ao ISS, em razão da própria inexistência de natureza de receita ou faturamento destas parcelas. Precedentes da 3ª Turma do TRF da 3ª Região.

3. Reconhecido o direito à exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS e, respeitando-se a prescrição quinquenal, à impetrante é assegurada a repetição dos valores recolhidos indevidamente, através da compensação.

4. A compensação dos valores recolhidos indevidamente, deverá ser realizada nos termos do artigo 74, da Lei nº 9.430/96, com as modificações perpetradas pela Lei nº 10.637/02, visto que o presente mandamus foi ajuizado em 7.1.2014.

5. É necessário o trânsito em julgado da decisão para que se proceda à compensação dos valores recolhidos indevidamente, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

6. A compensação requerida nos presentes autos não poderá ser realizada com as contribuições previdenciárias, conforme jurisprudência sedimentada da Corte Superior.

7. É aplicável a taxa SELIC como índice para a repetição do indébito, nos termos da jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça, julgado sob o rito do artigo 543-C, do Código de Processo Civil.

8. O termo inicial, para a incidência da taxa SELIC como índice de correção do indébito tributário, é desde o pagamento indevido, nos termos da jurisprudência da Corte Superior.

9. Apelação provida.

(TRF3, 3ª Turma, unânime. AMS 00148548520154036100, AMS 361193. Rel. Juíza Convocada ELIANA MARCELO. e-DJF3 Judicial 1 de 03/02/2017; Julgado: 26/01/2017)

Do prazo prescricional

Para os casos de repetição ou compensação de contribuições cujo lançamento se sujeita à homologação do fisco (art. 150 do CTN), o prazo previsto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, conta-se a partir da extinção do crédito tributário, o que se dá com a homologação do auto-lançamento e não com o recolhimento da contribuição. Nesse sentido, trago à colação entendimento pacífico do C. STJ:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL PARA O CUSTEIO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. CONTRIBUINTES INATIVOS. INSTITUIÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. NCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. REPETIÇÃO DE INDEBITO. PRESCRIÇÃO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INAPLICABILIDADE DA TESE DOS CINCO MAIS CINCO.

I - A jurisprudência desta Corte tem entendimento consolidado "no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I, E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador." (REsp 698.233/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.03.2008).

II - O v. acórdão recorrido, ao entender afastado o instituto da prescrição quinquenal, foi fundamentado equivocadamente, eis que a contribuição previdenciária dos inativos não é lançada por homologação, mas sim de ofício. A autoridade administrativa verifica a ocorrência de um fato gerador, determina a base de cálculo, incide a alíquota devida e averba o valor do tributo diretamente na remuneração do servidor. Logicamente, esse procedimento não se subsume ao lançamento por homologação, pelo qual o próprio contribuinte calcula o valor do tributo e o recolhe antecipadamente sem o prévio exame da autoridade administrativa, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento a ser feita pela Administração Tributária.

III - A hipótese dos autos não versa sobre as contribuições previdenciárias vinculadas ao custeio da Seguridade Social, estas sim lançadas por homologação. Estamos debatendo acerca das contribuições previdenciárias precatórias no art. 149, § 1º, da Constituição Federal, que dá a competência aos Estados e Municípios para instituírem contribuições previdenciárias, cobradas de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 da Carta Magna.

IV - No presente caso o prazo prescricional aplicável é de 5 anos. Tendo sido a ação ordinária de repetição de indébito proposta em maio de 2003, restaram prescritas as parcelas recolhidas anteriormente a maio de 1998.

V - Recurso especial provido. (Grifamos) (STJ, 1ª Turma, REsp 1027712 / MG, Processo nº 2008/0019205-9, Relator Min. Francisco Falcão, Data da Decisão: 13/05/2008, DJ 28.05.2008 p. 1).

A Lei Complementar nº 118/2005 estabeleceu o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, a contar do efetivo recolhimento, para o contribuinte repetir ou compensar o indébito tributário. A questão encontra-se superada no C. STF ante o julgamento do RE 566621, decidindo que nas ações ajuizadas anteriormente à sua vigência, aplica-se o prazo decenal, e às posteriores a 09/06/2005, o prazo quinquenal. Nesse sentido é a remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, considerando que a regra tem perfeita aplicação aos processos ajuizados após a entrada em vigência da referida lei.

Acerca da matéria, colaciono julgados do C. STF e C. STJ:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDEBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido. (STF - Tribunal Pleno - RE 566621/RS - Rel. Min. Ellen Gracie - j. 04/08/2011 - Publ. Dje 11/10/2011).

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - PROPOSITURA DA DEMANDA ULTERIOR À "VACATIO LEGIS" DALC N. 118/05 - PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL.

1. O estabelecimento de prazo prescricional quinquênial para se pleitear a repetição de tributos recolhidos indevidamente, na hipótese da propositura da demanda ocorrer posteriormente à "vacatio legis" da Lei Complementar n. 118/2005; traduz, em essência, a controvérsia dos autos.

2. Em função do imperativo deontológico-legal, o implexo lógico-jurídico determina a identificação de um fato jurídico relevante no antecedente, no caso, o início da vigência da Lei Complementar n. 118/2005, para aplicação relacional no conseqüente; qual seja: prescrição quinquênial para a pretensão de devolução ou repetição de tributos recolhidos indevidamente.

3. Na hipótese vertente, ao contrário da pretensão disposta no agravo sub examen, inequívoco o entendimento da Seção de Direito Público do STJ, ao considerar que, na hipótese de tributos sujeitos à homologação, quando a demanda for proposta depois da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (9.5.2005), ou seja, no caso dos autos: em 30.1.2006, afasta-se a regra prescricional denominada "cinco mais cinco". Aplica-se, portanto, o preceito contido no art. 3º da aludida Lei Complementar; isto é, prescrição quinquênial para parcelas do indébito tributário. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª Turma, AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1014383/SC, Processo nº 200702939252, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Julgado em 23/09/2008, DJE DATA: 23/10/2008).

Assim, superada a questão relativa à aplicabilidade da LC 118/05.

Conclui-se, assim, que até a entrada em vigor da Lei Complementar 110/2005, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. Entretanto, com a entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, quando a demanda for ajuizada depois de 09.05.2005, afasta-se a regra prescricional denominada "cinco mais cinco", aplicando-se, portanto, a prescrição quinquênial do art. 3º da referida Lei Complementar.

Da compensação

No que tange à compensação, dispõe o art. 170 do Código Tributário Nacional que tal instituto deve observar as disposições legais, as quais, em matéria de contribuição previdenciária somente se mostra possível entre tributos da mesma espécie.

Isso porque a Lei n. 8.383/91, em seu art. 66, § 1º, pela primeira vez autorizou a compensação entre tributos e contribuições, inclusive previdenciárias, desde que da mesma espécie.

Na seqüência, o art. 74, da Lei n. 9.430/96, passou a permitir a compensação entre tributos de espécies diferentes, desde que submetidos à administração da Secretaria da Receita Federal e por esta devidamente autorizada.

Ademais, tal dispositivo teve a sua redação alterada pela Lei n. 10.637/02 para dispensar a mencionada autorização.

Assim, percebe-se que, em relação às contribuições previdenciárias, não há previsão legal para a compensação entre tributos de espécies diversas, nem mesmo com o advento da Lei n. 11.457/07, a qual unificou as atribuições da Secretaria da Receita Federal, bem como de tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais na Secretaria da Receita Federal do Brasil, uma vez que a própria lei, em seu art. 26, parágrafo único, vedou a aplicação do mencionado art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Ressalta-se que os créditos relativos a contribuições previdenciárias só podem ser compensados com outros de contribuição previdenciária vencidos.

A Lei nº 11.457/07:

Art. 26. O valor correspondente à compensação de débitos relativos às contribuições de que trata o art. 2o desta Lei será repassado ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social no máximo 2 (dois) dias úteis após a data em que ela for promovida de ofício ou em que for deferido o respectivo requerimento.

Parágrafo único. O disposto no art. 74 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, não se aplica às contribuições sociais a que se refere o art. 2o desta Lei. (Grifei)

A Lei nº 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

§ 3o Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1o

I - o saldo a restituir apurado na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física;

II - os débitos relativos a tributos e contribuições devidos no registro da Declaração de Importação.

III - os débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal que já tenham sido encaminhados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União;

IV - o débito consolidado em qualquer modalidade de parcelamento concedido pela Secretaria da Receita Federal - SRF;

V - o débito que já tenha sido objeto de compensação não homologada, ainda que a compensação se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa; e

VI - o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa

§ 4o Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.

§ 5o O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

§ 6o A declaração de compensação constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência dos débitos indevidamente compensados.

§ 7o Não homologada a compensação, a autoridade administrativa deverá cientificar o sujeito passivo e intimá-lo a efetuar, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência do ato que não a homologou, o pagamento dos débitos indevidamente compensados.

§ 8o Não efetuado o pagamento no prazo previsto no § 7o, o débito será encaminhado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para inscrição em Dívida Ativa da União, ressalvado o disposto no § 9o.

§ 9o É facultado ao sujeito passivo, no prazo referido no § 7o, apresentar manifestação de inconformidade contra a não-homologação da compensação.

§ 10. Da decisão que julgar improcedente a manifestação de inconformidade caberá recurso ao Conselho de Contribuintes.

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9o e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação.

§ 12. Será considerada não declarada a compensação nas hipóteses.

I - previstas no § 3o deste artigo,

II - em que o crédito:

a) seja de terceiros,

b) refira-se a "crédito-prêmio" instituído,

c) refira-se a título público,

d) seja decorrente de decisão judicial não transitada em julgado; ou

e) não se refira a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal - SRF,

f) tiver como fundamento a alegação de inconstitucionalidade de lei, exceto nos casos em que a lei:

1 - tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade,

2 - tenha tido sua execução suspensa pelo Senado Federal,

3 - tenha sido julgada inconstitucional em sentença judicial transitada em julgado a favor do contribuinte; ou,

4 - seja objeto de súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 103-A da Constituição Federal. ,

§ 13. O disposto nos §§ 2o e 5o a 11 deste artigo não se aplica às hipóteses previstas no § 12 deste artigo,

§ 14. A Secretaria da Receita Federal - SRF disciplinará o disposto neste artigo, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação. ,

§ 15. Será aplicada multa isolada de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido ou indevido.

§ 16. O percentual da multa de que trata o § 15 será de 100% (cem por cento) na hipótese de ressarcimento obtido com falsidade no pedido apresentado pelo sujeito passivo.

§ 17. Aplica-se a multa prevista no § 15, também, sobre o valor do crédito objeto de declaração de compensação não homologada, salvo no caso de falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Observa-se que as exceções à compensação permitida pelo artigo 74, da Lei nº 9430/96, além das previstas pelo seu §3º, inclui, também, a expressamente mencionada pelo artigo 26 da Lei nº 11.457/07.

Nesse contexto, foi editada a Instrução Normativa RFB n. 900, de 31 de dezembro de 2008, regulamentando a aludida vedação trazida pela Lei n. 11.457/07, não se podendo cogitar da alegada ilegalidade, porquanto observa as limitações contidas na própria lei.

Confira-se:

Art. 1º A restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a restituição e a compensação de outras receitas da União arrecadadas mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) ou Guia da Previdência Social (GPS) e o ressarcimento e a compensação de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra), serão efetuados conforme o disposto nesta Instrução Normativa. (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 1.224, de 23 de dezembro de 2011)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se ao reembolso de quotas de salário-família e salário-maternidade, bem como à restituição e à compensação relativas a:

I - contribuições previdenciárias:

a) das empresas e equiparadas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, bem como sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho;

b) dos empregadores domésticos;

c) dos trabalhadores, incidentes sobre seu salário de contribuição;

d) instituídas a título de substituição; e) valores referentes à retenção de contribuições previdenciárias na cessão de mão-de-obra e na empreitada; e

II - contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

E ainda na mesma instrução:

Art. 34. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive o reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, relativo a tributo administrado pela RFB, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a tributos administrados pela RFB, ressalvadas as contribuições previdenciárias, cujo procedimento está previsto nos arts. 44 a 48, e as contribuições recolhidas para outras entidades ou fundos.

Art. 44. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes.

Na Seção VII, Da Compensação de ofício,

Art. 51. Na hipótese de restituição ou ressarcimento dos demais créditos ou do saldo remanescente de que trata o parágrafo único do art. 50, existindo no âmbito da RFB e da PGFN débitos tributários vencidos e exigíveis do sujeito passivo, exceto débitos de contribuições de que tratam os incisos I e II do parágrafo único do art. 1º, observar-se-á, na compensação de ofício, sucessivamente:

I - em 1º (primeiro) lugar, os débitos por obrigação própria e, em 2º (segundo) lugar, os decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, as contribuições de melhoria, depois as taxas, em seguida, os impostos ou as contribuições sociais;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Parágrafo único. A prioridade de compensação entre os débitos tributários relativos a juros e multas exigidos de ofício isoladamente, inclusive as multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias acessórias, bem como entre referidos débitos e os valores devidos a título de tributo, será determinada pela ordem crescente dos prazos de prescrição.

Denota-se da leitura dos dispositivos transcritos, que a vedação à compensação de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal com contribuições previdenciárias é expressamente prevista.

Neste sentido, registro o seguinte julgado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE DE ANALISAR OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPENSAÇÃO . EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. NORMA VIGENTE AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS DE TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL COM DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS CUJA COMPETÊNCIA ERA DO INSS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI 11.457/2007. VEDAÇÃO EXPRESSA À APLICAÇÃO DO ART. 74 DA LEI 9.430/96. 1. Inviável discutir, em Recurso Especial, ofensa a dispositivos constitucionais, porquanto seu exame é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da CF. 2. A compensação tributária depende de previsão legal e deve ser processada dentro dos limites da norma autorizativa, aplicando-se a regra vigente ao tempo do ajuizamento da demanda. 3. O art. 74 da Lei 9.430/96, com as alterações promovidas pela Lei 10.637/02, autoriza a compensação de créditos apurados pelo contribuinte com quaisquer tributos e contribuições "administrados pela Secretaria da Receita Federal". A regra já não permitia a compensação de créditos tributários sob o pálio daquele órgão, com débitos previdenciários, de competência do INSS. 4. A Lei 11.457/2007 criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, a partir da uniificação dos órgãos de arrecadação federais. Transferiu-se para a nova SRFB a administração das contribuições previdenciárias previstas no art. 11 da Lei 8.212/91, assim como as instituídas a título de substituição. 5. A referida norma, em seu art. 26, consignou expressamente que o art. 74 da Lei 9.430/96 é inaplicável às exações cuja competência para arrecadar tenha sido transferida, ou seja, vedou a compensação entre créditos de tributos que eram administrados pela antiga Receita Federal com débitos de natureza previdenciária, até então de responsabilidade do INSS. 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido".

(STJ - 2ª Turma, REsp 1235348, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA ANTIGA RECEITA FEDERAL (CRÉDITOS DE PIS E COFINS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO) COM CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 11.457/07. PRECEDENTES.

1. É ilegítima a compensação de créditos tributários administrados pela antiga Receita Federal (PIS e COFINS decorrentes de exportação) com débitos de natureza previdenciária antes administrados pelo INSS (art. 11 da Lei n. 8.212/91), ante a vedação legal estabelecida no art. 26 da Lei n. 11.457/07. Precedentes.

2. O art. 170 do CTN é claro ao submeter o regime de compensação à expressa previsão legal. Em outras palavras, é ilegítima a compensação não prevista em lei. No caso, há regra expressa no ordenamento jurídico, especificamente o art. 26 da Lei 11.457/07, a impedir a compensação pretendida pela recorrente.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1243162/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 28/03/2012)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - LC 118/2005 - ENTENDIMENTO DO STF - COFINS - PIS - 1º, DO ARTIGO 3º DA LEI 9.718/98 - RECEITA BRUTA - FATURAMENTO - LEI Nº 9.718/98 - VIOLAÇÃO AO ART. 195, I DA CF/88 - OCORRÊNCIA - SUPERVENIÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - LEIS NºS 10.833/2003 E 10.637/2002 - APLICABILIDADE - COMPENSAÇÃO - TRÂNSITO EM JULGADO - Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido inicial para condenar a União à compensação de valores recolhidos a título de PIS e COFINS com base nas Leis nº 9.718/98, 10.637/2002 e 10.833/2003, com débitos oriundos de quaisquer tributos, exceto contribuições previdenciárias, observada a prescrição decenal. - Ao analisar o RE 566.621/RS, no qual apreciou a constitucionalidade do artigo 4º da LC 118/05, considerando desde novembro de 2005, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, dos RE 357.950/RS, 358.273/RS, 390.840/MG e RE 346.084-6, de que foi relator o Ministro MARCO AURELIO. - Restam indevidos os valores recolhidos a título de PIS e COFINS nos termos do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98. A edição da EC 20/98 e posteriormente a vigência das Leis 10.637/02 e 10.833/03, resultado da conversão das Medidas Provisórias nºs 135 e 66, afastou o motivo pelo qual a Lei 9.718/98 era inconstitucional, de modo que estas leis devem ser observadas na incidência do PIS e da COFINS. - Destaque-se que os valores, objeto de compensação, devem corresponder àqueles recolhidos sob a vigência do art. 3º, parágrafo 1º da Lei 9.718/98 até a vigência das Medidas Provisórias 66 e 135, limitado ao decênio legal anterior à propositura da ação corrigidos monetariamente pela taxa SELIC, que não pode ser cumulada com qualquer outro índice de juros. - A compensação de tributo objeto de discussão judicial apenas pode ser promovida após o trânsito em julgado (art. 170-A, do CTN), podendo o pagamento indevido do PIS e da COFINS ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (art. 74 da Lei 9.430/96), com exceção das contribuições previdenciárias previstas no art. 11, parágrafo único, alíneas "a", "b" e "c", da Lei 8.212/91 (art. 26 da Lei 11.457/2007). - Aplicabilidade do art. 170-A do CTN, uma vez que a presente ação foi ajuizada na vigência do referido dispositivo legal. - Precedentes citados: (AC 00075489820104058100, Desembargadora Federal Nilcéa Maria Barbosa Maggi, TRF5 - Quarta Turma, 24/03/2011; AC 00081723220104058300, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, 24/03/2011). - Nego provimento à apelação do autor, e dou provimento ao apelo da Fazenda Nacional para declarar a legalidade da cobrança da PIS e da COFINS com base nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, e estabelecer que a compensação de todos os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição PIS e COFINS, devem ocorrer de acordo com a legislação em vigor à época do ajuizamento da ação, observada a prescrição quinquenal. (APELREEX 200784000096206, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 19/12/2012 - Página: 314.)

Desse modo, os créditos de PIS e COFINS decorrentes de exportação pode ser compensado com quaisquer tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, exceto com contribuições previdenciárias.

Ressalta-se, também, que houve a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei nº 13.670, de 30/05/2018, que também incluiu o art. 26 -A à Lei nº 11.457/2007, alterando o sistema de compensação, para os contribuintes que se utilizarem do eSocial.

Portanto, a compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos pode ser efetuada com quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, elidindo a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei nº 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas.

Por fim, aplica-se ao caso o disposto no art. 170-A, do Código Tributário Nacional, introduzido pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, que estabelece ser vedada a compensação "mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", porquanto a ação foi ajuizada na vigência da referida lei.

Nesse sentido é a orientação firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais ns. 1.164.452/MG e 1.167.039/DF, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEI APLICÁVEL. VEDAÇÃO DO ART. 170-A DO CTN. INAPLICABILIDADE A DEMANDA ANTERIOR À LC 104/2001.

1. A lei que regula a compensação tributária é a vigente à data do encontro de contas entre os recíprocos débito e crédito da Fazenda e do contribuinte. Precedentes.

2. Em se tratando de compensação de crédito objeto de controvérsia judicial, é vedada a sua realização "antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", conforme prevê o art. 170-A do CTN, vedação que, todavia, não se aplica a ações judiciais propostas em data anterior à vigência desse dispositivo, introduzido pela LC 104/2001. Precedentes.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08."

(1ª Seção, REsp 1.164.452/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.2010, DJe 02.09.10)

"TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. ART. 170-A DO CTN. REQUISITO DO TRÂNSITO EM JULGADO. APLICABILIDADE A HIPÓTESES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO RECOLHIDO.

1. Nos termos do art. 170-A do CTN, "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", vedação que se aplica inclusive às hipóteses de reconhecida inconstitucionalidade do tributo indevidamente recolhido.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08".

(1ª Seção, REsp n. 1.167.039/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.08.10, DJe 02.09.10).

A comprovação dos valores a serem compensados poderá ser feita perante a própria Receita, nos termos da legislação tributária, sem que haja a necessária vinculação aos valores devidamente comprovados nos autos.

Com efeito, o entendimento jurisprudencial dessa Corte Regional e do C. Superior Tribunal de Justiça é no sentido da desnecessidade de prova pré-constituída do crédito tributário, quando o pedido do provimento judicial limita-se a simples declaração da inexistência do crédito tributário e o consequente direito à compensação dos créditos aferidos, bastando a prova de credor tributário. Nesses termos, considerando que a compensação se dará administrativamente, nos termos impostos pela legislação tributária e sob a fiscalização da autoridade impetrada, desnecessária a vinculação dos valores a serem compensados à sua comprovação nos presentes autos.

Nesse sentido o REsp 111164/BA, julgado em regime de recurso repetitivo, in verbis:

"TRIBUNÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPETRAÇÃO VISANDO EFEITOS JURÍDICOS PRÓPRIOS DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NECESSIDADE.

1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

2. Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar. Precedentes da 1ª Seção (ERESP 903.367/SP, Min. Denise Arruda, DJe de 22.09.2008) e das Turmas que a compõem.

3. No caso em exame, foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação (suspensão da exigibilidade dos créditos tributários abrangidos pela compensação, até o limite do crédito da impetrante e expedição de certidões negativas), o que torna imprescindível, para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, a pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos.

4. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 111164/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009)

Da correção monetária e dos juros de mora.

Relativamente à correção monetária, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, assentou entendimento sobre a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal nas ações de repetição de indébito/compensação para fins de correção monetária, questão que, caso integre o pedido de forma implícita, constitui-se matéria de ordem pública, que pode ser incluída ex officio pelo juiz ou tribunal, verbis:

"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO AUTOR DA DEMANDA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP).

1. A correção monetária é matéria de ordem pública, integrando o pedido de forma implícita, razão pela qual sua inclusão ex officio, pelo juiz ou tribunal, não caracteriza julgamento extra ou ultra petita, hipótese em que prescindível o princípio da congruência entre o pedido e a decisão judicial (Precedentes do STJ: AgRg no REsp 895.102/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 23.10.2009; REsp 1.023.763/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 09.06.2009, DJe 23.06.2009; AgRgno REsp 841.942/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 16.06.2008; AgRg no Ag 958.978/RJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julgado em 06.05.2008, DJe 16.06.2008; EDCI no REsp 1.004.556/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 05.05.2009, DJe 15.05.2009; AgRg no Ag 1.089.985/BA, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19.03.2009, DJe 13.04.2009; AgRg na MC 14.046/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24.06.2008, DJe 05.08.2008; REsp 724.602/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 21.08.2007, DJ 31.08.2007; REsp 726.903/CE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 25.04.2007; e AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005).

2. É que: "A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC, 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC, 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF art. 5º XXXIII e 170 III e CC 1228, § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166, VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267, IV e V; 267, § 3º; 301, X; 30, § 4º); incompetência absoluta (CPC 113, § 2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares alegáveis na contestação (CPC 301 e § 4º); pedido implícito de juros legais (CPC 293), juros de mora (CPC 219) e de correção monetária (L 6899/81; TRF-4º 53); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518, § 1º (...))" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante", 10ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pág. 669).

3. A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que depende de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um plus que se acrescenta ao crédito, mas um minus que se evita.

4. A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção desta Corte (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) enumera os índices oficiais e os expurgos inflacionários a serem aplicados em ações de compensação /repetição de indébito, quais sejam: (I) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986; (II) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986; (III) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987; (IV) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês); (V) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês); (vi) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990; (VII) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991); (VIII) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991; (IX) IPCA série especial, em dezembro de 1991; (X) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995; e (XI) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996 (Precedentes da Primeira Seção: REsp 1.012.903/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 08.10.2008, DJe 13.10.2008; e EDCI no AgRg nos EREsp 517.209/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 26.11.2008, DJe 15.12.2008).

5. Deveras, "os índices que representam a verdadeira inflação de período aplicam-se, independentemente, do querer da Fazenda Nacional que, por liberalidade, diz não incluir em seus créditos" (REsp 66733/DF, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 02.08.1995, DJ 04.09.1995).

6. (...)

8. Recurso especial/fazendário desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(STJ - REsp 1.112.524 - Corte Especial - Relator Ministro Luiz Fux, j. 01.09.2010, DJe 30.09.2010, v.u.)

Dessa forma, está assentada pela jurisprudência dominante, a aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal, que dever ser utilizado no caso em apreço, o qual contempla os seguintes índices para os respectivos períodos, admitindo a incidência de expurgos inflacionários nas hipóteses determinadas adiante:

- (1) ORTN, de 1964 a janeiro de 1986;
- (2) expurgo inflacionário em substituição à ORTN do mês de fevereiro de 1986;
- (3) OTN, de março de 1986 a dezembro de 1988, substituído por expurgo inflacionário no mês de junho de 1987;
- (4) IPC/IBGE em janeiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à OTN do mês);
- (5) IPC/IBGE em fevereiro de 1989 (expurgo inflacionário em substituição à BTN do mês);
- (6) BTN, de março de 1989 a fevereiro de 1990;

(7) IPC/IBGE, de março de 1990 a fevereiro de 1991 (expurgo inflacionário em substituição ao BTN, de março de 1990 a janeiro de 1991, e ao INPC, de fevereiro de 1991);

(8) INPC, de março de 1991 a novembro de 1991;

(9) IPCA série especial, em dezembro de 1991;

(10) UFIR, de janeiro de 1992 a dezembro de 1995;

(11) SELIC (índice não acumulável com qualquer outro a título de correção monetária ou de juros moratórios), a partir de janeiro de 1996;

De outra parte, é de cautela observar que, no julgamento do Recurso Especial nº 111.175, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, o C. Superior Tribunal de Justiça consolidou posicionamento sobre a aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º.01.1996, na atualização monetária do indébito tributário, que não pode ser acumulada com qualquer outro índice, seja de juros, seja de atualização monetária:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO-OCCORRÊNCIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC - ART. 39, § 4º; DA LEI 9250/95 - PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º/01/1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º/01/1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo "a quo" a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos REspS 291257/SC, 399497/SC e 425709/SC. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c.c. a Resolução 8/2008, Presidência/STJ.

(REsp nº 1111175/SP, 1ª Seção, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe 01/07/2009).

Nesse diapasão, conclui-se, assim, pela aplicabilidade do Manual de Cálculos da Justiça Federal - mesmo que não tenha havido requerimento expresso da parte, pois se trata de matéria de ordem pública, que integra implicitamente o pedido - o qual contempla a incidência dos expurgos inflacionários somente nas situações acima descritas, e, quanto aos juros moratórios, tanto na hipótese de repetição de indébito, quanto na compensação, a 1ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, anteriormente a 1º.01.1996, os juros de mora são devidos na razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito da sentença (art. 167, parágrafo único do CTN e Súmula STJ/188). Após 1º.01.1996, são calculados com base a taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, in verbis:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS E QUINZE PRIMEIROS DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA. FÉRIAS USUFRUÍDAS E SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. RESP 1.230.957/RS SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. JUROS DE MORA. CUMULAÇÃO COM A TAXA SELIC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. A Primeira Seção desta Corte ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, processado e julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a não incidência da contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o adicional de férias, por configurarem verbas indenizatórias. Restou assentado, entretanto, que incide a referida contribuição sobre o salário-maternidade, por configurar verba de natureza salarial.

2. "O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário-de-contribuição. Saliente-se que não se discute, no apelo, a incidência da contribuição sobre o terço constitucional" (AgRg no Ag 1.426.580/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 12/4/12).

3. Na compensação tributária deve-se observar a lei de vigência no momento da propositura da ação, ressalvando-se o direito do contribuinte de compensar o crédito tributário pelas normas posteriores na via administrativa (REsp 1.137.738/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 1º/2/10, submetido ao procedimento dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C do CPC)

4. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês, devidos desde o trânsito em julgado da decisão até 1º/1/96. A partir desta data incide somente a Taxa SELIC, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices, seja de correção monetária, seja de juros. Não tendo havido o trânsito em julgado, deve incidir apenas a Taxa SELIC. (grifei)

5. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a restrição contida no art. 170-A do CTN é plenamente aplicável às demandas ajuizadas após 10/1/01, caso dos autos.

6. Agravos regimentais não providos.

(STJ - AgRg no Recurso Especial 1.251.355-PR, DJe 08.05.2014, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA)

Conforme mencionado no Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.524, transcrito linhas acima, os juros de mora traduzem igualmente matéria de ordem pública, passível de ter o seu regramento estabelecido ex officio pelo juiz ou tribunal.

Feitas essas considerações, é de se firmar tal orientação interpretativa, consubstanciada na natureza eminentemente processual das normas que regem os acessórios da condenação, para permitir que a Lei 11.960/09 incida de imediato aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência. Isso porque, a referida legislação veio alterar a forma de cálculo da correção monetária e dos juros de mora, que nada mais são do que consectários legais da condenação principal e, como tais, possuem natureza de questão de ordem pública, consoante acima explicitado.

Ademais, em razão do seu caráter cogente, as normas de ordem pública hão de ser observadas imediatamente, não se sujeitando a exceção do artigo 6º, caput, da LICC, concernente à garantia do direito adquirido, porquanto este é voltado à proteção do direito material.

Assim, ficam a correção monetária e os juros moratórios fixados na forma acima disciplinada, observando-se, para tanto, o caso concreto.

Quanto ao pedido de sobrestamento do feito deve ser indeferido, visto que, em consulta processual ao site do Supremo Tribunal Federal, não se vislumbra qualquer decisão nesse sentido.

Ante o exposto, **dou parcial provimento à remessa oficial e à apelação da União Federal**, apenas para explicitar os critérios de compensação, juros e correção monetária, nos termos da fundamentação supra."

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Diante do exposto, **voto por negar provimento ao agravo interno interposto.**

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

AGRAVO INTERNO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

- Afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

- Ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

- No tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

- O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do CPC, afastou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto do Relator, acompanhado pelos votos dos Desembargadores Federais Diva Malerbi e Johnson Di Salvo, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado o Relator pela conclusão. Lavrará o acórdão o Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001842-27.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: INTERACTV SERVICOS LIMITADA

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

Advogados do(a) APELADO: DANIEL PAVANI DARIO - SP257612-A, ADILSON PINTO PEREIRA JUNIOR - SP148052-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001842-27.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: INTERACTV SERVICOS LIMITADA

Advogados do(a) APELANTE: DANIEL PAVANI DARIO - SP257612-A, ADILSON PINTO PEREIRA JUNIOR - SP148052-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 123731665 - fls. 67/76), que se encontra assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ISS (RE nº 592616-RS) E DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. Em relação ao ISS, a decisão monocrática está adrede fundamentada. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta Corte Regional.

5. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).

6. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

7. Agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, uma vez que o julgado ao aplicar a tese fixada pelo STF no RE nº 574.706/PR, determinando a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, da base de cálculo do PIS/COFINS, decidiu elemento diverso daquele fixado pelo STF, sem que tenha havido debate sobre os fundamentos jurídicos da decisão. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE 574.706. Alega também, que o v. acórdão foi omisso, por estender o posicionamento do STF, proferido no RE nº 574.706/PR, ao ISS na base de cálculo do PIS/COFINS. Aduz que em relação a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o STJ já pacificou a matéria no julgamento do repetitivo (Resp 1330737/SP – Tema 634), enquanto que o STF apenas reconheceu a repercussão geral no RE nº 592.616 (tema 118), sem ter se manifestado sobre a matéria. Afirma que por não estar ainda pacificada a matéria no STF é indevido o deferimento do pedido de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS pelo contribuinte. Alega ainda que houve inovação recursal quanto ao pedido de exclusão do ICMS a ser destacado na nota fiscal, por não constar da petição inicial, bem como não houve apreciação na r. sentença, razão pela qual os embargos devem ser providos, sob pena de configurar julgamento extra petita. Aduz que v. acórdão ao se reportar ao RE 574.706/PR e estabelecer que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, violou os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, do CPC e artigo 27 da Lei 9868/99; artigos 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87/1996; art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da Lei 10.833/2002; art. 2º da Lei 9.715/1998; art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991 e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98; razão pela qual, o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde ao ICMS a recolher, também chamado de escritural. Requer por fim a) a suspensão do presente feito, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616 (Tema 118 do STF); b) reconhecimento da ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS; c) exclusão do v. acórdão embargado a referência a qualquer critério de cálculo concernente ao ICMS dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS; d) ante o princípio da eventualidade, sejam providos os embargos, para sanadas as demais omissões apontadas, com atribuição de efeitos infringentes, ser reconhecido que o critério mais acertado é o da exclusão do ICMS a recolher da base de cálculo do PIS e da COFINS, bem como que é cabível o ISS na base de cálculo do PIS e da COFINS; e) o prequestionamento da matéria para fins recursais, nos termos das súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ.

Em contrarrazões, a embargada sustenta que o v. acórdão proferido, adotou o entendimento que foi consolidado pelo C. STF, reconhecendo a impossibilidade de o ICMS e o ISS serem incluídos na base de cálculo das contribuições ao PIS e da COFINS. Alega que estando o julgado, devidamente fundamentado, não ocorreu a suposta omissão apontada. Requer a rejeição dos embargos e a manutenção do v. acórdão (ID 129656701 - fls. 1/6).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001842-27.2017.4.03.6106

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: INTERACTV SERVICOS LIMITADA

Advogados do(a) APELANTE: DANIEL PAVANI DARIO - SP257612-A, ADILSON PINTO PEREIRA JUNIOR - SP148052-A

OUTROS PARTICIPANTES

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "...Não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, segundo o qual, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johonsom di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018. Restou devidamente consignada no decísum a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tornou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há omissão no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada. DESNECESSIDADE DE ESCLARECER "QUAL" ICMS DEVE SER EXPURGADO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. O julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. LIMITE COGNITIVO DO TRF. O Tribunal Regional Federal não é órgão capaz de esclarecer a vontade dos membros do STF proferida por eles na condição de julgadores. AUSÊNCIA DE QUALQUER VÍCIO LEGITIMADOR DO ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, QUE FICAM REJEITADOS. PEDIDO DE TUTELA DE EVIDÊNCIA INDEFERIDO. A exigência do trânsito em julgado é determinação legal e deve ser obedecida independentemente da fixação da tese de exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS. A tutela de evidência, no caso, permite apenas o pronto reconhecimento da inexigibilidade das contribuições sobre o imposto estadual, restando ao contribuinte aguardar o trânsito em julgado para exercer o consequente direito creditório, por força do art. 170-A do CTN. (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 304857 - 0001070-22.2007.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 06/09/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:17/09/2018). Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Sem razão a União, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está suficientemente fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo a quo. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta Corte Regional...() Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017). Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não identifico motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decísum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decísum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decísum, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsonson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002567-58.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: CALCADOS FERRACINI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002567-58.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CALCADOS FERRACINI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela UNIÃO FEDERAL em face de decisão monocrática que, nos termos do art. 932 do NCPC, negou provimento à apelação.

Alega o agravante, em síntese, que o entendimento majoritário do STF é no sentido da aplicação ao caso, tão somente, do princípio da anterioridade nonagesimal e não da anterioridade geral. Aduz que os valores apurados no REINTEGRA não implicam aumento ou majoração de tributo, concessão de isenção ou desoneração em relação a nenhuma espécie tributária em particular, tampouco envolvem no seu cálculo aspectos relativos à alíquota ou à base de cálculo dos tributos envolvidos na operação.

A parte agravada apresentou contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002567-58.2018.4.03.6113
RELATOR: Gab. 18 - DES. FED. SOUZA RIBEIRO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CALCADOS FERRACINI LTDA
Advogado do(a) APELADO: ATAIDE MARCELINO JUNIOR - SP197021-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O agravo interposto não merece acolhimento.

Considerando que as razões ventiladas no presente recurso são incapazes de infirmar a decisão impugnada, vez que ausente qualquer ilegalidade ou abuso de poder, submeto o seu teor à apreciação deste colegiado:

"Trata-se de apelação interposta pela União Federal em face da sentença que julgou procedente o pedido para condenar a requerida a restituir os créditos oriundos do REINTEGRA a serem calculados no percentual de 3% sobre a receita de exportação, sem a redução promovida pelos Decretos n.ºs 8.415/2015 e 8.543/2015 e no percentual de 2%, sem a redução promovida pelo Decreto n.º 9.939/2018, respeitado o período prescricional de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

Alega a apelante que os valores apurados no REINTEGRA não implicam aumento ou majoração de tributo, concessão de isenção ou desoneração em relação a nenhuma espécie tributária em particular; tampouco envolvem no seu cálculo aspectos relativos à alíquota ou à base de cálculo dos tributos envolvidos na operação.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre explicitar que o art. 932, IV e V do CPC de 2015 confere poderes ao Relator para, monocraticamente, negar e dar provimento a recursos.

Ademais, é importante clarificar que, apesar de as alíneas dos referidos dispositivos elencarem hipóteses em que o Relator pode exercer esse poder, o entendimento da melhor doutrina é no sentido de que o mencionado rol é meramente exemplificativo.

Manifestando esse entendimento, asseveram Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Assim como em outras passagens, o art. 932 do Código revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos precedentes. O que autoriza o julgamento monocrático do relator não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em "súmulas" e "julgamento de casos repetitivos" (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em incidente de "assunção de competência". É o fato de se encontrar fundamentado em precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em jurisprudência formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência capaz de revelar razões adequadas e suficientes para solução do caso concreto. O que os precedentes mencionados autorizam, portanto, é o julgamento monocrático no caso de haver precedente do STF ou do STJ ou jurisprudência firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas. ("Curso de Processo Civil", 3ª e. v. 2, São Paulo, RT, 2017).

Os mesmos autores, em outra obra, explicam ainda que "a alusão do legislador a súmulas ou a casos repetitivos constitui apenas um indicio - não necessário e não suficiente - a respeito da existência ou não de precedentes sobre a questão que deve ser decidida. O que interessa para incidência do art. 932, IV, a e b, CPC, é que exista precedente sobre a matéria - que pode ou não estar subjacente a súmulas e pode ou não decorrer do julgamento de recursos repetitivos" ("Novo Código de Processo Civil comentado", 3ª e. v. 2, São Paulo, RT, 2017, p. 1014, grifos nossos).

Também Hermes Zaneti Jr. posiciona-se pela não taxatividade do elenco do art. 932, incisos IV e V (Poderes do Relator e Precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V, in "A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim", Dierle José Coelho Nunes, São Paulo, RT, 2017, pp. 525-544).

Nessa linha, o STJ, antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015, aprovou a Súmula 568 com o seguinte teor: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema". Veja-se que a expressão entendimento dominante aponta para a não taxatividade do rol em comento.

Além disso, uma vez que a decisão singular do relator é recorrível por meio de agravo interno (art. 1.021, caput, CPC/15), não fica prejudicado o princípio da colegialidade, pois a Turma pode ser provocada a se manifestar por meio do referido recurso. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, DO CPC). APOSENTADORIA ESPECIAL. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC PERMITIDA. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA CITACÃO. ATIVIDADE ESPECIAL COMPROVADA COM LAUDO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO SINGULAR DO RELATOR. CABIMENTO. - O denominado agravo interno (artigo Art. 1.021 do CPC/15) tem o propósito de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada e, em caso de não retratação, possa ter assegurado o direito de ampla defesa, com submissão das suas impugnações ao órgão colegiado, o qual, cumprindo o princípio da colegialidade, fará o controle da extensão dos poderes do relator e, bem assim, a legalidade da decisão monocrática proferida, não se prestando, afora essas circunstâncias, à rediscussão, em si, de matéria já decidida, mediante reiterações de manifestações anteriores ou à mingua de impugnação específica e fundamentada da totalidade ou da parte da decisão agravada, objeto de impugnação. - O termo inicial do benefício foi fixado na data da citação, tendo em vista que a especialidade da atividade foi comprovada através do laudo técnico judicial, não havendo razão para a insurgência da Antanquia Federal. - Na hipótese, a decisão agravada não padece de qualquer ilegalidade ou abuso de poder, estando seus fundamentos em consonância com a jurisprudência pertinente à matéria devolvida a este E. Tribunal. - Agravo improvido. (ApReeNec 00248207820164039999, DESEMBARGADOR FEDERAL GILBERTO JORDAN, TRF3 - NONA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/10/2017)

Assim, passo a proferir decisão monocrática, com fulcro no artigo 932, IV e V do Código de Processo Civil de 2015.

Segundo os ensinamentos da Ilustre Professora, Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Regina Helena Costa, sobre os Princípios Gerais com repercussão no âmbito no Direito Tributário, a segurança jurídica, prevista no art. 5º, da CF, constitui tanto um direito fundamental quanto uma garantia do exercício de outros direitos fundamentais, sendo decorrência do próprio Estado Democrático de Direito (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 1ª ed. 2ª triagem, Saraiva, 2009).

E, conforme o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte, Luiz Roberto Barroso, citado pela Professora, "Esse princípio compreende as seguintes ideias: 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim, como sujeitas ao princípio da legalidade; 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade; 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas (Temas de Direito Constitucional, 2ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, Renovar, 2002, pp. 50-51).

Essa ontem de ideias abrigadas pelo princípio da segurança jurídica obsta a validade da novel previsão do Decreto 9.393/2018, que diminuiu para 0,1% a partir de 01/06/2018, benefício que já tinha sido estabelecido em 2% para até 31/12 do mesmo ano.

Portanto, a modificação ou revogação do benefício atenta contra a segurança jurídica. E mais, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irrevocabilidade da benesse, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

Não bastasse isso, o posicionamento da Suprema Corte hoje é, majoritariamente, no sentido de que os atos normativos que revogam benefícios fiscais devem observar o princípio da não surpresa, seja quanto à anterioridade de exercício, seja quanto à anterioridade nongesimal. Nesse sentido, veja-se:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – DECRETOS Nº 39.596 E Nº 39.697, DE 1999, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – REVOGAÇÃO DE BENEFÍCIO FISCAL – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE – DEVER DE OBSERVÂNCIA – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS por meio da revogação de benefício fiscal, surge o dever de observância ao princípio da anterioridade, geral e nongesimal, constante das alíneas "b" e "c" do inciso III do artigo 150, da Carta. Precedente – Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325/DF, de minha relatoria, julgada em 23 de setembro de 2004. MULTA – AGRAVO – ARTIGO 557, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Surgindo do exame do agravo o caráter manifestamente infundado, impõe-se a aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

(RE 564225 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-226 DIVULG 17-11-2014 PUBLIC 18-11-2014)

Ademais, especificamente quanto ao Reintegra, promociou-se o STF em caso análogo:

REINTEGRA – DECRETOS Nº 8.415 E Nº 8.543, DE 2015 – BENEFÍCIO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL – ANTERIORIDADE – PRECEDENTES. Promovido aumento indireto de tributo mediante redução da alíquota de incentivo do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras REINTEGRA, cumpre observar o princípio da anterioridade, geral e nongesimal, constante das alíneas b e c do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal. Precedente: medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325/DF, Pleno, relator ministro Marco Aurélio, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006.

(RE 964850 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

Ante o exposto, nego provimento à apelação. "

Assim, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Diante do exposto, **voto por negar provimento ao agravo interno interposto.**

EMENTA

AGRAVO INTERNO. ATOS NORMATIVOS QUE REVOGAM BENEFÍCIOS FISCAIS. REINTEGRA. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE GERAL. RECURSO DESPROVIDO.

- Pelo princípio da segurança jurídica obsta a validade da novel previsão do Decreto 9.393/2018, que diminuiu para 0,1%, a partir de 01/06/2018, benefício que já tinha sido estabelecido em 2% para até 31/12 do mesmo ano.

- A modificação ou revogação do benefício atenta contra a segurança jurídica. E mais, viola, também, a boa-fé objetiva do contribuinte, que, na crença da irretroatividade da benesse, planejou suas atividades econômicas frente ao ônus tributário esperado.

- O posicionamento da Suprema Corte hoje é, majoritariamente, no sentido de que os atos normativos que revogam benefícios fiscais devem observar o princípio da não surpresa, seja quanto à anterioridade de exercício, seja quanto à anterioridade nonagesimal (RE 564225)

- Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041707-16.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TRIMTEC LTDA
Advogado do(a) APELANTE: PAULO AYRES BARRETO - SP80600-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041707-16.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TRIMTEC LTDA
Advogado do(a) APELANTE: PAULO AYRES BARRETO - SP80600-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (fls. 26, ID 107358873):

“PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO - EMBARGOS A EXECUÇÃO - INFRA PETITA - INOCORRÊNCIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - INOVAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE ALEGAÇÃO DA COMPENSAÇÃO - ENCONTRO DE CÁLCULOS.

1. Trata-se de ato judicial publicado antes de 18 de março de 2016, sujeito, portanto, ao regime recursal previsto no Código de Processo Civil de 1973.

2. A preliminar de cerceamento de defesa não tem pertinência. A questão é de direito. O magistrado possui liberdade para a avaliação da prova (artigo 131, do Código de Processo Civil). A prova apresentada é suficiente.

3. Também não tem pertinência a preliminar de sentença "infra petita": a petição inicial menciona apenas créditos de IPI supostamente compensados com o débito em execução (contribuição ao PIS). Não houve emenda à inicial.

4. Nos embargos à execução, é possível a análise do encontro de contas realizado entre as partes. O requerimento da compensação não pode ser formulado nos autos dos embargos à execução, nos termos do artigo 16, § 3º, da Lei Federal nº. 6.830/80.

5. No caso concreto, a apelante pretende que o Judiciário realize a compensação tributária indeferida administrativamente em mais de uma ocasião (créditos de IPI). Pleiteia, também, o reconhecimento de créditos referentes ao pagamento a maior do próprio tributo executado (PIS), porque teria realizado nova apuração com base em verificação atuarial.

6. A oposição da compensação, em embargos à execução fiscal, depende da existência do débito do Fisco.

7. Não há prova sobre o descumprimento, pela Administração, dos critérios legais aplicáveis.

6. *Apelação improvida.*”

A apelante, ora embargante, aponta omissão na análise da compensação não homologada.

Resposta (fls. 51, ID 107358873).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0041707-16.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: TRIMTEC LTDA
Advogado do(a) APELANTE: PAULO AYRES BARRETO - SP80600-A
APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“(…) Trata-se de embargos à execução fiscal de créditos de contribuição ao PIS e multa, vencidos entre abril de 1997 e janeiro de 2002 e inscritos em dívida ativa em 20 de março de 2006 (fls. 26/47).

A apelante argumentou, entre outras coisas, que o pedido de compensação relativo aos créditos em execução ainda encontra-se pendente de análise.

Mencionou o processo administrativo nº 10860.004551/2002-46 (fls. 03).

Em 02 de fevereiro de 2007, alegou que a autoridade administrativa homologou o pedido de compensação no processo administrativo nº 10860.002378/2002-41 (fls. 95/101).

A impugnação da União (fls. 113/124):

DO PROCEDIMENTO FISCAL DE APURAÇÃO DOS DEBITOS EM COBRANÇA: INEXISTENCIA DE COMPENSAÇÃO DOS DEBITOS DE PIS

O que se passa a descrever são eventos, retratados no processo administrativo nº. 10860.004551/2002-46, o qual se junta integralmente a esta impugnação, que culminaram com a procedência total da autuação fiscal.

Nos anos de 2000 e 2001 a embargante pleiteou ressarcimentos de IPI, através da protocolização de três pedidos para tal fim. Ao mesmo tempo em que requereu os ressarcimentos deixou de recolher PIS, mediante compensação com os valores dos ressarcimentos pretendidos.

Os pedidos de ressarcimento, P.Ad. nº. 10860.001359/00-29, 10860.002096/00-57 e 10860000045/2001-05, foram TODOS indeferidos pelo mesmo motivo, como se pode ver às fls.21/22, 25/26 e 29/30 do autos do processo administrativo em anexo:

“Em atendimento a determinação da Supervisão, comparecemos a sede da Empresa, em Caçapava, em 16 de março de 2001 para iniciar a análise do Pedido de fls.01, referente ao 4º trimestre de 2000 - com compensação em fls. 03.

Como de praxe, foi estipulado prazo de 30 (trinta) dias, fls.59, para a Empresa reunir todos os documentos necessários à análise do Ressarcimento.

Em 18 de abril de 2001, fls.62, item 1, consignamos o não atendimento da solicitação inicial.

Em 23 de abril de 2001, novo termo relatando fatos relacionados com o pedido em questão, fls.63, item 1 e suas alíneas.

Nessa mesma data, fls.64, instamos a Empresa para que em 24 (vinte e quatro) horas, atendesse ao que lhe foi solicitado em 16 de março de 2001.

Em 24 de abril de 2001, Termo de fls.65, item1, consignamos que a Empresa não atendera ao que lhe fora solicitado no dia anterior.

Conforme fls.66, a petionária solicita mais 30 (trinta) dias úteis para organizar as Notas fiscais de Entrada conforme estipulado no art. 355 do Regulamento do IPI (Dec. 2.637/98).

Considerando que a análise do Pedido de Ressarcimento é de exclusivo interesse da Empresa. E, que, a mesma não colocou à disposição da Fiscalização os documentos necessários para fazê-lo - veja-se Termo de fls.65, item 1, alíneas, por exemplo.

Considerando que a Empresa não sanou a forma absolutamente irregular de arquivamento de suas Notas fiscais de Entrada impossibilitando, assim, a pronta e imediata verificação da legitimidade dos valores de IPI por Ela creditados - "sistemática" do arquivamento, inclusive, conforme mencionamos antes, em desrespeito a norma regulamentar expressa.

Propomos, destarte, o indeferimento do Pedido de fls.01.”

Tem-se que, com o indeferimento dos pedidos de ressarcimento da embargante, não lhe foi consignado qualquer crédito em face da Fazenda Pública Federal. Não obstante isso, como já dito, simultaneamente ao pedido de ressarcimento passou a não recolher seus débitos de PIS, passando a compensar, independentemente de autorização da autoridade fiscal tais débitos.

Lembre-se que à época dos pedidos de ressarcimento e dos procedimentos de compensação, a mesma dependia de formalização de Pedido de Compensação junto à Secretaria da Receita Federal, no caso de tributos de espécies diversas, conforme a inteligência do art. 74 da Lei nº. 9.430/96, sem as alterações trazidas pela Lei nº. 10.637/02.

Assim, posteriormente ao indeferimento dos ressarcimentos, o que tomou devidos os tributos não recolhidos, foi lavrado o Auto de Infração de fls.68/78, dos autos em anexo, para cobrança dos valores compensados indevidamente, e confessados como devidos.

Na descrição dos fatos que ensejaram a autuação, o fiscal autuante esclarece, in verbis, o seguinte:

"Em procedimento fiscal de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte supracitado, foram apuradas infrações abaixo descritas, aos dispositivos legais mencionados.

001 - PIS FALTA DE RECOLHIMENTO DO PIS [para o período de julho e agosto de 2000 e fevereiro de 2001]

TRIMTEC Ltda., antes denominada Trimtec Autopeças Ltda., que trataremos por Trimtec, sediada à Av. Henry Nestlé, nº 2.400, Caçapava, SP, CNPJ 00.783.986/0001-13, é indústria de capital espanhol, especializada em revestimento de interiores de autos - painéis para portas.

A autuada já teve contra si a lavratura dos seguintes Autos de infração:

- nº 10860.001394/99-14, Auto de Infração do âmbito do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica; julgado procedente em 1ª Instância, aguardando decisão de instância recursal;

- nºs 10860001931/99-71, 10860002500/99-03 e 10860000416/01-4, por Embaraço à Fiscalização, no curso da Fiscalização específica de IPI; autuações consideradas procedentes em 1ª instância, aguardando decisão recursal;

- nºs 10860001716/00-02 e 10860001297/01-43 por falta de recolhimento de IPI; ambos julgados procedentes em 1ª instância.

Aguardando decisão recursal.

Pois bem, nos anos 2000 e 2001 a Empresa havia pleiteado, através de três pedidos, ressarcimento de IPI. Pari passu, dispensou-se de recolher valores devidos de COFINS/PIS, mediante compensação com valores dos ressarcimentos pretendidos.

Os ressarcimentos foram indeferidos e, por conseqüência, devidos se tomarem os valores de COFINS/PIS não recolhidos. Razão, então, de estarmos cobrando, agora, neste Auto, a parte referente ao PIS.

Além dos valores compensados indevidamente, temos neste Auto, cobrança, também, de PIS, em razão de Verificações Obrigatórias, que abordaremos posteriormente.

Faremos menção, agora, aos documentos ou cópias de documentos que compõem a parte atinente às compensações, lembrando que a fidedignidade das cópias é atestada pela nossa assinatura e carimbo:

002 - PIS

DIFERENÇA APURADA ENTRE Q VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS) [para os demais períodos]

Durante O procedimento de verificações obrigatórias foram constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados do PIS. As planilhas de fls. 48 e seguintes informaram Os valores registrados na Contabilidade de Trimtec.

Em fls. 63 e seguintes, planilhas apurando débitos de PIS - resultado de cotejamento entre valores declarados e contabilizados.

Às fls. 37/38, item 3 da Intimação nº 2, de 17/5/2002, solicitamos que a Empresa se manifestasse acerca das diferenças encontradas. Na mesma data lavramos Termo registrando que Trimtec não escriturava nenhum livro fiscal ou contábil desde janeiro de 2002, fls. 39, em 29/5/2005, cópia de fls. 42, a Empresa solicitou mais prazo para responder ao que lhe fora solicitado.

A cópia do Termo lavrado em 11/6/2002, fls. 43, consigna as justificativas da Empresa para a delonga em atender a solicitação de fls. 37/38. Cópia de fls. 44 Trimtec pleiteia prazo extra. Os esclarecimentos não foram apresentados até o momento da lavratura do presente Auto.

Às fls. 46/47. MPF e prorrogação.

Observe-se, por fim, que a "situação" registrada através do Termo de fls. 39 ainda permanece, vale dizer, Trimtec continua sem escriturar livro algum, seja fiscal, seja contábil, fato este consignado no Livro Registro competente.

Em razão da "situação" supra, as verificações obrigatórias tiveram seu termo final dezembro de 2001. Em virtude da amplitude do MPF, o termo inicial das verificações foi abril de 1997.

Era o que tínhamos a relatar acerca dos valores relacionados a seguir:

..."

Julgado procedente o lançamento, a embargante apresentou recurso voluntário, expondo que era beneficiária de créditos de IPI em razão de sua atividade, por força do artigo 11 da Lei nº. 9.779/99, utilizando-os, regularmente, mediante autorização da DRF/Taubaté. Bem como a habitualidade de realização de procedimentos de compensação semelhantes, usualmente deferidos, resultante de sua regularidade fiscal. E buscava, especialmente, através do processo 10860.002378/2002-41 regularizar sua situação, pois já havia efetuado a compensação dos supostos créditos de IPI, com débitos de PIS.

Mesmo diante de suas alegações, entendeu, corretamente, a Autoridade Fiscal pela manutenção do lançamento efetuado, votando no seguinte sentido:

"(...)

5. Analisando-se o processo verifica-se que a contribuinte se atém somente a questionar o direito de efetuar compensação dos créditos de IPI. Ocorre que o presente lançamento se deu em razão de os pedidos de ressarcimento desses créditos terem sido indeferidos pela repartição conforme decisões de fls. 19/20, 23/24 e 27/28, portanto estava a contribuinte impossibilitada de fazer a compensação da contribuição lançada com os tais créditos de IPI.

6. Quanto à alegação de que o novo pedido de Ressarcimento de IPI, processo 10860.002378/02-41, ampararia a compensação feita, em nada beneficia a contribuinte, pois foi protocolado na repartição de origem em 24/04/2002, após início da fiscalização, 22/03/2002, conforme MPF de fl. 44, e ainda não foi decidido.

7. Assim, no tocante à falta de recolhimento do PIS referente ao período de julho e agosto de 2000 e fevereiro de 2001, tendo sido indeferida as compensações pleiteadas e sendo o novo pedido posterior ao início do procedimento de fiscalização, o lançamento deve ser mantido uma vez que não houve comprovação por parte da contribuinte o do seu efetivo recolhimento.

8. No que se refere às diferenças apuradas entre o valor escriturado e o declarado/pago decorrente das verificações obrigatórias nos demais períodos do auto de infração, temos que a contribuinte alega que o fiscal não considerou valores recolhidos a maior. Contudo tal alegação trata na verdade de pedido de compensação que é matéria não apreciada por esta Turma de Julgamento, uma vez que a competência para análise de tal pleito é da DRF jurisdicionante.

9. Ressalta-se que não caberia ao fiscal autuante fazer espontaneamente tais compensações ainda mais porque a contribuinte, antes da lavratura do auto foi reiteradamente intimada para fornecer os esclarecimentos necessários, não respondeu às intimações conforme informa o fiscal autuante na descrição de fatos (fls. 69/73).

10. A contribuinte ainda junta alguns Darfs de recolhimento feitos após a autuação correspondente ao Auto de Infração retificado de fls. 01/05, não esclarecendo como chegou aos valores recolhidos e não impugnando o período lançado, apenas fazendo a defesa do seu direito de compensar os valores referentes ao PIS com os créditos de IPI.

11. Com referência à multa, esclareça-se que foi corretamente aplicada a de ofício, e seu percentual decorre da estrita aplicação do inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a qual, diga-se, independe da intenção do agente, decorrendo da falta de declaração ou recolhimento do tributo.

12. Assim, tendo em vista que a contribuinte não apresentou qualquer argumento ou documento que pudesse alterar a exigência consubstanciada no Auto de Infração guereado, voto no sentido de que seja mantido integralmente o lançamento, atentando-se o órgão arrecadador para os pagamentos às fls. 209/214.() "

Ainda inconformada, a embargante interpôs recurso voluntário junto ao Eg. 2º Conselho de Contribuintes, onde alegou a nulidade do Auto de Infração, por descumprimento dos §§2º e 4º do art. 49 da Lei nº. 10.637/02; violação dos princípios da razoabilidade, imparcialidade e eficiência; a falta de clareza e objetividade do A.I.; e a legitimidade dos créditos pleiteados, e consequentemente da compensação efetivada.

Melhor sorte não lhe trouxe o recurso interposto, sendo negado provimento ao mesmo, nos seguintes termos:

"(...)

Primeiramente, a despeito das preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente, há de se ressaltar que o caso em tela não se adequa a situação configurada pela Contribuinte em seu Recurso Voluntário.

O § 4º, art. 49, da Lei nº. 10.637/02, deixa claro que os pedidos de compensação ainda pendentes de apreciação serão considerados declaração de compensação, extinguido, desta forma, o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação. Não é, entretanto, o que ocorre na presente lide. **Conforme retratado às fls. 69/73 do Auto de Infração lavrado, os pedidos de compensação formulados foram indeferidos, por não ter a Recorrente apresentado os documentos necessários à comprovação do crédito, passando, destarte, a ser devidos os valores de PIS não recolhidos.**

O novo pedido de Ressarcimento de IPI, processo 10860002378/2002-41, em nada beneficia a autora, posto que protocolado na repartição de Origem em 24/04/2002, após o início da fiscalização, 22/03/2002, conforme MPF de fl. 44.

Quanto às alegações de afronta aos princípios da Imparcialidade, Razoabilidade e da Eficiência dos atos administrativos, além de falta de clareza e objetividade do Relatório Fiscal, são manifestamente infundadas, visto que a fiscalização agiu no exercício de suas atribuições, sem que ficasse configurado nenhum excesso, agindo em respeito ao princípio da legalidade que rege os atos administrativos, não se podendo furtar de lançar créditos ao verificar obrigações tributárias não cumpridas.

No mérito, a Recorrente, consoante anteriormente ressaltado, tão-somente atém-se a sustentar a legitimidade da compensação de créditos de IPI sem, no entanto, juntar novos documentos que comprovem o montante do salgo de IPI por ela apurado e, por conseguinte, passível da compensação pleiteada.

De acordo com os fundamentos expendidos, nego provimento ao Recurso Voluntário para manter O Acórdão nº 2.651, da DRJ em Campinas/SP, julgando procedente m lançamento.

"(...)"

Marque-se, a decisão do Conselho de Contribuintes data de 02/12/2003.

Discordando do desfecho administrativo a seu pleito de ressarcimento de créditos de IPI para compensar com débitos de PIS, **ingressou a embargante no judiciário ajuizando o Mandado de Segurança nº. 2005.61.21.00362-4.**

Neste pleiteava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em cobrança no processo administrativo nº. 10860.004551/2002-46, haja vista a protocolização de novo pedido de ressarcimento de IPI, sob o nº. 10860.002378/2002-41, o qual ampararia a compensação realizada. Isto se daria em razão da alteração legislativa trazida pela Lei nº. 10.637/02, que alterou a redação do artigo 74 da Lei nº. 9.430/96, a qual converteu todos os pedidos de compensação em declaração de compensação.

Entretanto, seu pedido foi julgado improcedente, e interpondo apelação ao Eg TRF da 3ª Região teve negado provimento ao seu recurso, sendo mantida a r. sentença de 1º grau. Já tendo inclusive ocorrido o trânsito em julgado do processo.

III

DA AUSÊNCIA DE CAUSAS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CREDITO TRIBUTÁRIO: DA COISA JULGADA MATERIAL

Levanta a embargante a impossibilidade de cobrança judicial dos débitos em tela em razão da existência de compensação efetivada, mas sem análise definitiva pelo Fisco. No entanto, não foi o que se deu, seus pedidos de compensação já foram apreciados E INDEFERIDOS.

O que ocorreu foi que, **buscando burlar a fiscalização, e reativar os pedidos de compensação que foram indeferidos pela ausência dos créditos em seu favor, e que acudiriam a compensação, a embargante protocolou novo pedido de ressarcimento de IPI sob o nº. 10860002378/2002-41, e pretendeu que a este pedido fosse conferido efeito suspensivo, nos termos do §2º c/c §4º do artigo 74, ambos da Lei nº. 9.430/96 com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 10.637/02.**

Porém tal não ocorre, e não há se cogitar a pretendida suspensão de exigibilidade, pois o inciso V do artigo 74 da Lei nº. 9.430/96, com a redação que lhe deu a Lei nº. 10.637/02, vedou a possibilidade de realização de novo pedido (declaração) de compensação em caso de repetição de pedido para o qual já tenha havido indeferimento por parte da Administração Tributária.

Art. 74.

§ 32 Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no §1º:

V - os débitos que já tenham sido Objeto de compensação não homologada pela Secretaria da Receita Federal. - (sem grifos no original)

E a Lei nº. 11.051/04 sacramentou a situação da embargante ao incluir o inciso VI no referido artigo 74, vedando a compensação de valores cujo pedido de ressarcimento já tenha sido igualmente indeferido administrativamente.

Art. 74

VI - O valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, ainda que O pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa.

Vê-se que não existe, na legislação em vigência no Estado brasileiro, fundamento a amparar a pretensão da embargante em ver obstada a cobrança do crédito tributário em virtude da protocolização de novo pedido de ressarcimento.

Ressalte-se, ainda, que a embargante esquece-se de informar que seu novo pedido de ressarcimento somente foi protocolado em 24 de abril de 2002, enquanto o Mandado de Procedimento Fiscal data de 22 de março de 2002, portanto, mais de um mês depois do início das atividades administrativas. Isso por si só tem o condão de afastar a pretensão da embargante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Este não foi outro senão o entendimento esposado em 1º e 2º graus no bojo do Mandado de Segurança nº. 2005.61.21.000362-4.

O MM. Juízo da 1ª Vara Federal de Taubaté entendeu incabível o pleito de concessão de efeito suspensivo a este novo pedido ressarcimento pelos motivos expostos em sua fundamentação que a seguir transcrevem-se:

"Como é cediço, no regime da Lei nº. 9.430/96, a compensação dependia de requerimento à autoridade fazendária, que, após a análise de cada caso, efetuaria ou não o encontro de débitos e créditos. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos atualizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

Ademais, a interposição de "manifestação de inconformidade ou de recurso, na esfera administrativa, contra a decisão que indefere o pedido de restituição/compensação de tributo tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, de acordo com o disposto no §11 do art. 74 da Lei nº. 9.430/96, na redação que lhe foi dada pela Lei nº. 10.833/03, combinado com o art. 151, II, do CTN.

Por fim, a compensação é procedimento administrativo, somente impondo-se o pronunciamento judicial quando indevidamente recusada pela administração.

Tecidas tais considerações, analisarei o presente mandamus.

Pleiteia a impetrante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário lançado no processo administrativo nº. 10860004551/2002-46, na forma do inciso IV do artigo 151 do CTN, até o julgamento final das declarações de compensação aforadas pelo impetrante, relativas ao referido crédito tributário.

No entanto, pelas informações trazidas pela impetrante às fls.128/ 135 verifico que os pedidos de compensação formulados pela impetrante foram indeferidos, pela ausência de documentos necessários a comprovação do crédito, passando, destarte, a serem devidos valores de PIS não recolhidos. Além disso, o novo pedido de ressarcimento de IPI (processo nº. 10860002378/2002-41) em nada beneficiou a impetrante, posto que protocolado na repartição competente em 24/04/2002, ou seja, após o início da fiscalização --- 22/03/2002.

Portanto, constata-se que houve análise dos pedidos de compensação formulados pela impetrante, tendo sido oportunizada ampla defesa e contraditório. No entanto, tais pleitos foram indeferidos pela autoridade administrativa, em decisão fundamentada, que procedeu à cobrança dos tributos devidos.

Ademais, como bem apontado pelo Relator da ementa de fls.163/ 164, "na espécie, não se verifica, em exame prefacial, a existência de causa de suspensão da exigibilidade dos débitos, considerando que, ainda que interposto recurso contra decisão que negou o pedido de compensação, este não obsta a eficácia impeditiva da própria compensação, resultante do indeferimento do pedido, formulado anteriormente, de compensação do indébito fiscal, nos termos do inciso V, §3º, do artigo 74 da Lei nº. 9.430/96.

Assim, verifico inexistir ilegalidade ou abusividade no ato praticado pela autoridade coatora, que seguiu ditames concernentes à espécie.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA, revogando a liminar retro concedida, extinguindo O processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC Custas "ex lege". Honorários advocatícios indevidos (Súmula 512, STF)."

Como se vê, não há, nem nunca houve qualquer causa de suspensão da exigibilidade do tributo em tela. Tem-se sim que o ajuizamento dos presentes Embargos à Execução está em afronta direta aos princípios e normas constitucionais e legais que dizem respeito à proteção da COISAJULGADA.

Nos presentes embargos, como exaustivamente demonstrado, o executado pretende obter exatamente a mesma medida judicial que lhe foi negada no Mandado de Segurança acima referido. O que é de todo incabível, pois em afronta ao artigo 5º. XXXVI da Constituição da República e ao artigo 267, V e §3º c/c artigo 268, ambos do CPC.

Art. 5º Todos são perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, O ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Art. 267. Extingue-se O processo, sem resolução de mérito:

V - quando O juiz acolher alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

§ 32 O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, O réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. - (sem grifos no original)

Art. 268. Salvo O disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que O autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. - (sem grifos no Original)

Sabe-se que a coisa julgada é efeito que alcança a sentença, impedindo que se traga novamente à discussão, pelo Judiciário, do que restou sacramentado, em Outro processo, pelo trânsito em julgado do dispositivo da sentença ou acórdão.

Enrico Tullio Liebman, em Eficácia e Autoridade da Sentença, trad. Brás. Alfredo Buzaid e Bevindo Aires, Rio de Janeiro, Forense, Saed., 1984, p.54, define a coisa julgada como sendo "a imutabilidade do comando emergente de uma sentença".

Veja-se, também, O entendimento esposado por Alexandre Freitas Câmara em suas Lições de Direito Processual Civil, vO.I, 6a edição - 2a tiragem, Ed. Lúmen júris, 2002, pág.400:

"Podemos, assim, afirmar que a coisa julgada é a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada substancial), quando tal provimento não está mais sujeito a recurso."

E é isto o que pretende a embargante, ou seja, provimento judicial nos embargos que supere o comando emergente de outra decisão judicial, provocando, por via obliqua, a mutabilidade do dispositivo da sentença acima transcrita, o que é de todo inconstitucional e ilegal. Assim, outra solução não resta senão a extinção dos embargos à execução por violação da coisa julgada formada nos autos do Mandado de Segurança nº. 2005.61.21.000362-4, cujas cópias encontram-se no corpo do processo administrativo nº. 10860.004551/2002-46, que acompanha a presente impugnação.

IV

DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DOS DÉBITOS DE PIS

É importante frisar que O lançamento é um ato praticado pela SRF no exercício de suas legítimas atribuições, que não podem ser descumpridas, pois a Administração Pública submete-se ao Princípio da Legalidade.

E certo que os atos administrativos podem ser discricionários ou vinculados, mas isso não afasta a estrita Obediência aos limites impostos pelo Legislador.

O lançamento se caracteriza por ser um ato vinculado, porque não dá ao Administrador qualquer margem à interpretação no momento de sua efetivação, isto é, além de ter ditames rígidos quanto a seus aspectos formais, não há possibilidade de se perquirir a conveniência e oportunidade de sua produção. Sua disciplina encontra-se prevista no art.142 e seguintes do CTN. Leia-se O parágrafo único do referido artigo, in verbis:

Art.142.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(grifamos)

Vê-se, pois, que não cabe ao Administrador escolher entre produzir ou não O ato; ele deve fazê-lo obrigatoriamente, por força de ditame legal expresso, sob pena de ser responsabilizado pela omissão.

Se O contribuinte declara a existência de débito e não O paga, ainda que por meio de compensação, compete à Administração Tributária efetuar O lançamento de ofício, mesmo em se tratando de tributos sujeitos lançamento por homologação. Tudo na forma do art.149, V e art.150, §4º, ambos do CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

V - quando se comprove omissão ou inexistência, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; - (grifamos)

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo O dever de antecipar O pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. - (grifamos)

DIANTE DO PANORAMA LEGAL, ANALISE-SE TODO O OCORRIDO.

Protocolados os pedidos de ressarcimento de IPI, concomitantemente a embargante encaminhou pedido de compensação de débitos de PIS.

Instada a apresentar os documentos aptos a amparar o pedido de ressarcimento a embargante foi INCAPAZ de fazê-lo, pois não mantinha adequada escrituração contábil de suas Notas fiscais de Entrada, o que inviabilizou a averiguação fiscal, culminando com o indeferimento dos ressarcimentos, e, por conseguinte, impossibilitou a apuração da existência de crédito em favor da embargada.

Com isso, ao protocolizar os pedidos de compensação de débitos de PIS, com pretensos créditos de IPI a embargante confessou a existência dos referidos débitos, o que ensejou, posteriormente ao indeferimento do ressarcimento, como já visto, autuação fiscal desses créditos tributários, a fim de sua apuração para cobrança.

A partir daí foi instaurado, EM 22/03/2002, Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº. 08.1.08.00-2002-00033-4, no qual se pretendia apurar a existência dos débitos de PIS declarados pela embargada. Ou seja, tiveram início as atividades tendentes a efetuar o LANÇAMENTO DO TRIBUTIVO DEVIDO.

Como resultado do procedimento acima, foi lavrado Auto de Infração para cobrança dos débitos levantados, que originou o processo administrativo nº. 10860.004551/2002-46. Auto de Infração este julgado procedente em todas as instâncias administrativas, como acima descrito e comprovado pela cópia integral do referido processo administrativo que segue em anexo.

Tem-se, assim, que desde dezembro de 2003 o crédito está definitivamente constituído, face aos débitos apurados no MPF levado a cabo em razão dos débitos declarados pela embargante quando requereu a compensação do PIS com créditos inexistentes de IPI.

Veja-se, então, que os pedidos de compensação foram legalmente INDEFERIDOS em razão da INEXISTÊNCIA dos créditos, dos quais se abaterem os débitos de PIS, que o contribuinte pretendia reconhecimento quando do requerimento de ressarcimento.

Saliente-se que Autoridade Fiscal procedeu à análise dos pedidos de compensação, e daqueles de ressarcimento de IPI, em estrita consonância com as normas legais que regem as matérias, E CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE CRÉDITOS DE IPI, E PELA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS DE PIS, JA QUE DECLARADOS E NÃO PAGOS. E, como dito, em face da inexistência de créditos aptos a subsidiar os débitos não pagos de PIS, foi efetuado seu lançamento. Não há, portanto, se falar em declarações de compensação pendentes de análise, pois estas já foram analisadas e indeferidas.

Frise-se mais uma vez - nos motivos de indeferimento dos pedidos de ressarcimento tem-se claramente que o mesmo se deu em razão da embargante não ter realizado adequadamente sua escrituração contábil e não ter atendido aos requerimentos, legalmente embasados, da Autoridade Fiscal. E, não havendo crédito a compensar, os débitos CONFESSADOS, foram alvo de LANÇAMENTO DE OFÍCIO e cobrança.

Tem-se que não existe, nem nunca existiu nenhuma causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, seja quando da constituição do crédito tributário, seja da sua inscrição em Dívida Ativa da União, ou do ajuizamento da Execução Fiscal embargada.

Como se vê de todo o discorrido não há que se falar na existência de compensação realizada de créditos de IPI com débitos de PIS, pois todos os pedidos de ressarcimento protocolados, e que embasariam a pretendida compensação foram indeferidos.

(...)"

A cópia do processo administrativo nº 10860.002378/2002-41 (fls. 617/787) prova que os créditos utilizados para compensação eram relativos a IPI.

Por sua vez, os débitos compensados diziam respeito à contribuição ao COFINS e ao PIS, com períodos de apuração entre junho de 2000 e janeiro de 2001.

Houve homologação parcial das compensações (fls. 664/667), de acordo com decisão administrativa (fls. 712/714).

Em seguida, foram parcialmente homologadas compensações com débitos de IRPJ e CSLL (fls. 719/722 e 757/758).

A apelante alega, simultaneamente, a compensação total dos créditos exequendos decorrentes do processo administrativo nº 10860.004551/2002-46 e a pendência de análise administrativa de compensação quanto aos mesmos créditos, no processo nº 10860.002378/2002-41.

O mandado de segurança nº 2005.61.21.000362-4 (fls. 462/464):

"No entanto, pelas informações trazidas pela impetrada às fls. 128/135 verifico que os pedidos de compensação formulados pela impetrante foram indeferidos, pela ausência de documentos necessários à comprovação do crédito, passando, destarte, a serem devidos os valores de PIS não recolhidos. Além disso, o novo pedido de ressarcimento de IPI (processo nº 10860.002378/2002-41) em nada beneficiou a impetrante, posto que protocolado na repartição competente em 24/04/2002, ou seja, após o início da fiscalização --- 22/03/2002.

Portanto, constata-se que houve análise dos pedidos de compensação formulados pela impetrante, tendo sido oportunizada ampla defesa e contraditório. No entanto, tais pleitos foram indeferidos pela autoridade administrativa, em decisão fundamentada, que procedeu à cobrança dos tributos devidos"

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 16, § 3º, DA LEF, C/C ARTIGOS 66, DA LEI 8.383/91, 73 E 74, DA LEI 9.430/96.

1. A compensação tributária adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do fisco apurado pelo contribuinte; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do artigo 170, do CTN. (...)

4. A alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial, respectivamente, impõe que esta já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo, o que se deduz da interpretação conjunta dos artigos 170, do CTN, e 16, § 3º, da LEF, sendo certo que, ainda que se trate de execução fundada em título judicial, os embargos do devedor podem versar sobre causa extintiva da obrigação (artigo 714, VI, do CPC). (...)

6. Conseqüentemente, a compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário. (...)

9. Destarte, a indevida rejeição da compensação como matéria de defesa argüível em sede de embargos à execução fiscal, conjugada ao julgamento antecipado da lide, resultou em prematura extinção da ação antiexcutional, razão pela qual merece prosperar a pretensão recursal.

10. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1008343/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. HOMOLOGAÇÃO, EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, DE COMPENSAÇÃO INDEFERIDA ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 16, § 3º, DA LEI Nº 6.830/80.

1. Não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar ofensa a princípio ou dispositivo da Constituição Federal, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Na hipótese a compensação indeferida na esfera administrativa - em razão do preenchimento errado dos códigos das guias de DIPJ - somente foi reconhecida pelo Poder Judiciário no próprio âmbito dos embargos à execução, em clara violação ao § 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/80. É que a alegação de compensação no âmbito dos embargos restringe-se àquela já reconhecida administrativa ou judicialmente antes do ajuizamento da execução fiscal, não sendo esse o caso dos autos, eis que somente no bojo dos embargos é que, judicialmente, foi reconhecida a compensação indeferida na via administrativa.

3. O entendimento aqui adotado não está a afastar da análise do Poder Judiciário o ato administrativo que indeferiu a compensação pleiteada pelo contribuinte à vista de erro de códigos de arrecadação nos pedidos de revisão. Contudo, é certo que os embargos à execução não são a via adequada para a perquirição tais questões, as quais devem ser ventiladas em meio judicial próprio, eis que a execução fiscal deve caminhar "pra frente", não sendo lícito ao juiz, por força do óbice do art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80, homologar compensação em embargos à execução quando tal pleito foi administrativamente negado pelo Fisco.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1487447/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015).

Nos embargos à execução, é possível a análise do encontro de contas realizado entre as partes.

O requerimento da compensação não pode ser formulado nos autos dos embargos à execução, nos termos do artigo 16, § 3º, da Lei Federal nº. 6.830/80.

No caso concreto, a apelante pretende que o Judiciário realize a compensação tributária indeferida administrativamente em mais de uma ocasião (créditos de IPI).

Pleiteia, também, o reconhecimento de créditos referentes ao pagamento a maior do próprio tributo executado (PIS), porque teria realizado nova apuração com base em verificação atuarial.

Trata-se de matéria estranha à petição inicial, trazida em requerimento intercorrente e no qual constam apenas pedidos de compensação, sem qualquer prova da atuação administrativa.

A oposição da compensação, em embargos à execução fiscal, depende da existência do débito do Fisco.

No caso, não houve homologação.

Não há prova sobre o descumprimento, pela Administração, dos critérios legais aplicáveis.

O pleito compensatório, tal como formulado, não pode ser acolhido.”

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através dos presentes recursos, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA – CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000067-58.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: GOLDFARB INCORPORACOES E CONSTRUCOES S/A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000067-58.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: GOLDFARB INCORPORACOES E CONSTRUCOES S/A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação, ao recurso adesivo e ao reexame necessário.

A ementa (ID 59097627):

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - PEDIDO DE RESSARCIMENTO - PRAZO PARA CONCLUSÃO DA ANÁLISE ADMINISTRATIVA - COMPENSAÇÃO DE OFÍCIO DE CRÉDITOS COM EXIGIBILIDADE SUSPensa: VEDAÇÃO, INCLUSIVE APÓS AS ALTERAÇÕES DA LEI FEDERAL Nº. 12.844/13.

- 1. O prazo para a conclusão da análise administrativa de pedido de ressarcimento tributário é de 360 dias, a partir do protocolo, nos termos do artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07.*
- 2. O pedido administrativo foi protocolado em 24 de agosto de 2016. A ação foi ajuizada em 05 de janeiro de 2018, quando superado o prazo legal para a conclusão da análise administrativa.*
- 3. O artigo 24, da Lei Federal nº. 11.457/07, fixa prazo para a conclusão da análise administrativa. Não há prazo legal para pagamento. O ato normativo não pode inovar na ordem jurídica.*
- 4. A restituição dos créditos obedecerá a procedimento próprio da Administração, não competindo ao Judiciário antecipar a entrega do objeto do pedido.*
- 5. No caso concreto, a impetrante aderiu ao PERT. Ocorreu a homologação tácita. O crédito tributário está suspenso, nos termos do artigo 151, inciso VI, do Código Tributário Nacional. Com relação a tais créditos, é inviável a compensação de ofício.*
- 6. A nova redação da Lei Federal nº. 9.430/96, com a modificação promovida pela Lei Federal nº. 12.844/13, deve ser interpretada de modo harmônico com o Código Tributário Nacional. Se a Fazenda concede o parcelamento, com ou sem garantia, a compensação será inviável. Há suspensão da exigibilidade do crédito tributário.*
- 7. Apelação, recurso adesivo e reexame necessário improvidos.”*

A apelante, ora embargante (ID 123615867), aponta obscuridade: a conclusão do processo administrativo incluiria a efetiva restituição dos créditos.

Resposta (ID 129334727).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000067-58.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: GOLDFARB INCORPORACOES E CONSTRUCOES S/A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO DOMINGUES AMORIM - SP256440-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“*** Prazo para efetiva restituição, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.717/17 ***

O artigo 24, da Lei Federal n.º 11.457/07, fixa prazo para a conclusão da análise administrativa.

Não há prazo legal para pagamento.

O ato normativo não pode inovar na ordem jurídica.

A restituição dos créditos obedecerá a procedimento próprio da Administração, não competindo ao Judiciário antecipar a entrega do objeto do pedido.

Precedentes desta Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. ARTIGO 538 DO CPC/73. INTUITO PROTELATÓRIO NÃO CONFIGURADO.

[...]

2. No presente caso a própria autoridade impetrada informou que a Receita Federal iria realizar diligência apenas no ano de 2015, muito embora os pedidos de ressarcimento remontem ao ano de 2013.

3. Sentença mantida, porquanto em consonância com o entendimento firmado em sede de representativo de controvérsia julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.138.206/RS.

4. Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

5. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração. Precedentes.

[...]

7. Apelação parcialmente provida para afastar a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/73 e remessa oficial desprovida.

(TRF3, APELAÇÃO CÍVEL 0003384-52.2014.4.03.6113, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2018)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI 11.457/07. EXCESSO DE PRAZO. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE PAGAMENTO IMEDIATO DOS CRÉDITOS APURADOS ADMINISTRATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A EC 45/04 acresceu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Lei Maior, dispondo que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Movido por tal garantia constitucional, foi editada a Lei 11.457/07, acerca da qual se consolidou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de impor à Administração, nos pedidos de restituição, a análise dos feitos no prazo previsto pelo respectivo artigo 24: "é obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte".

2. Na espécie, consta dos autos que o requerimento administrativo foi protocolado em 03/07/2014, sendo impetrado o presente mandado de segurança em 18/01/2016, com liminar parcialmente concedida para análise do pedido administrativo em 60 (sessenta) dias, em 29/02/2016. Em suas informações, a autoridade coatora requereu a prorrogação do prazo por mais 30 (trinta) dias, revelando, pois, a procedência parcial do pedido, tal como reconhecido pelo Juízo a quo.

3. Não procede o pleito para o pagamento imediato do valor objeto do pedido de ressarcimento, com correção monetária, pois, na hipótese em tela, não cabe a este Juízo antecipar o próprio objeto do pleito administrativo.

4. Cumprida a sentença com a conclusão do pedido de restituição se houver o reconhecimento dos créditos, a restituição obedecerá procedimento próprio da Administração.

5. Apelação e remessa oficial desprovidas.

(TRF3, APELAÇÃO CÍVEL 0000946-24.2016.4.03.6100, TERCEIRA TURMA, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/02/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO PARA PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 24 DA LEI N. 11.457/07. PRAZO DE 360 DIAS PARA PETIÇÕES E DEFESAS. AUSÊNCIA DE DECURSO DE PRAZO. RECURSO NÃO PROVIDO.

- No que se refere a pedidos de ressarcimento ou restituição de créditos, aplicável os ditames da Lei n. 11.457/2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal e prevê o prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias para prolação de decisões administrativas, descabendo falar no prazo assinalado pela Lei n. 9.784/1999, que cuida do processo administrativo federal em caráter geral.

[...]

- O documento apresentado a fls. 112 demonstra que o pedido de ressarcimento n. 42425.65034.040515.1.2.02-1077 foi analisado pela RFB. No tocante ao prazo de efetiva restituição, necessário salientar que o prazo constante dos ditames da Lei n. 11.457/2007 aplica-se à prolação de decisões administrativas, não existindo no art. 24 determinação de prazo para o pagamento.

- Ademais, não há, no caso, como reconhecer o pedido de disponibilização imediata dos valores, vez que a Receita Federal possui uma dinâmica de trabalho, baseada em datas de protocolos, que não pode ser alterada pelo judiciário sem que exista alguma ilegalidade/irregularidade no procedimento ou motivo de força maior.

- Recurso não provido.

(TRF3, AGRAVO DE INSTRUMENTO 0018923-93.2016.4.03.0000, QUARTA TURMA, DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 09/11/2017)

Nesta Turma:

A impetrante ajuizou o presente mandado de segurança sustentando ter direito à apreciação dos pedidos de restituição apresentados em face do disposto na Lei nº 11.457/07, que estabelece o prazo de 360 dias para a prolação de decisão administrativa.

[...]

A r. sentença, entendendo que ao caso devem ser aplicadas as disposições da Lei nº 11.457/07, julgou procedente o pedido determinando que a autoridade impetrada conclua os pedidos de restituição nºs 15296.63881.190515.1.6.03-3500, 31232.16996.151015.1.2.03-2276 e 01042.71756.151015.1.2.02-8020, no prazo de 15 dias, efetuando o pagamento dos créditos que forem reconhecidos. Sem honorários. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

[...]

No caso dos autos, como bem assinalado pela r. sentença: "(...) de acordo com os documentos juntados aos autos, os pedidos de restituição foram apresentados no período compreendido entre 19/05/2015 e 15/10/2015 (fls. 38/40), ou seja, há mais de 360 dias, tendo se esgotado o prazo para a manifestação da autoridade impetrada."

Assim, verifica-se a não observância do prazo previsto no art. 24 da Lei nº 11.457/2007, razão pela qual, deve ser mantida a determinação de imediata conclusão dos pedidos de restituição.

No entanto, não deve prosperar a determinação de pagamento dos créditos reconhecidos.

Conforme bem lançado pelo Ministério Público Federal às fls. 121: "(...) não há qualquer imposição legal atinente ao imediato pagamento dos créditos. O legislador foi expresso ao impor o prazo em referência tão somente no tocante à análise dos pedidos, sendo que sua execução se sujeita a questões outras que fogem à eficiência da Administração."

Desta forma, verifica-se que o mencionado REsp 1.138.206/RS somente estabelece a obrigatoriedade de prolação de decisão administrativa no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias a partir do protocolo administrativo, não havendo qualquer determinação quanto ao pagamento imediato do decisum administrativo.

Assim, uma vez reconhecida a existência de créditos, a restituição obedecerá ao procedimento próprio da Administração. [...]

(TRF3, ApReex 0022492-38.2016.4.03.6100, DECISÃO MONOCRÁTICA DA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, j. 11/01/2019)"

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgrRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.

3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.

4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001763-39.2018.4.03.6130

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: WORK - CAR TRANSPORTE DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDERSON OLIVEIRA COSTA - SP413823-E, MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: CAR TRANSPORTE DE VEICULOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: EDERSON OLIVEIRA COSTA - SP413823-E, MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 123730615 - fls. 58/66), que se encontra assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johanson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018.

3. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

4. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, uma vez que o julgado ao aplicar a tese fixada pelo STF no RE nº 574.706/PR, determinando a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, da base de cálculo do PIS/COFINS, decidiu elemento diverso daquele fixado pelo STF, sem que tenha havido debate sobre os fundamentos jurídicos da decisão. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE 574.706. Aduz que v. acórdão ao se reportar ao RE 574.706/PR e estabelecer que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, violou os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, do CPC e artigo 27 da Lei 9868/99; artigos 13, § 1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87/1996; art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da Lei 10.833/2002; art. 2º da Lei 9.715/1998; art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991 e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98; razão pela qual, o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde ao ICMS a recolher, também chamado de escritural. Requer por fim: a) reconhecimento da ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS; b) exclusão do v. acórdão embargado a referência a qualquer critério de cálculo concernente ao ICMS dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS; c) ante o princípio da eventualidade, sejam providos os embargos, para sanadas as demais omissões apontadas, com atribuição de efeitos infringentes, ser reconhecido que o critério mais acertado é o da exclusão do ICMS a recolher da base de cálculo do PIS e da COFINS; d) o prequestionamento da matéria para fins recursais, nos termos das súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ.

Em contrarrazões, a embargada sustenta que o v. acórdão proferido, adotou o entendimento que foi consolidado pelo C. STF, reconhecendo que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal. Alega que estando o julgado, devidamente fundamentado, não ocorreu a suposta omissão apontada. Requer a rejeição dos embargos e a manutenção do v. acórdão (ID 128045734 - fls. 06/12).

É o relatório.

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "...Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnsonom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016...() A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas...() Não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, segundo o qual, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnsonom di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018...() Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Assim, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifico motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000908-80.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELANTE: MAURICIO DA COSTA CASTAGNA - SP325751-A, MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

APELADO: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: MAURICIO DA COSTA CASTAGNA - SP325751-A, MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000908-80.2014.4.03.6100

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELANTE: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

APELADO: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogado do(a) APELADO: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento à apelação da autora e deu provimento à apelação da União.

A ementa (ID 107795646 – fl. 368):

“TRIBUTÁRIO - PIS E COFINS - CREDITAMENTO DE DESPESAS COM MÃO-DE-OBRA: IMPOSSIBILIDADE.

1- A competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional (artigo 195, § 12).

2- Não há autorização legal para creditamento das despesas com O mão-de-obra pagas a pessoas físicas (artigo 3º, § 2º, inciso II, da Lei Federal n.º 10.637/2002 e artigo 30, § 2º, inciso H, da Lei Federal n.º 10.833/2003). Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3- O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

4- O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento tributário.

5- As sistemáticas de utilização do crédito, nas hipóteses de recolhimento misto, cumulativo e não-cumulativo (8º), não excepcionaram as vedações expressas no § 3º, regra de aplicação geral.

6- Considerada a natureza e a importância do feito, bem como o zelo dos profissionais, os honorários devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973.

7- Apelação da autora desprovida. Apelação da União provida, para majorar os honorários advocatícios.”

A autora, ora embargante (ID 107795646 – fls. 373/385), alega omissão na análise da tese de que a folha de salários da prestadora de serviço de mão-de-obra terceirizada integraria os conceitos de “custos” e “despesas” essenciais à atividade, em especial no sistema misto de tributação (rateio de despesas cumulativas e não-cumulativas). Invoca a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp. n.º 1.221.170), no regime de julgamentos repetitivos.

Requer o questionamento da matéria, com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Resposta (ID 123965339).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000908-80.2014.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S
APELADO: GOCIL SERVICOS GERAIS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: MARCIO SOCORRO POLLET - SP156299-S
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 107795646 – fls. 365/367):

“(…)

A competência para definição dos critérios práticos de aplicação do princípio da não-cumulatividade é do legislador, por expressa determinação constitucional:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

Não há autorização legal para creditamento das despesas com mão-de-obra pagas a pessoas físicas.

A Lei Federal n.º 10.637/2002:

"Art. 3º:

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...)

§ 8º Observadas as normas a serem editadas pela Secretaria da Receita Federal, no caso de custos, despesas e encargos vinculados às receitas referidas no § 7º e àquelas submetidas ao regime de incidência cumulativa dessa contribuição, o crédito será determinado, a critério da pessoa jurídica, pelo método de:

I - apropriação direta, inclusive em relação aos custos, por meio de sistema de contabilidade de custos integrada e coordenada com a escrituração; ou

II - rateio proporcional, aplicando-se aos custos, despesas e encargos comuns a relação percentual existente entre a receita bruta sujeita à incidência não-cumulativa e a receita bruta total, auferidas em cada mês."

Na mesma linha, a Lei Federal n.º 10.833/2003:

"Art. 3º:

(...)

§ 2º Não dará direito a crédito o valor: (Redação dada pela Lei nº 10.865, de 2004)

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e (Incluído pela Lei nº 10.865, de 2004)

(...)

§ 7º Na hipótese de a pessoa jurídica sujeitar-se à incidência não-cumulativa da COFINS, em relação apenas à parte de suas receitas, o crédito será apurado, exclusivamente, em relação aos custos, despesas e encargos vinculados a essas receitas.

§ 8º Observadas as normas a serem editadas pela Secretaria da Receita Federal, no caso de custos, despesas e encargos vinculados às receitas referidas no § 7º e àquelas submetidas ao regime de incidência cumulativa dessa contribuição, o crédito será determinado, a critério da pessoa jurídica, pelo método de:

I - apropriação direta, inclusive em relação aos custos, por meio de sistema de contabilidade de custos integrada e coordenada com a escrituração; ou

II - rateio proporcional, aplicando-se aos custos, despesas e encargos comuns a relação percentual existente entre a receita bruta sujeita à incidência não-cumulativa e a receita bruta total, auferidas em cada mês."

O posterior acréscimo de dispositivo legal que explicita a vedação do creditamento não altera a conclusão: sem autorização legal é impossível o creditamento tributário.

O Judiciário não pode substituir o legislador na tarefa de definição do creditamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489 E 1.022, DO CPC/2015. PIS E COFINS NÃO-CUMULATIVOS. VALORES PAGOS A TÍTULO DE MÃO-DE-OBRA (SALÁRIOS). VALORES QUE NÃO SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE INSUMOS. INAPLICABILIDADE DO RECURSO REPETITIVO RESP. N. 1.221.170 - PR. INCIDÊNCIA DA VEDAÇÃO EXPRESSA CONSTANTE DOS ARTIGOS 3º, §2º, I E II, DA LEI N. 10.637/2002 E DA LEI N. 10.833/2003.

1. No recurso repetitivo REsp. n. 1.221.170 - PR (Primeira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22.02.2018) invocado não foi em nenhum momento declarada a inconstitucionalidade do art. 3º, §2º, I e II, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003. Sendo assim, permanece hígida a norma que estabelece que: "Não dará direito a crédito o valor de mão-de-obra paga a pessoa física e da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição". De ver que a mão-de-obra paga a pessoa física é uma aquisição de serviço não sujeita ao pagamento da contribuição. Desse modo, há duas normas em vigor que negam o direito ao creditamento. Precedentes: AgInt no REsp 1703333 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20.02.2018; REsp 1437438 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.06.2014; AgRg no REsp 1238358 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.10.2014.

2. Agrega-se ao voto o posicionamento do Fisco Federal no Parecer Normativo COSIT/RFB Nº 05, de 17 de dezembro de 2018 (DOU Publicado em: 18/12/2018 | Edição: 242 | Seção: 1 | Página: 194), no sentido de que o conceito de insumos examinado no repetitivo REsp. n. 1.221.170 - PR somente pode abranger o pagamento feito pela pessoa jurídica a outra pessoa jurídica para a contratação de mão de obra terceirizada, posto estar fora essa modalidade da vedação constante do art. 3º, §2º, I, da Lei n. 10.637/2002 e da Lei n. 10.833/2003.

3. Agravo interno não provido."

(STJ, AgInt no AREsp 1356896 / RJ, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

As sistemáticas de utilização do crédito, nas hipóteses de recolhimento misto, cumulativo e não-cumulativo (§ 8º), não excepcionaram as vedações expressas no § 3º, regra de aplicação geral.

Atribuiu-se o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) à causa (fl. 25).

Considerada a natureza e a importância do feito, bem como o zelo dos profissionais, os honorários devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação da autora e dou provimento à apelação da União, para majorar os honorários advocatícios."

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidade jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004963-38.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIV. MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: K1 LOJAO COMERCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004963-38.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: v. ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO: KI LOJAO COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão (ID 125068961), que encontra-se assimementado:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. RESTITUIÇÃO ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, que já enfrentou a questão apontada nos primeiros embargos de declaração, conforme já decidido, motivo pelo qual, os embargos de declaração ora apresentados também devem ser rejeitados, pela inoocorrência de qualquer contradição, omissão ou obscuridade na decisão embargada.
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
3. Rejeitada a alegação de impossibilidade de restituição administrativa de indébito reconhecido judicialmente, inoocorrendo ofensa ao art. 100 da CF, por não se tratar de sentença de repetição/restituição de indébito, nem de execução de título judicial.
4. Tal pedido encontra amparo no art. 165 do CTN, c/c o art. 66 da Lei 8.383/91 e art. 74 da Lei 9.430/96, conforme se vê dos precedentes jurisprudenciais do C. STJ: RESP 1.642.350/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 16/03/2017; DJ 24/04/2017; RESP 1.516.961/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 23/02/2016; DJ 22/03/2016).
5. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. Embargos de Declaração e Agravo Interno improvidos.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, no que tange à análise do disposto nos arts. 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º e 27 da Lei nº 9.868/99. Aduz a ausência de definitividade do julgamento no RE nº 574.706-PR, uma vez que ainda está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos. Alega que quanto à exclusão do ICMS destacado na nota fiscal, deve-se observar que não houve qualquer discussão sobre o tema na sentença e o contribuinte, em sua apelação, não questionou o tema. Ressalta que "a decisão embargada rejeitou os embargos de declaração da Fazenda Nacional, remanescendo a dívida quanto ao alcance da decisão id 89996122 que, embora tenha rejeitado os embargos de declaração opostos pelo contribuinte, citou o julgado EDA C 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnsons di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018, em que é afirmado que O julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita". Afirma que a inexistência de regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS não afronta o conceito constitucional de faturamento.

Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar a omissão apontada, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Com contrarrazões (ID 130898599).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004963-38.2018.4.03.6103
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: v. ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO: KI LOJAO COMERCIO DE CONFECÇOES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: VINICIUS VICENTIN CACCAVALI - SP330079-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento negou provimento aos embargos de declaração e ao agravo interno para manter a decisão monocrática que negou provimento à apelação da União e deu parcial provimento à remessa necessária, para reconhecer a inexistência do ICMS nas bases de cálculo do PIS e da COFINS e restringir a compensação com contribuições previdenciárias, por entender que a r. sentença concessiva está em consonância com a jurisprudência consolidada do E. Supremo Tribunal Federal, assim como não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do *decisum*.

Na espécie, o voto condutor teve como fundamento o julgamento proferido pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assim fundamentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APLICAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.

2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.

3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.

4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Outrossim, afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJe nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, encontra-se ainda pendente de julgamento, não é demais renovar aqui que a última prorrogação da eficácia da liminar que suspendeu o julgamento das ações concernentes à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS expirou em outubro/2010.

Com relação ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS é o correspondente ao valor destacado na nota fiscal.

Resalte-se que a decisão foi elaborada nos termos da RE 574.706, restando claro que o ICMS a ser abatido não é o pago ou recolhido, mas o ICMS destacado na nota fiscal de saída.

Nesse sentido, julgados desta E. Corte:

AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

O resultado do julgamento do RE nº 574.706/PR pelo E. Supremo Tribunal Federal, que em sessão plenária do dia 15.03.2017, sob a sistemática de repercussão geral, resultou no Tema 69.

Conforme o resultado desse julgamento, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

Desnecessário aguardar-se o resultado de embargos de declaração e/ou modulação de efeitos, porquanto essas situações não são impeditivas da aplicação de decisão da Suprema Corte que afirma a inconstitucionalidade de exação. Nesse sentido: ARE 1202776 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 04-11-2019 PUBLIC 05-11-2019. Nesta Corte Regional: 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5000328-22.2017.4.03.6144, Rel. Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, julgado em 05/12/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/12/2019.

(TRF 3ª Região, 6ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5005827-51.2019.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHNSOM DI SALVO, julgado em 24/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL IDENTIFICADO E RETIFICADO. CONTRADIÇÃO INEXISTENTE. RESTOU DEMONSTRADO NO JULGADO QUE O ICMS DESTACADO EM NOTA FISCAL DEVE SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. OBEDIÊNCIA AO ART. 26-A DA LEI 11.457/07. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(AC 5000356-38.2017.4.03.6128, Rel. Desembargador Federal JOHNSON DI SALVO, Sexta Turma, j. 25.07.2019, DJE 26.07.2019)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ICMS. EXCLUSÃO BASE CÁLCULO. PIS E COFINS. RE 574.706. VINCULAÇÃO. ICMS DESTACADO NA NOTA FISCAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

- Descabe o pedido da União de sobrestamento do feito até a finalização do julgamento do RE nº 574.706/PR. Cabe ratificar novamente, que tal decisão, independentemente da pendência de julgamento dos aclaratórios, já tem o condão de refletir sobre as demais ações com fundamento na mesma controvérsia devendo, portanto, prevalecer a orientação firmada pela Suprema Corte.

- No tocante ao ICMS que deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, a decisão agravada foi explícita quanto a matéria ora discutida: "Assinalo que, o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da jurisprudência deste Colendo Tribunal, com base na orientação firmada pela Suprema Corte é o destacado na nota fiscal, eis que deve ser excluído, do conceito de receita, todo o ICMS faturado e não o valor devido após as deduções do imposto anteriormente cobrado".

- Assim, não há que se falar em inovação recursal a respeito do valor excluído da base de cálculo do PIS/COFINS ser o destacado na nota fiscal, uma vez que este é o que se amolda ao conceito de faturamento, objeto da discussão apresentada nos presentes autos, que teve por fundamento o RE 574.706. Anote-se que, o pedido formulado na inicial foi expresso ao requerer a exclusão da exação sobre a base de cálculo do PIS e da COFINS. Foi exatamente isso que foi decidido pelo STF e que ora se decide.

- As razões recursais não contrapõem os fundamentos do r. *decisum* a ponto de demonstrar qualquer desacerto, limitando-se a reproduzir argumentos os quais visam à rediscussão da matéria nele contida.

- Negado provimento ao agravo interno.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5001990-25.2018.4.03.6002, Rel. Desembargador Federal MONICA AUTRAN MACHADO NOBRE, julgado em 21/04/2020, Intimação via sistema DATA: 27/04/2020)

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. ICMS. VALOR DESTACADO NA NOTA FISCAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Prevê o artigo 1.022 do CPC que a oposição dos aclaratórios somente tem cabimento para esclarecimento de obscuridade ou eliminação de contradição, para suprimir omissão sobre ponto ou questão sobre o qual o julgado deveria se pronunciar, ou, ainda, para corrigir erro material existente no *decisório*.

2. Na espécie, não se fazem presentes quaisquer dos aludidos vícios.

3. Relativamente ao valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, sustenta a União Federal que deve ser o ICMS efetivamente recolhido. Todavia, com efeito, o ICMS a ser excluído é o destacado nos documentos fiscais de saída, vez que é esse montante que integra a indigitada base de cálculo.

5. Na ocasião do julgamento do RE n. 574.706, a Ministra Cármen Lúcia enfrentou diretamente essa questão, consignando que o ICMS a ser excluído não é o ICMS "pago" ou "recolhido", mas o ICMS destacado na nota fiscal.

6. Assim sendo, repise-se, tem a impetrante o direito de excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS o valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias do seu estabelecimento, inclusive após o advento da Lei nº 12.973/2014.

7. Embargos de declaração, opostos pela União Federal, que restam rejeitados.

(TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApelRemNec - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA - 5000702-41.2017.4.03.6143, Rel. Desembargador Federal MARLI MARQUES FERREIRA, julgado em 22/04/2020, Intimação via sistema DATA: 24/04/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA – TUTELA PROVISÓRIA. STF – RE Nº 574.706. ICMS – BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS – EXCLUSÃO. ICMS DESTACADO NAS NOTAS FISCAIS.

1. A jurisprudência tem se pautado na possibilidade do julgamento imediato dos processos nos quais se discute a matéria sedimentada pelo julgado paradigmático. A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706 por ocasião da apreciação dos embargos de declaração consubstancia evento futuro e incerto que não constitui óbice à solução do mérito das demais demandas em que se discute o tema.

2. No julgamento do RE nº 574.706, o Supremo Tribunal Federal já sinalizou no sentido de que o valor do ICMS a ser excluído da base de cálculo das referidas contribuições é o incidente sobre as vendas efetuadas pelo contribuinte, ou seja, aquele destacado nas notas fiscais de saída.

3. Se o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, o valor a ser abatido pelo contribuinte só pode ser aquele que representa a integralidade do tributo repassado ao erário estadual, ou seja, o destacado na operação de saída, pois, de modo contrário, haveria simplesmente a postergação da incidência das aludidas contribuições sobre o tributo cobrado na operação anterior. Precedentes desta Corte.

4. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000823-63.2020.4.03.0000, Rel. Juiz Federal Convocado na Titularidade Plena LEILA PAIVA MORRISON, julgado em 16/04/2020, Intimação via sistema DATA: 23/04/2020)

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002782-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: RODOVIARIO TRANSVOAR LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALEX SORVILLO - SP240552-A, RODRIGO DALLA PRIA - SP158735-A, VICTOR DIAS RAMOS - SP358998-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002782-10.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: RODOVIARIO TRANSVOAR LTDA

Advogados do(a) APELADO: ALEX SORVILLO - SP240552-A, RODRIGO DALLA PRIA - SP158735-A, VICTOR DIAS RAMOS - SP358998-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos pela UNIAO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão de ID 125070242 (Pág. 1/7), da lavra da e. Desembargadora Federal Consuelo Yoshida, que encontra-se assim ementado:

"AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
4. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
5. Agravo interno improvido."

Sustenta a embargante, em síntese, que os presentes embargos de declaração visam ao prequestionamento da matéria para abertura das vias recursais superiores. Aduz que merecem ser aplicadas ao feito, além do das disposições do artigo 1.040, as dos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 926, 927, § 3º, e 27 da Lei nº 9.868/99. Aponta a ausência de definitividade do julgamento no RE nº 574.706-PR, uma vez que ainda está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos, devendo-se aguardar o julgamento definitivo da matéria (Tema 69). Defende ainda que a inexistência de regra que preveja a dedução das quantias devidas a título de ICMS das bases de cálculo do PIS e da COFINS não afronta o conceito constitucional de faturamento; e aponta que não houve manifestação sobre o art. 195, I, b, da CF.

Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de que seja suprida a omissão apontada, no sentido de que seja determinado o sobrestamento do feito até o exame dos embargos de declaração opostos no RE 574.706/PR, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Resposta aos embargos de declaração (ID 130463026), pugnano pela rejeição do recurso.

É o relatório.

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não merece acolhimento a insurgência da embargante.

Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento ao agravo interno interposto pela União Federal, por entender que aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706; que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie; que nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016); assim como por não ter a ora embargante demonstrado o desacerto do *decisum*.

Na espécie, o voto condutor teve como fundamento o julgamento proferido pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no RE nº 574.706-PR, publicado em 02.10.2017, por maioria e nos termos do voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia (Presidente), apreciando o tema 69 da repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que "**O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins**". O v. acórdão encontra-se assimmentado, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS.
2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação.
3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações.
4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)

Outrossim afigura-se, na espécie, desnecessário aguardar-se a publicação do acórdão resultante dos embargos de declaração, ou a finalização do julgamento, do RE nº 574.706-PR para a aplicação do entendimento sedimentado em sede de repercussão geral, como alegado pela União. A publicação da respectiva ata de julgamento, ocorrida em 20/03/2017 (DJ-e nº 53) supre tal providência, conforme previsão expressa do art. 1035, § 11, do CPC/2015, bem como os embargos de declaração opostos no RE nº 574.706-PR não foi dotado de efeito suspensivo.

Deste modo, ainda que venha a ser dada modulação dos efeitos da decisão proferida no RE nº 574.706-PR, neste momento não se pode admitir decisão de tribunal que contradiga a pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral.

Ademais, no tocante a ADC nº 18, que discute o tema, foi proferida decisão em 28.08.2018, nos seguintes termos: "(...) Sendo assim, e em face das razões expostas, julgo prejudicada a presente ação declaratória de constitucionalidade, seja em face da perda superveniente de seu objeto, seja, notadamente, em razão do julgamento plenário do RE 574.706/PR, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, em cujo âmbito esta Suprema Corte já dirimiu, com repercussão geral, a controvérsia constitucional ora deduzida nesta sede processual, formulando, a propósito do litígio em causa, a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS" (grifei)."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(Ecl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISSCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acordãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acordão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

(Edcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acordão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o re julgamento da causa e a consequente reforma do decísum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acordão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003449-34.2015.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VIACAO LUWASA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003449-34.2015.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VIACAO LUWASA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (fl. 179, ID 107349355):

"PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - MAJORAÇÃO DO PIS, DA COFINS E DA CIDE - DECRETO Nº 8.395/2015 - ILEGITIMIDADE ATIVA DO CONTRIBUINTE DE FATOS.

1- Há ilegitimidade ativa do contribuinte de fato, quanto à repetição ou compensação do indébito. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O apelante, ora embargante (fs. 181/185, ID 107349355), aponta omissão na análise da legitimidade: a assunção do encargo seria fato notório.

Aduz obscuridade na análise dos precedentes judiciais trazidos na apelação.

Resposta (fs. 187/188, ID 107349355).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003449-34.2015.4.03.6106
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: VIACAO LUWASA LTDA
Advogado do(a) APELANTE: IAGUI ANTONIO BERNARDES BASTOS - SP138071-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

"O Código Tributário Nacional:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. CIDE. COMBUSTÍVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ART. 543-C DO CPC.

1. O acórdão recorrido afastou a legitimidade da agravante para pleitear a compensação do valor correspondente à CIDE, reconhecendo a sua caracterização como consumidora final. Não se debateu a agora invocada característica de "contribuinte de fato e de direito".

2. O "contribuinte de fato" não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo "contribuinte de direito". Precedente: REsp 903.394/AL, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010, acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

3. Agravo regimental não provido.

(2ª Turma, Min. Rel. Castro Meira, AgaResp 23445, j. 13/03/12, DJE 28/03/12)

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no regime do artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, em caso análogo:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE DE JURE À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O "contribuinte de fato" (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo "contribuinte de direito" (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que: "Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la."

3. Consequentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigí-lo.

4. Em se tratando dos denominados "tributos indiretos" (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

5. A exegese do referido dispositivo indica que: "...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido: Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica.

Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores.

A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito.

Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente." (Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do "contribuinte de fato" (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do "tributo indireto" indevidamente recolhido (Gilberto Ulihoa Canto, "Repetição de Indébito", in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in "Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho", Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, "o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual" (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pag. 583).

9. In casu, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, "a", do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacista da praça do remetente (artigo 47, II, "b", do CTN).

11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação: "Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável: (...) II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial. § 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário. § 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente. (...)"

12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, "a", do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato impositivo consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

13. Mutatis mutandis, é certo que:

"1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS." (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

14. Consequentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que "as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detêm legitimidade ativa para postular em juízo o crédito relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa".

15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 903.394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010)

No caso concreto, a impetrante é empresa prestadora de serviço de transporte coletivo.

É contribuinte de fato do PIS, COFINS e da CIDE.

Não provou a assunção do encargo, nem trouxe autorização, do contribuinte de direito, para a restituição.

Há ilegitimidade ativa, para o pedido de repetição ou restituição."

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001219-63.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ITTE COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001219-63.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ITTE COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento ao agravo interno.

A ementa (ID 73247114):

“AGRAVO INTERNO – MERCADORIAS IMPORTADAS – REVENDA – IPI – INCIDÊNCIA: LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

1. *Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE 946.648, não determinou o sobrestamento dos feitos correlatos. Até este momento, a questão não foi decidida de modo definitivo. Não há pronunciamento apto a vincular este Juízo à posição defendida pela agravante.*
2. *O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada (EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).*
3. *A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.*
4. *Não há ofensa ao princípio da isonomia. A tributação no desembaraço dos produtos importados garante o equilíbrio na concorrência com os similares nacionais.*
5. *O voto do Ministro Mauro Campbell, proferido no EREsp 1403532/SC, afastou, expressamente, a tese de suposta violação à regra de não-discriminação, imposta no Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT.*
6. *Agravo interno desprovido.”*

A impetrante, ora embargante (ID 123722421), alega omissão na análise dos artigos 150, inciso II, e 153, inciso IV, da Constituição, e 35, do Decreto nº 7.212/2010.

Anota, por fim, omissão quanto à análise do pleito compensatório.

Requer a correção do julgado.

Prequestiona a matéria coma finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Resposta da embargada (ID 127597590).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001219-63.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: ITTE COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: DIEGO LUIZ SILVA JOAQUIM - SP272060-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 73247109):

"As razões de agravo interno não infirmam a decisão.

***** Repercussão Geral *****

Embora reconhecida a repercussão geral sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE 946.648, não determinou o sobrestamento dos feitos correlatos.

Até este momento, a questão não foi decidida de modo definitivo.

Não há pronunciamento apto a vincular este Juízo à posição defendida pela agravante.

***** Incidência do IPI na saída da mercadoria nacionalizada *****

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no regime de que tratava o artigo 543-C, do Código de Processo Civil de 1973, afirmou a legalidade da incidência tributária, na saída da mercadoria importada:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - IPI. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA SOBRE OS IMPORTADORES NA REVENDA DE PRODUTOS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO GERADOR AUTORIZADO PELO ART. 46, II, C/C 51, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN. SUJEIÇÃO PASSIVA AUTORIZADA PELO ART. 51, II, DO CTN, C/C ART. 4º, I, DA LEI N. 4.502/64. PREVISÃO NOS ARTS. 9, I E 35, II, DO RPI/2010 (DECRETO N. 7.212/2010).

1. Seja pela combinação dos artigos 46, II e 51, parágrafo único do CTN - que compõem o fato gerador, seja pela combinação do art. 51, II, do CTN, art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, art. 79, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e art. 13, da Lei n. 11.281/2006 - que definem a sujeição passiva, nenhum deles até então afastados por inconstitucionalidade, os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil.

2. Não há qualquer ilegalidade na incidência do IPI na saída dos produtos de procedência estrangeira do estabelecimento do importador, já que equiparado a industrial pelo art. 4º, I, da Lei n. 4.502/64, com a permissão dada pelo art. 51, II, do CTN.

3. Interpretação que não ocasiona a ocorrência de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, porque a lei elenca dois fatos geradores distintos, o desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior e a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, isto é, a primeira tributação recai sobre o preço de compra onde embutida a margem de lucro da empresa estrangeira e a segunda tributação recai sobre o preço da venda, onde já embutida a margem de lucro da empresa brasileira importadora. Além disso, não onera a cadeia além do razoável, pois o importador na primeira operação apenas acumula a condição de contribuinte de fato e de direito em razão da territorialidade, já que o estabelecimento industrial produtor estrangeiro não pode ser eleito pela lei nacional brasileira como contribuinte de direito do IPI (os limites da soberania tributária o impedem), sendo que a empresa importadora nacional brasileira acumula o crédito do imposto pago no desembaraço aduaneiro para ser utilizado como abatimento do imposto a ser pago na saída do produto como contribuinte de direito (não-cumulatividade), mantendo-se a tributação apenas sobre o valor agregado.

4. Precedentes: REsp. n. 1.386.686 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17.09.2013; e REsp. n. 1.385.952 - SC, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03.09.2013. Superado o entendimento contrário veiculado nos EREsp. nº 1.411.749-PR, Primeira Seção, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. pacífico Min. Ari Pargendler, julgado em 11.06.2014; e no REsp. n. 841.269 - BA, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 28.11.2006.

5. Tese julgada para efeito do art. 543-C, do CPC: "os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil".

6. Embargos de divergência em Recurso especial não providos. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(EREsp 1403532/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe 18/12/2015).

A incidência tributária tem fundamento nos artigos 46, inciso I, e 51, parágrafo único, ambos do Código Tributário Nacional, recepcionados pela Constituição Federal.

Não há ofensa ao princípio da isonomia. A tributação no desembaraço dos produtos importados garante o equilíbrio na concorrência com os similares nacionais.

No mais, o voto do Ministro Mauro Campbell, proferido no EREsp 1403532/SC, afastou, expressamente, a tese de suposta violação à regra de não-discriminação, imposta no Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT. Confira-se:

“Quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só. O raciocínio é, data vênia, falacioso.”

A jurisprudência desta Corte:

TRIBUTÁRIO. IPI. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA DISTINTAS. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SAÍDA DE PRODUTO ESTRANGEIRO DE ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. INCIDÊNCIA. FATO GERADOR. VIOLAÇÃO À ISONOMIA E AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INOCORRÊNCIA. BIS IN IDEM. DUPLA TRIBUTAÇÃO OU BITRIBUTAÇÃO. NÃO CONFIGURADO. ERESp 1.403.532/SC. Art. 543-C DO CPC/73. OFENSA AO GATT. INOCORRÊNCIA. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS.

1. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de nova incidência do IPI na operação de revenda de produto importado, independentemente de industrialização no território nacional, quando já recolhido o imposto pela empresa importadora por ocasião do desembaraço aduaneiro.

2. O reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE 946.648), por si só, não enseja o sobrestamento, em grau de apelação, dos processos que versam sobre a mesma matéria, à míngua de determinação expressa do relator do respectivo recurso extraordinário, consoante dispõe o art. 1.035, §5º, do CPC/2015.

3. O tema já se encontra pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento do ERESp 1.403.532/SC processado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia do artigo 543-C do CPC/73 (Tema/Repetitivo 912), firmou a tese no sentido de que: “Os produtos importados estão sujeitos a uma nova incidência do IPI quando de sua saída do estabelecimento importador na operação de revenda, mesmo que não tenham sofrido industrialização no Brasil”.

4. A aplicabilidade dos precedentes obrigatórios firmados no âmbito de julgamentos de recursos repetitivos dispensa o trânsito em julgado. Nesse sentido: “a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral” (AgRg nos EDcl no AREsp 706.557/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13.10.2015).

5. Na hipótese, é possível visualizar a existência de duas hipóteses de incidência do IPI, as quais ocorrem em momentos distintos: a primeira delas se concretiza por ocasião do desembaraço aduaneiro proveniente da operação de compra de produto industrializado do exterior, a qual tem o importador como contribuinte, com fundamento no arts. 46, I, e 51, I, do CTN combinado com o art. 2º, I, da Lei n.º 4.502/64; a segunda ocorre com a saída do produto industrializado do estabelecimento importador equiparado a estabelecimento produtor, com fundamento no artigo 46, II, e 51, II, do CTN combinado com o art. 4º, I, e 35, I, a, da Lei n.º 4502/64.

6. Não merece acolhida a tese da configuração de bis in idem, dupla tributação ou bitributação, pois a incidência da exação se dá em momentos distintos.

7. Inexistência de violação ao princípio da isonomia e da não cumulatividade. Caso o IPI incidisse em apenas um dos momentos (desembaraço aduaneiro ou saída da mercadoria), o bem importado se encontraria em situação fiscal mais vantajosa do que a dos nacionais, razão pela qual a incidência da tributação em cada uma dessas operações tem como escopo reequilibrar a posição tributária desses produtos. Outrossim, o sistema de creditamento do IPI pago por ocasião do desembaraço aduaneiro afasta a alegada afronta ao princípio da não cumulatividade.

8. Inocorrência de afronta ao GATT. O Ministro Mauro Campbell Marques em seu voto proferido no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 1.403.532/SC bem esclareceu a questão: “quanto ao argumento de violação ao GATT, registro que a cláusula de obrigação de tratamento nacional tem aplicação somente na primeira operação (a de importação). A segunda operação já é interna. Há dois fatos geradores. Desse modo, a igualdade ao tratamento nacional resta preservado para a primeira operação. Dizer que houve qualquer violação da cláusula significa tratar dois fatos geradores como se fossem um só”. (ERESp 1.403.532/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14.10.2015, D.J.e. 18.12.2015)

9. Remessa oficial e apelação providas.

(ApReeNec 5026969-48.2018.4.03.6100, Relatora Desembargador Federal CECILIA MARIA PIEDRA MARCONDES, 3ª Turma, julgado em 23/05/2019).

No mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios (artigo 25, da Lei Federal n.º 12.016/09).”

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidez jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDRESp n.ºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Quanto ao mais, é evidente que, rejeitado o pedido principal, fica prejudicada a análise do pleito compensatório, dele decorrente.

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o meu voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007709-70.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DUPATRI HOSPITALAR COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRENO AYRES MASSA JUNIOR - GO45120-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007709-70.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: DUPATRI HOSPITALAR COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRENO AYRES MASSA JUNIOR - GO45120-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

A União, com intuito de questionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a exclusão do ICMS a recolher (123741423).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007709-70.2018.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: DUPATRI HOSPITALAR COMERCIO, IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: BRENO AYRES MASSA JUNIOR - GO45120-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de questionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001252-98.2013.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: SINDICATO RURAL DE MARACAJU
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A
APELADO: MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: ELTON LUIS NASSER DE MELLO - MS5123-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001252-98.2013.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: SINDICATO RURAL DE MARACAJU
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: ELTON LUIS NASSER DE MELLO - MS5123-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos pelo SINDICATO RURAL DE MARACAJU, em face do v. acórdão proferido (ID 123731951), que se encontra assimimentado:

PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL – RECOMENDAÇÃO EDITADA POR PROCURADOR DA REPÚBLICA - PEDIDO CONDENATÓRIO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS FORMULADO DIRETA E EXCLUSIVAMENTE EM FACE DO AGENTE PÚBLICO RESPONSÁVEL PELO ATO HAVIDO COMO LESIVO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SENTENÇA TERMINATIVA MANTIDA – APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, em precedente resolvido sob a repercussão da matéria (RE nº 1.027.633/SP), vem de definir a tese de que “a teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

2. Hipótese em que, emitida recomendação havida como abusiva e ilegal pela apelante, formulou-se pedido condenatório por danos materiais e morais direta e exclusivamente em face do Procurador da República responsável pelo ato, a autorizar a extinção do processo, sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva para a causa.

3. Apelação improvida.

Sustenta o embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão. Aduz ser possível à vítima escolher contra quem demandar com o objetivo de alcançar a indenização, já que, ainda que muitas das vezes se trate de responsabilidade subjetiva, pode ser mais interessante à vítima demandar diretamente contra o agente público do que pleitear indenização em face do Estado. Aduz que isso ocorre nos casos em que a verificação da culpa na conduta é tão evidente que mesmo a responsabilidade objetiva do órgão público pode ser deixada de lado, isso sem contar com a facilidade no recebimento da indenização, tendo em vista a dificuldade de recebimento de valores da União e, ainda, o tempo de tramitação do processo. Ressalta que a teoria da responsabilidade objetiva surge exatamente para propiciar àqueles vítimas por danos, a possibilidade eficiente de obter reparação, retirando-lhes o fardo pesado da prova da culpa, elementar do dever de indenizar na teoria subjetiva, sendo que nessas situações a lei impõe a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, bastando haver o dano e o nexo de causalidade para justificar a responsabilidade civil do agente. Aduz que no caso da responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes, emerge o contido no art. 37, § 6º da CF, no sentido de que a responsabilidade seja objetiva, mas não que a vítima tenha que obrigatoriamente dirigir o seu pleito indenizatório contra o Estado. Acrescenta que em respeito ao princípio da reparabilidade plena, previsto no art. 940 do CC, é possível à vítima escolher contra quem demandar, além do que os arts. 186 e 187, ambos do Código Civil, permitem o direcionamento da demanda contra o agente ofensor e a mesma regra pode ser verificada no art. 927 do mesmo diploma. Salienta que a indenização se mede pela extensão do dano, sendo este o princípio da reparabilidade plena encontrado no art. 944 do CC, de modo que não pode o direito à reparação ser impactado por um dirêgimo processual, obrigando a vítima a responsabilizar indiretamente o Estado, quando possui já todos os elementos e opta por processar diretamente o agente público.

Requer “seja recebido o presente recurso, sendo sanada a omissão apontada, manifestando-se expressamente a Corte a respeito dos arts. 186, 187, 927, 940, 944, todos do Código Civil, que autorizam o direcionamento da ação pela vítima contra o agente ofensor e não contra o órgão público, para fins de prequestionamento e, ainda, para atender ao quanto previsto no art. 489, §1º, IV, do CPC.”

Em contrarrazões, MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA sustenta que o v. acórdão “não padece de vício, tanto que os embargos declaratórios referem-se a prequestionamento de dispositivos legais ciente de que já foi reconhecida a REPERCUSSÃO GERAL pelo STF – TEMA 940” e requer “seja negado provimento aos embargos declaratórios.” (ID 131483840) e a União reitera tais contrarrazões (ID 132176956).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001252-98.2013.4.03.6002
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: SINDICATO RURAL DE MARACAJU
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA - MS7602-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: ELTON LUIS NASSER DE MELLO - MS5123-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão ora embargado negou provimento à apelação por entender que não se desconhece a divergência jurisprudencial que existia acerca da legitimidade passiva de agentes públicos quando formulada pretensão indenizatória por ato ilícito praticado no exercício de suas funções típicas.

Na espécie, o voto condutor deixou consignado que no âmbito do C. STJ, v.g., reconheceu-se no RESP nº 1.325.862/PR (j. 05.09.2013) a legitimidade passiva de serventária da Justiça em ação condenatória por danos morais ajuizada em razão de ato de ofício praticado com erro.

Aduziu que nesse aresto, fora relembrado entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, a reconhecer ao ofendido, à luz do art. 107 da CF/67, direito de optar entre a ação indenizatória contra o Estado ou a ação diretamente proposta contra o servidor causador da lesão (STF, RE nº 105.157, Rel. Min. Octávio Gallotti, j. 20.09.1985).

Afirmou que outros julgados do C. STJ caminharam no mesmo sentido, reconhecendo-se “a *faculdade do autor promover a demanda em face do servidor, do Estado ou de ambos, no livre exercício do seu direito de ação*” (RESP nº 731.746/SE, j. 05.08.2008), inclusive em hipótese na qual os agentes incluídos no polo passivo da relação processual assumiam as galas de Procuradores da República, tal como se dá “*in casu*” (RESP nº 759.272/GO, j. 18.08.2005).

Todavia, observou que a matéria ganhou contornos definitivos na atualidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal vem de estabelecer, em precedente resolvido sob o pálio da repercussão geral, que o ventilado direito de opção do ofendido inexistente, devendo a pretensão indenizatória do lesado ser exercida, necessariamente, em face do Estado, a quem se resguarda a possibilidade de impingir responsabilidade ao seu preposto pela via regressiva, comprovado o dolo ou a culpa na conduta caracterizadora do dano.

O precedente a que se referiu é o **RE nº 1.027.633/SP** (Tema nº 940), cuja ementa transcreveu.

Considerou importante destacar que, após profícuo debate na respectiva assentada, a Suprema Corte estabeleceu a seguinte tese jurídica acerca da matéria aqui ventilada: “*A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*”

Por fim, destacou trecho do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que em tudo se revela pertinente ao caso ora em exame: “*(...) A possibilidade de responsabilização direta, ‘per saltum’, submeteria a pessoa do agente público a um grau irrazoável de exposição a questionamentos judiciais por atos praticados no exercício da função. Se considerados, por exemplo, os órgãos e carreiras que exercem múnus fiscalizatório, ou mesmo de persecução penal, vislumbra-se inúmeras situações em que a prática de atos de ofício lançaria um ônus desproporcional sobre a pessoa do agente público. Titulares de interesses desfavorecidos pela atuação do Poder Público poderiam estrategicamente demandar contra os agentes públicos responsáveis, como forma de intimidação ou represália.*”

Concluiu que a solução ora preconizada põe-se em sintonia com o comando do artigo 181 do Código de Processo Civil, a estabelecer que “*o membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções*” (grifos meus).

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, “*consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*”

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001677-68.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ONDAPACK COMERCIO E MONTAGENS DE MATERIAIS PLASTICOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: FABRICIO DUARTE TENORIO - AL12425-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001677-68.2018.4.03.6130
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ONDAPACK COMERCIO E MONTAGENS DE MATERIAIS PLASTICOS LTDA - ME
Advogado do(a) APELADO: FABRICIO DUARTE TENORIO - AL12425-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que não conheceu da apelação e deu provimento ao reexame necessário.

A ementa (ID 100130198):

“MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - SIMPLES - PARCELAMENTO DA LC 162/18 - EXIGÊNCIA DA QUALIDADE DE OPTANTE PELO SISTEMA NO MOMENTO DA ADESÃO.

1- As razões de apelação estão dissociadas da r. sentença e das provas constantes do processo.

2- A LC 162/18 instituiu “Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional (Pert-SN)”. O programa foi instituído para optantes do Simples Nacional.

3- Se a apelada não é optante do Simples, independentemente da natureza dos créditos pendentes, não poderá aderir ao benefício fiscal criado especificamente para as optantes do Simples.

3- Importante consignar que o parcelamento é Política de Estado. A cargo do Poder Executivo.

4- A interpretação do benefício fiscal é literal (artigo 111, inciso I, do Código Tributário Nacional), vedada a ampliação pelo Judiciário.

5- Apelação não conhecida. Reexame necessário provido.”

A apelada, ora embargante (ID 126203385), aponta omissão na análise dos artigos 1º, caput, §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 162/18, 21, § 15, da Lei Complementar nº 123/06, e da Portaria PGFN nº 38/18.

Afirma que a inscrição no Simples Nacional não é condição para o parcelamento tributário.

Resposta (ID 130885059).

É o relatório.

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica” (artigo 155-A, do Código Tributário Nacional).

A LC 162/18 instituiu “Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional (Pert-SN)”, nos seguintes termos:

Art. 1º. Fica instituído o Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional (Pert-SN), relativo aos débitos de que trata o § 15 do art. 21 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, observadas as seguintes condições:

(...)

§ 2º. Poderão ser parcelados na forma do caput deste artigo os débitos vencidos até a competência do mês de novembro de 2017 e apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

O programa foi instituído para optantes do Simples Nacional.

Se a apelada não é optante do Simples, independentemente da natureza dos créditos pendentes, não poderá aderir ao benefício fiscal criado especificamente para as optantes do Simples.

Importante consignar que o parcelamento é Política de Estado. A cargo do Poder Executivo.

No atual momento processual, a agravante não é optante do Simples. Não pode aderir ao parcelamento da LC 162/18, criado especificamente para optantes do Simples.

Ademais, a interpretação do benefício fiscal é literal (artigo 111, inciso I, do Código Tributário Nacional), vedada a ampliação pelo Judiciário.”

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024807-17.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AAEROJET BRASILEIRA DE FIBERGLASS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024807-17.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AAEROJET BRASILEIRA DE FIBERGLASS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com exclusão do ICMS a recolher (125595062).

Resposta (129169632).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5024807-17.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AAEROJET BRASILEIRA DE FIBERGLASS LTDA
Advogados do(a) APELADO: SANDRA REGINA FREIRE LOPES - SP244553-A, LUIS ALEXANDRE OLIVEIRA CASTELO - SP299931-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a fígura do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos declaratórios, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003193-42.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

INTERESSADO: MARCIO TIDEMANN DUARTE

Advogado do(a) INTERESSADO: REINALDO DANELON JUNIOR - SP182298-B

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HUBRAS SERVICOS AUTOMOTIVOS EIRELI, PAULO ROSA BARBOSA, MARCOS TIDEMANN DUARTE, MARCELO

TIDEMANN DUARTE, COMPANHIA DE EMPREENDIMENTOS SAO PAULO, ATINS PARTICIPACOES LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003193-42.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: MARCIO TIDEMANN DUARTE

Advogado do(a) EMBARGANTE: REINALDO DANELON JUNIOR - SP182298-B

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HUBRAS SERVICOS AUTOMOTIVOS EIRELI, PAULO ROSA BARBOSA, MARCOS TIDEMANN DUARTE, MARCELO

TIDEMANN DUARTE, COMPANHIA DE EMPREENDIMENTOS SAO PAULO, ATINS PARTICIPACOES LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por **MARCIO TIDEMANN DUARTE**, em face do v. acórdão de ID 129073156, da lavra do e. Desembargador Federal Carlos Muta, que se encontra assim ementado:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. PRESCRIÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA. CAUSAS INTERRUPTIVAS. INÉRCIA NÃO CONFIGURADA. SOLIDARIEDADE ACTIO NATA PASSIVA. BASE PROBATÓRIA. COGNICÃO INVIÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O parcelamento, primariamente, suspende a exigibilidade do crédito tributário em si – artigo 151, VI, do CTN. A dívida não é passível de cobrança pelo credor, independentemente de quantos ou quais devedores solidários possam existir no polo passivo da relação jurídica tributária – daí porque, se o débito for objeto de execução fiscal, esta deve ser paralisada. Naturalmente, há, por igual, suspensão do lapso prescricional, como corolário lógico-dogmático da impossibilidade da validade concomitante, no plano jurídico, de causa impeditiva de execução do débito e decurso regular do prazo legal em que a dívida é considerada passível de cobrança, por manifesta antinomia. Logo, as causas suspensivas ou interruptivas da exigibilidade do crédito tributário (e, portanto, da respectiva prescrição) incidem sobre o direito de cobrança da dívida – de maneira objetiva e indistinta, e não de forma subjetiva e vinculada a determinado devedor. Inteligência do artigo 125, III, do CTN, sequer impugnado nas razões do agravo interno.

2. Na espécie, como constou da decisão monocrática, há nos autos de base informação de que a devedora original compareceu espontaneamente aos autos em maio de 2000 (deste ato decorrendo os efeitos próprios da citação) para informar que aderiu a parcelamento (REFIS) em março do mesmo ano, sobrevivendo exclusão em setembro de 2007. Requerido o redirecionamento do executivo em maio de 2008, como apontado pelo próprio agravante, manifesta a inocorrência de prescrição.

3. O redirecionamento da cobrança ao agravante, ademais, teve por fundamento decisão anterior calcada em presunção de dissolução irregular da devedora original, existência de grupo econômico de fato e ocorrência de fraude à execução, circunstâncias aventadas apenas a partir do momento em que a empresa executada não foi encontrada nos seus registros oficiais, conforme certidão de 27/07/2006.

Ainda que não houvesse parcelamento em curso, este seria, na espécie, o dies a quo da contagem do prazo prescricional (Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça), na medida em que não havia interesse jurídico no redirecionamento da execução fiscal antes deste fato – não se poderia deliberadamente se requerer solidarização judicial do débito sem fundamento específico (Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça), pelo que incabível que a prescrição para redirecionamento se conte de momento pretérito a

este evento. Incidência da tese repetitiva firmada no REsp 1.201.993.

4. Considerando que, notadamente, haveria necessidade de profundo exame de documentos que sequer instruem os autos para eventualmente rechaçar a decisão do Juízo a quo quanto à caracterização de sucessão empresarial, grupo econômico de fato e fraude à execução, circunstância cumulada ao fato de que nenhum dos fundamentos lançados para o redirecionamento foi impugnado em específico nas razões do agravo de instrumento e deste agravo interno – que sustentam genericamente inexistir demonstração nos autos de causa de solidariedade passiva -, nada há que se prover quanto ao ponto.

5. Agravo interno desprovido."

Sustenta o embargante, em síntese, que o v. acórdão embargado necessita ser aclarado quanto à existência da prescrição para o redirecionamento, bem como ante a ilegitimidade passiva da Embargante.

No tocante à prescrição, aduz que o v. acórdão não apreciou a questão à luz do artigo 174 do Código Tributário Nacional, que traz comando obrigatório para o reconhecimento da ocorrência da prescrição quando decorrido prazo superior ao quinquenal, de sorte que não subsiste o fundamento de "inexistência de inércia da exequente" ou da aplicação de eventos relacionados à Executada originária para impedimento da contagem de prazo para fins de prescrição em relação ao Embargante. Alega que, ao tratar da prescrição intercorrente e do precedente firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.201.993/SP, o v. acórdão não sopesou que houve a citação da devedora originária em 02 de abril de 1996, de modo que, sob a égide do leading case, a contagem do prazo prescricional levará em conta a data do evento inequívoco de ilicitude que motivou o redirecionamento que, pelo cotejo dos autos, se perfectibilizou com a celebração de contrato de compra e venda e alienação da marca HUDSON no ano de 1995, em negócios jurídicos públicos e notórios e não na data de 27/07/2006.

Quanto à ilegitimidade passiva, alega que a responsabilização "redirecionada" para o Embargante não foi comprovada por "decisão final proferida em processo regular", consoante determina o art. 201 do Código Tributário Nacional, incorrendo em violação aos princípios do devido processo legal (Artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), da ampla defesa e do contraditório (Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). Entende que a mera alegação formalizada pela Embargada, a respeito da existência de grupo econômico formado para fins de blindagem patrimonial e pela confusão patrimonial, não pode servir de fundamentação, uma vez que tal premissa não preenche qualquer hipótese descrita entre os artigos 131 e 135 do Código Tributário Nacional, merecendo esclarecimento o v. acórdão.

Requer sejam os presentes embargos de declaração recebidos e acolhidos para o devido esclarecimento do v. acórdão, especialmente para promover o prequestionamento explícito do artigo 5º, caput, e incisos LIV e LV, 146, inciso III, alínea b, 150, I da Constituição Federal, dos artigos 124, inciso I, 125, inciso III, 133, 135, 174, caput e parágrafo único, incisos I e IV e artigo 201 do Código Tributário Nacional, e do artigo 265 do Código Civil.

Não houve apresentação de resposta aos embargos de declaração.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0003193-42.2016.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: MARCIO TIDEMANN DUARTE

Advogado do(a) EMBARGANTE: REINALDO DANELON JUNIOR - SP182298-B

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, HUBRAS SERVICOS AUTOMOTIVOS EIRELI, PAULO ROSA BARBOSA, MARCOS TIDEMANN DUARTE, MARCELO TIDEMANN DUARTE, COMPANHIA DE EMPREENDIMENTOS SAO PAULO, ATINS PARTICIPACOES LTDA.

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Não merece acolhimento a insurgência do embargante.

Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão ou obscuridade alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

In casu, o v. acórdão negou provimento ao agravo interno interposto pelo ora embargante, por entender que não se operou a prescrição intercorrente e para o redirecionamento do feito em face deste, bem como porque o conjunto probatório acostado aos autos é insuficiente para se concluir pela ilegitimidade passiva suscitada, cuja análise deverá ser feita em sede de embargos à execução; assim como por não ter o ora embargante demonstrado o desacerto do decisum.

Extrai-se do voto condutor do v. aresto embargado, no tocante à prescrição, *in verbis*:

"Afora a previsão legal expressa de que o reconhecimento inequívoco da dívida a prescrição (artigo 174, IV, do CTN), as causas interrompe suspensivas da exigibilidade do crédito tributário previstas no mencionado artigo 151 do CTN importam, naturalmente, suspensão do lapso prescricional, como corolário lógico-dogmático da impossibilidade da validade concomitante, no plano jurídico, de causa impeditiva de execução do débito e decurso regular do prazo legal em que a dívida é considerada passível de cobrança, por manifesta antinomia.

O que se verifica assim, é que as causas suspensivas ou interruptivas da exigibilidade do crédito tributário (e, portanto, da respectiva prescrição) incidem sobre o direito de cobrança da dívida – de maneira objetiva e indistinta, e não de forma subjetiva e vinculada a determinado devedor.

Este o fundamento do artigo 125, III, do CTN, sequer atacado nas razões do agravo interno.

(...)

Na espécie, como constou da decisão monocrática, há nos autos de base informação de que a devedora original compareceu espontaneamente aos autos em maio de 2000 (deste ato decorrendo os efeitos próprios da citação) para informar que aderiu a parcelamento (REFIS) em março do mesmo ano, sobrevivendo exclusão em setembro de 2007. Requerido o redirecionamento do executivo em maio de 2008, como apontado pelo próprio agravante, manifesta a inocorrência de prescrição.

Ainda que assim não fosse, o exame destes autos (destacadamente a decisão agravada - ID 90783697, f. 61/66 - e os documentos referidos pela decisão inicial da relatoria deste recurso) revela que o redirecionamento da cobrança ao agravante teve por fundamento decisão anterior calcada em presunção de dissolução irregular da devedora original, existência de grupo econômico de fato e ocorrência de fraude à execução, circunstâncias aventadas apenas a partir do momento em que a empresa Hubrás Produtos de Petróleo Ltda. não foi encontrada no logradouro cadastrado nos seus registros oficiais, conforme certidão de 27/07/2006. Ainda que não houvesse parcelamento em curso, este seria, na espécie, o dia a quo da contagem do prazo prescricional (Stimula 435 do Superior Tribunal de Justiça), na medida em que não havia interesse jurídico no redirecionamento da execução fiscal antes deste fato – não se poderia deliberadamente requerer solidarização judicial do débito sem fundamento específico (Stimula 430 do Superior Tribunal de Justiça), pelo que incabível que a prescrição para redirecionamento se conte de momento pretérito a este evento.

A questão foi pacificada na Corte Superior, em regime de recursos repetitivos, no REsp 1.201.993 (Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 12/12/2019). (...)

Portanto, considerando que o pedido de redirecionamento na origem foi deduzido ainda em maio de 2008, como apontado na decisão agravada, inócua inércia fazendária, tampouco decurso do prazo de cinco anos do ato deflagrador da presunção de dissolução irregular."

Com relação à ilegitimidade passiva, o v. acórdão deixou claro que não há elementos probatórios suficientes para se concluir pela ausência de responsabilidade do embargante, devendo a questão ser analisada nos embargos à execução fiscal, consoante se extrai do seguinte trecho do voto condutor, *in verbis*:

"(...) No caso, ademais, o agravante não carrou ao recurso quaisquer dos documentos apresentados pelo órgão fazendário para fundamentar o redirecionamento deferido. Mesmo o teor da própria decisão que promoveu a inclusão do recorrente no polo passivo da execução fiscal só se tornou conhecido neste feito porque transcrito nas contrarrazões ao agravo. Como se constata de seus termos, o redirecionamento está lastreado na incidência do artigo 135, III, do CTN, motivando a inclusão do agravante, ex-administrador da executada primária, no polo passivo da cobrança fiscal (ID 90783697, f. 92/96):

"Tendo em vista, ainda, o esvaziamento patrimonial da executada, bem como a sucessão dissimulada da sociedade, atos que caracterizam violação à lei, tanto que a conduta de fraude de execução se encontra tipificada no artigo 179 do Código Penal, cabível o redirecionamento da execução em face dos ex-sócios da executada, com fundamento nos artigos 135, inciso III do Código Tributário Nacional, e 4º, inciso V da Lei nº 6.830/80.

Diante disso, defiro a inclusão das pessoas físicas Marcos Tidemann Duarte, Márcio Tidemann Duarte e Marcelo Tidemann Duarte, identificados às fls. 182-183 (itens 1, 2 e 3)."

Portanto, considerando que, notadamente, haveria necessidade de profundo exame de documentos que sequer vieram aos autos para eventualmente rechaçar a decisão do Juízo quanto à caracterização de sucessão a quo empresarial, grupo econômico de fato e fraude à execução, circunstância cumulada ao fato de que nenhum dos fundamentos lançados para o redirecionamento foi impugnado em específico nas razões do agravo de instrumento e deste agravo interno – que sustentam genericamente inexistir demonstração nos autos de causa de solidariedade passiva -, nada há que se prover quanto ao ponto."

Ressalte-se que a Primeira Seção do C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.110.925/SP, representativo da controvérsia, e submetido à sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil do Código de Processo Civil, fixou o entendimento segundo o qual, a exceção de pré-executividade somente é cabível quando a matéria invocada for suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e seja desnecessária a dilação probatória, *in verbis*:

"TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC."

(STJ, REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009)

No mesmo sentido, a incidência da Súmula 393 do C. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória".

Como via especial e restrita que é, a exceção de pré-executividade, só pode ser admitida quando as questões trazidas ou são de ordem pública ou dizem respeito ao título propriamente dito; vale dizer, quando dizem respeito a matérias que são cognoscíveis inclusive de ofício pelo juiz e bem como outras relativas a pressupostos específicos da execução. E, mais, que não demandem dilação probatória.

Com efeito, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça que a demonstração de inexistência de responsabilidade tributária do sócio da empresa executada, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO CUJO NOME CONSTA NA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO.

1. Conforme sedimentado pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.110.925/SP, repetitivo, não é cabível exceção de pré-executividade com o fim de discutir a legitimidade passiva de pessoa que consta na Certidão de Dívida Ativa como corresponsável tributário.

2. Hipótese em que o conhecimento do recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, pois Tribunal a quo, atento ao conjunto fático-probatório, decidiu que (i) não haveria nos autos comprovação de que o fundamento para a inclusão do nome do sócio na CDA seria exclusivamente o art. 13 da Lei n. 8.630/1993 e que (ii) presente o nome do sócio na CDA, não seria possível a discussão da ilegitimidade passiva pela via de exceção de pré-executividade por exigir dilação probatória.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AgInt nos EDcl no REsp 1689223/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/07/2019, DJe 07/08/2019)

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO CUJO NOME NÃO CONSTA NA CDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA ATESTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. É pacífico o entendimento do STJ de que, "sendo os embargos o meio próprio de defesa na execução fiscal, só há margem para discutir a ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade nas situações em que o nome dos sócios não constam da CDA e desde que não haja necessidade de dilação probatória" (AgRg no AREsp 587.319/ES, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 15.9.2015).

2. In casu, o Tribunal de origem consignou expressamente que "a matéria referente à ilegitimidade de sócio para responder à execução fiscal, por ser complexa, denota a necessidade de dilação probatória para sua confirmação". A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 886.052/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos".

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCLUSÃO DE SÓCIO, CUJO NOME CONSTA, EXPRESSAMENTE, DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA, DO POLO PASSIVO DA AÇÃO. AJUZAMENTO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESCABIMENTO. DISCUSSÃO QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE DA PROPOSITURA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO ÂMBITO DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência, "no julgamento do REsp nº 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção deixou assente que não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa, porque a demonstração de inexistência da responsabilidade tributária cede à presunção de legitimidade assegurada à CDA, sendo inequívoca a necessidade de dilação probatória a ser promovida no âmbito dos embargos à execução. Sendo os embargos o meio próprio de defesa na execução fiscal, só há margem para discutir a ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade nas situações em que o nome dos sócios não constam da CDA e desde que não haja necessidade de dilação probatória" (STJ, AgRg no REsp 1.512.277/ES, Rel. Ministra MARGA TESSLER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/05/2015).

II. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 587.319/ES, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 15/09/2015)

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PRÉ-QUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisor ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisor, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao questionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os presentes embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisor.

3. A mera alegação de visarem ao questionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001248-32.2017.4.03.6132

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SCARCELLI EMBALAGENS LTDA.

Advogados do(a) APELADO: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001248-32.2017.4.03.6132

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SCARCELLI EMBALAGENS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson Di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. HONORÁRIA ADEQUADA. RECURSO DESPROVIDO.

A União reitera a necessidade de sobrestamento do feito, como recente posicionamento do STF. Com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a constitucionalidade da exação e, sucessivamente, a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com a exclusão do ICMS a recolher. Por fim, registra que o alto valor da condenação impede a utilização dos percentuais do art. 85, § 3º, do CPC/15 para o arbitramento da honorária devida (124575376).

Resposta (128710616).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001248-32.2017.4.03.6132
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SCARCELLI EMBALAGENS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: ADIRSON DE OLIVEIRA BEBER JUNIOR - SP128515-A, MARCOS VINICIUS COSTA - SP251830-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Registrou-se ainda que “(t)omando por parâmetro o valor da causa estipulado pela autora – representando a estimativa do proveito econômico alcançado, tem-se que a honorária fixada em sentença, nos percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15, é adequada perante a baixa complexidade da demanda e o vulto econômico envolvido, não ensejando a necessidade da reforma por violação à razoabilidade e por configuração do enriquecimento sem causa. Não se nega a possibilidade de reforma por tais fundamentos a partir de intelecção do § 8º do aludido artigo, mas apenas que o caso não exige a redução”.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002209-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VERESCENCE BRASIL VIDROS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A, FERNANDA BALIEIRO FIGUEIREDO - SP330249-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002209-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VERESCENCE BRASIL VIDROS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A, FERNANDA BALIEIRO FIGUEIREDO - SP330249-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS E DA CPRB. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com intuito de prequestionamento, aponta a falta de fundamentação ao se identificar o ICMS destacado, e que tal identificação não encontra guarida no pleito. No mérito, defende a aplicação da Solução de Consulta COSIT 13/18, com exclusão do ICMS a recolher, e a manutenção do valor do imposto para a cobrança da CPRB, enquanto benefício fiscal (123952269).

Resposta (131822263).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002209-57.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: VERESCENCE BRASIL VIDROS LTDA.
Advogados do(a) APELADO: FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A, FERNANDA BALIEIRO FIGUEIREDO - SP330249-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019); já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

No mesmo sentido, o STJ fixou jurisprudência pela exclusão daqueles valores da base de cálculo da CPRB (REsp 1638772-SC / STJ – PRIMEIRA SEÇÃO / MINª. REGINA HELENA COSTA / DJe 26/04/2019), impossibilitando a ampliação do conceito de receita ou de faturamento ainda que sob o escopo de substituição tributária. Com efeito, a base tributável em substituição foi escolhida pelo legislador, não permitindo sua deturpação mesmo que para graduar aquela substituição em termos de arrecadação.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS E DA CPRB. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007932-69.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: F. BARBOSA & CIA. LTDA.

Advogados do(a) APELADO: FLAVIO RENATO OLIVEIRA - SP235397-A, VICTORIA BARBOSA BONFIM - SP428253-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007932-69.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,

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

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: F. BARBOSA & CIA. LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO RENATO OLIVEIRA - SP235397-A, VICTORIA BARBOSA BONFIM - SP428253-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 125068938 - fls. 64/72), que se encontra assim ementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS E ISS. RE 592616-RS (ISS). RE 574.706-PR (ICMS) JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

3. Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo a quo. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional.

4. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRES nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifique motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, uma vez que o julgado ao aplicar a tese fixada pelo STF no RE nº 574.706/PR, determinando a exclusão do ICMS, da base de cálculo do PIS/COFINS, decidiu elemento diverso daquele fixado pelo STF, sem que tenha havido debate sobre os fundamentos jurídicos da decisão. Alega que o v. acórdão foi omissivo, por estender o posicionamento do STF, proferido no RE nº 574.706/PR, ao ISS na base de cálculo do PIS/COFINS. Aduz que em relação a exclusão do ISS da base de cálculo do PIS e da COFINS, o STJ já pacificou a matéria no julgamento do repetitivo (Resp 1330737/SP – Tema 634), enquanto que o STF apenas reconheceu a repercussão geral no RE nº 592.616 (tema 118), sem ter se manifestado sobre a matéria. Afirma que por não estar ainda pacificada a matéria no STF é indevido o deferimento do pedido de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS pelo contribuinte. Alega que ficam prequestionados os artigos 1.040, 489, § 1º, IV a VI, 525, §13, 926, 927, § 3º do CPC; artigo 27 da Lei nº 9.868/99, art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da 10.833/2002 e artigo 195, “b” da CF, para rediscussão da matéria. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal, no RE 574.706/PR - tema 69, a fim de que seja dirimida a questão sobre qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Requer por fim, o provimento dos embargos de declaração como fim de serem sanadas as omissões apontadas.

Em contrarrazões, a embargada sustenta que o v. acórdão proferido, adotou o entendimento que foi consolidado pelo C. STF, reconhecendo que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal. Alega que estando o julgado, devidamente fundamentado, não ocorreu a suposta omissão apontada. Requer a rejeição dos embargos e a manutenção do v. acórdão (ID 131822614 - fls. 01/06).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007932-69.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: F. BARBOSA & CIA. LTDA.

Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO RENATO OLIVEIRA - SP235397-A, VICTORIA BARBOSA BONFIM - SP428253-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "Não assiste razão à agravante. A decisão monocrática foi proferida nos seguintes termos (...) Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. STF, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS, aplicada de forma extensiva também ao ISS, em face da identidade de razões. Rejeitada a alegação da União, no sentido da necessidade de aguardo do trânsito em julgado do RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo inólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma, Des. Federal Johanson de Salvo, DE. 14.03.17 e A100008325220164030000. TRF3 - Terceira Turma, Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira. E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016. Assim também, no tocante as peculiaridades iminentes ao regime de substituição tributária, nos termos do julgado do RE 574706, todo o ICMS faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johanson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018. Reconhecido o direito da apelada-impetrante ao recolhimento do PIS e da COFINS, sem a incidência do ICMS e do ISS em suas bases de cálculo, passa-se à análise do pedido de compensação...() A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS e ISS efetivamente incluídos na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elidindo a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele contidas, devendo ser realizada após o trânsito em julgado, nos termos do art. 170-A do CTN...() Como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional...() Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017). Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifico motivo suficiente a reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pelo embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo do recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PRÉ-QUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.
2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.
3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconSIDERA acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.
2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.
3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.
4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a conseqüente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000859-86.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRAZILIAN COLOR INDUSTRIA DE TINTAS E VERNIZES LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDSON BALDOINO - SP32809-A, EDSON BALDOINO JUNIOR - SP162589-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000859-86.2017.4.03.6119

RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRAZILIAN COLOR INDUSTRIA DE TINTAS E VERNIZES LTDA

Advogados do(a) APELADO: EDSON BALDOINO - SP32809-A, EDSON BALDOINO JUNIOR - SP162589-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra o v. Acórdão que negou provimento à apelação.

A ementa (ID 103918422):

“AÇÃO CAUTELAR – DESISTÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- 1. Os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo advogado, com a observância do princípio da proporcionalidade.*
- 2. Trata-se de ação cautelar extinta, sem a resolução de mérito, por desistência da parte autora. O feito não apresentou grande complexidade.*
- 3. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 23.032.623,07 (vinte e três milhões, trinta e dois mil e seiscentos e vinte e três reais e sete centavos) em 3 de abril de 2017. A r. sentença fixou os honorários advocatícios em R\$ 20.000,00.*
- 4. Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, os honorários devem ser mantidos.*
- 5. Apelação desprovida.”*

A União, ora embargante (ID 124856525), anota omissão quanto à aplicação do artigo 85, § 3º, do Código de Processo Civil, no que se refere à fixação dos honorários advocatícios.

Requer a correção do julgado.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recurso às Cortes Superiores.

Sem resposta da embargada.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000859-86.2017.4.03.6119
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BRAZILIAN COLOR INDUSTRIA DE TINTAS E VERNIZES LTDA
Advogados do(a) APELADO: EDSON BALDOINO - SP32809-A, EDSON BALDOINO JUNIOR - SP162589-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 124856525):

“O Código de Processo Civil:

‘Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor:

(...)

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.’

Os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo advogado, com a observância do princípio da proporcionalidade

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO FUNDAMENTAL E DE VALORIZAÇÃO DO MAGISTÉRIO - FUNDEF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. QUESTÃO PACIFICADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SÚMULA 7 DO STJ. (...)

5. A fixação da verba honorária, conforme o art. 20, § 3º e 4º, do CPC, deve levar em consideração o efetivo trabalho que o advogado teve na causa, seu zelo, o lugar da prestação, a natureza e importância da causa, tudo consoante apreciação equitativa do juiz não restrita aos limites percentuais de 10% e 20%, e não aquilo que com ela o advogado espera receber em razão do valor da causa.

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

(REsp 1497760/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 30/11/2016).

Trata-se de ação cautelar extinta, sem a resolução de mérito, por desistência da parte autora. O feito não apresentou grande complexidade.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 23.032.623,07 (vinte e três milhões, trinta e dois mil e seiscentos e vinte e três reais e sete centavos) em 3 de abril de 2017 (ID 7153478).

A r. sentença fixou os honorários advocatícios em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Considerada a natureza e a importância da causa, bem como o zelo dos profissionais, os honorários devem ser mantidos.

A jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANUTENÇÃO DO VALOR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Os honorários advocatícios devem remunerar condignamente o trabalho do advogado, considerando que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito consiste no valor social do trabalho (artigo 1º, IV, da Constituição Federal). Mas não se pode olvidar da necessária proporcionalidade que deve existir entre a remuneração e o trabalho visível feito pelo advogado. Inexistindo proporcionalidade, deve-se invocar o § 8º do artigo 85 do CPC de 2015.

2. Entende-se que o § 8º do art. 85 é uma cláusula que pode ser aplicada, em conjunto com o Código Civil e com princípios da Constituição, de modo a permitir a redução de verba honorária desproporcional e que represente enriquecimento sem causa, isto é, desvinculado do trabalho advocatício efetivamente prestado. Honorários servem para remunerar condignamente conforme a realidade palpável do trabalho jurídico desenvolvido, e não para enriquecer quem quer que seja.

3. Assim, embora no caso dos autos o art. 85 deva reger a espécie, a equidade se ser observada para que não ocorra, na espécie, comprometimento de recursos públicos em situação de enriquecimento sem causa. Destarte, considerando a pouca complexidade da causa, que não exigiu esforços profissionais extraordinários, ratifica-se o valor da condenação em honorários, reajustáveis conforme a Res. 267/CJF.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(ApReeNec - 5013908-23.2018.4.03.6100, Relator Desembargador Federal LUIS ANTONIO JOHONSON DI SALVO, 6ª Turma, julgado em 19/07/2019)

Por tais fundamentos, **nego provimento** à apelação.”

Não há qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram invalidez jurídica da fundamentação adotada no Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula positiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao prequestionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil de 1973, ou no artigo 1.022, do Código de Processo Civil de 2015, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0022177-55.2008.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: AD'ORO S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0022177-55.2008.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO: AD'ORO S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que, em juízo de retratação, deu provimento ao agravo de instrumento da União.

A ementa (fls. 234, ID 107606105):

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, MEDIANTE ENTREGA DE DECLARAÇÕES - SÚMULA Nº. 436, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA.

1- A Súmula nº. 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

2- O despacho ordinatório da citação é causa interruptiva da prescrição, e retroage à data propositura da ação. Jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça.

3- Não ocorreu prescrição.

4- Agravo de instrumento provido.

A agravada, ora embargante (fls. 240/243, ID 107606105), aponta omissão na análise da prescrição dos créditos: teriam decorrido mais de cinco anos entre a data de entrega das declarações e o ajuizamento da execução fiscal.

Requer a aplicação do entendimento firmado no REsp nº. 1.167.677/SC.

Manifestação da embargada (fls. 246/247, ID 107606105).

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0022177-55.2008.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

AGRAVADO: AD'ORO S.A.
Advogado do(a) AGRAVADO: JOAO ANDRE BUTTINI DE MORAES - SP287864-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão expressamente destacou (fls. 231/232, ID 107606105):

"Trata-se de execução fiscal para a cobrança de créditos tributários.

Quando o tributo é objeto de declaração pelo contribuinte - como no caso concreto -, dispensa-se qualquer outra formalidade, para a constituição do crédito declarado, permitindo-se a imediata inscrição na dívida ativa.

Súmula nº. 436, do Superior Tribunal de Justiça: "A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco".

O objeto da execução fiscal (fls. 14/89):

(a) CDA nº. 80.6.07.004443-08, referente a créditos de COFINS, vencidos entre 15 de fevereiro de 2001 e 13 de fevereiro de 2004. Declarações entregues em 18 de setembro de 2006 (fls. 181/186 e 205/213);

(b) CDA nº. 80.7.07.001192-18, referente a créditos de PIS, vencidos entre 15 de fevereiro de 2001 e 15 de janeiro de 2004. Declarações entregues em 18 de setembro de 2006 (fls. 181/186 e 210/213).

A execução fiscal foi ajuizada em 7 de março de 2007 (fls. 14).

O despacho de citação, marco interruptivo da prescrição, foi proferido em 18 de abril de 2007 (fls. 91).

Nos termos do entendimento citado, tal interrupção retroage à data propositura da ação.

Não ocorreu prescrição”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por tais fundamentos, rejeito os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019399-45.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CRISTIANE GARCIA NEUKAM

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019399-45.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CRISTIANE GARCIA NEUKAM
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANE GARCIA NEUKAM - SP353524-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração (ID 125077465) interpostos contra v. Acórdão que negou provimento à apelação e à remessa oficial.

A ementa (ID 71838996):

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - ADVOGADO - EXERCÍCIO PROFISSIONAL - INSS - EXIGÊNCIA DE PRÉVIO AGENDAMENTO E LIMITAÇÃO DE PETIÇÕES.

- 1. O exercício de qualquer profissão está sujeito ao princípio da legalidade.*
- 2. A otimização dos serviços administrativos autárquicos não constitui causa revocatória ou suspensiva do sistema legal.*
- 3. A concessão de preferência ao advogado, a título de privilégio inerente ao exercício da profissão, não impede o INSS de respeitar outras classes de precedência previstas no sistema legal, como nos casos de idosos, gestantes e portadores de necessidades especiais.*
- 4. Apelação e remessa oficial improvidas.*

O INSS, ora embargante, aponta omissão na análise dos artigos 1º, da Lei Federal nº. 8.906/94, 3º, da Lei Federal nº. 10.741/03, e 9º, da Lei Federal nº. 7.853/89.

Prequestiona a matéria, com a finalidade de interposição de recursos dirigidos às Cortes Superiores.

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019399-45.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CRISTIANE GARCIA NEUKAM
Advogado do(a) APELADO: CRISTIANE GARCIA NEUKAM - SP353524-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente (ID 73225185):

“A elogiável otimização dos serviços administrativos autárquicos - ou qualquer outra motivação, ainda que nobre - não constitui causa revocatória ou suspensiva do sistema legal. (...)

A concessão de preferência ao advogado, a título de privilégio inerente ao exercício da profissão, não impede o INSS de respeitar outras classes de precedência previstas no sistema legal, como nos casos de idosos, gestantes e portadores de necessidades especiais”.

Não há, portanto, qualquer vício no v. Acórdão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada no v. Acórdão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão da Turma, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

No tocante ao pré-questionamento, cumpre salientar que, ainda nos embargos de declaração opostos com este propósito, é necessária a observância aos requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil:

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dívida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa (STJ - 1ª Turma, Resp 11.465-0-SP, Rel. o Min. Demócrito Reinaldo, j. 23.11.92, rejeitaram os embs., v.u., DJU 15.2.93, p. 1.665, 2ª col., em.).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Os requisitos previstos no artigo 1.022, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao pré-questionamento.
5. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012777-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ISABELLA SPEZIA MONI SILVA - SP392939
AGRAVADO: BEE GEES DROGARIA LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012777-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ISABELLA SPEZIA MONI SILVA - SP392939
AGRAVADO: BEE GEES DROGARIA LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Trata-se de embargos de declaração interpostos contra v. Acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento.

A ementa (ID 90460284):

“CONSTITUCIONAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – DISSOLUÇÃO – REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO: IMPOSSIBILIDADE - PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO: PREJUDICADA.

1. Trata-se de execução fiscal ajuizada contra sociedade empresária.

2. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, diz o artigo 1º, da Constituição. Qualquer norma ou interpretação de norma deve preservar o postulado constitucional da livre iniciativa, cuja conceituação irredutível depende da separação patrimonial entre as pessoas físicas e jurídicas.

3. Sob o regime da repercussão geral, no RE 562276, no Supremo Tribunal Federal, a Relatora, a Ministra Ellen Gracie, lembrou que “a censurada confusão patrimonial não apenas não poderia decorrer de interpretação do art. 135, III, c, do Código Tributário, como também não poderia ser estabelecida por nenhum outro dispositivo legal”.

4. No caso concreto, a observância das normas constitucionais e de sua interpretação, pelo Supremo Tribunal Federal, não permitem que o patrimônio da pessoa física possa responder pelo débito da sociedade empresária. Dissolução, liquidação e extinção da empresa são conceitos legais distintos, com repercussões jurídicas distintas. No quadro normativo, a liquidação não é consequência necessária da dissolução.

5. Não há lei a dizer que, na ausência de formalização do distrato social, o sócio e o administrador respondem pessoalmente pela dívida da empresa. A Constituição e a lei não impõem o fechamento da empresa, em caso de dificuldade financeira. A empresa que mantém os registros burocráticos, mas não explora a atividade comercial, não pode sofrer qualquer sanção.

6. É certo que, por ora, a empresa executada cessou a busca pelo lucro. A Fazenda Pública, credora, não tem interesse legítimo, em relação a este fato. O que lhe cabe é diligenciar, em relação aos supostos ativos da sociedade empresária. Tem privilégio, na execução judicial forçada. Foro privativo. Mas não pode afrontar a Constituição, segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal.

7. Prejudicada a análise da prescrição para o redirecionamento.

8. Agravo de instrumento improvido.”

O agravante, ora embargante (ID 122791019), aponta omissão na análise da ocorrência de dissolução irregular, para fins de redirecionamento da execução fiscal.

Sem resposta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012777-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 19 - DES. FED. FÁBIO PRIETO
AGRAVANTE: CONSELHO REGIONAL DE FARMACIA DO ESTADO DE SAO PAULO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ISABELLA SPEZIA MONI SILVA - SP392939
AGRAVADO: BEE GEES DROGARIA LTDA - ME
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

O v. Acórdão destacou expressamente:

“A propósito da dissolução da empresa, parece relevante consignar que o fato do empresário não registrar o distrato social, na repartição competente - porque não tem recursos econômicos, assistência contábil ou por saber que a livre iniciativa não pode ser condicionada pela responsabilidade solidária sem causa, segundo o Supremo Tribunal Federal -, não é causa de imposição de responsabilidade solidária, pelo débito da pessoa jurídica.

Não há lei a dizer que, na ausência de formalização do distrato social, o sócio e o administrador respondem pessoalmente pela dívida da empresa.

*O novo Código Civil - artigo 1.034, inciso II - preceitua que a inexecução do fim social da empresa é causa de dissolução **judicial**.*

Mas não obriga o sócio - único com interesse legítimo - a propor a ação, ocorrida a causa de dissolução.

No caso de inexecução do fim social, por dificuldades econômicas, o que interessa ao País é manter a empresa em condições de operação no futuro.

A Constituição e a lei não impõem o fechamento da empresa, em caso de dificuldade financeira.

A empresa que mantém os registros burocráticos, mas não explora a atividade comercial, não pode sofrer qualquer sanção. ”

Não há, portanto, qualquer vício na r. decisão. Pedido e fundamento jurídico são institutos processuais distintos. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.

No caso concreto, os embargos não demonstram a invalidade jurídica da fundamentação adotada na r. decisão. Pretendem, é certo, outra. Não se trata, então, da ocorrência de vício na decisão da causa, mas de sua realização por fundamento jurídico diverso da intelecção da parte.

De outra parte, a Constituição Federal, na cláusula impositiva da fundamentação das decisões judiciais, não fez opção estilística. Sucinta ou laudatória, a fundamentação deve ser, apenas, exposta no vernáculo (STJ - AI nº 169.073-SP-AgrRg - Rel. o Min. José Delgado).

Na realidade, o que se pretende, através do presente recurso, é o reexame do mérito da decisão, o que não é possível em sede de embargos de declaração. Confira-se:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535, DO CPC - SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL DA EXTINTA SUDAM - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.

1 - Tendo o acórdão embargado reconhecido a insuficiência de comprovação do direito líquido e certo, salientando a necessidade de dilação probatória, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos a pretexto de omissão e prequestionamento, uma vez que pretendem reabrir os debates meritórios acerca do tema.

2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil.

3 - Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).

4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.

(STJ, 3ª seção, EDMS 8263/DF, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09/04/2003, v.u., DJU 09/06/2003).

Por estes fundamentos, **rejeito** os embargos de declaração.

É o voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VÍCIO: INEXISTÊNCIA - CARÁTER INFRINGENTE: IMPOSSIBILIDADE - REJEIÇÃO.

1. O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico.
2. Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de intelecção na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração.
3. A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente.
4. Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025946-04.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BASIC ELEVADORES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025946-04.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.
INTERESSADO: BASIC ELEVADORES LTDA.
Advogado do(a) APELADO: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no art. 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 125068964), proferido nos autos de agravo interno contra a decisão monocrática que negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial, em mandado de segurança.

O v. acórdão embargado encontra-se assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. ART. 1.021, §4º, CPC/15. NÃO INCIDÊNCIA.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irrisignação da União no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balzamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Precedentes desta C. Turma.

5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

6. Afastada a condenação da parte agravante ao pagamento da multa prevista no art. 1.021, §4º, do CPC/15. Não se vislumbra a manifesta inadmissibilidade ou improcedência recursal, visto que a natureza e a complexidade da matéria debatida comportam a interposição do presente recurso. Inexiste conduta protelatória da parte agravante, especialmente diante da pendência de julgamento dos embargos de declaração opostos ao RE nº 574.706.

7. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão no v. acórdão, no tocante à impossibilidade de aplicação imediata da tese firmada no julgamento do RE 574.706/PR, porquanto está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos, em embargos de declaração. Afirma que o art. 1.040 do CPC exige como pressupostos de aplicação da tese a ciência dos fundamentos determinantes e a definitividade do julgado. Pugna pela determinação do sobrestamento do feito até a publicação do acórdão resultante do julgamento dos embargos de declaração, opostos ao RE 574.706/PR. Aporta a ofensa aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 3º, 926, 927 §3º, 1040 do CPC, e 27 da Lei 9.868/99, decorrente da imprecisão da fundamentação e ausência de definitividade do julgado. Salienta, no tocante ao mérito, que o valor a título de ICMS integra a atividade econômica, não havendo justificativa para sua exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS, nos termos da Lei 12.973/2014, que deu nova redação ao art. 1º das Leis 10.833/2003 e 10.637/2002, e art. 195, I, "b" da Constituição Federal. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrarrrazões da embargada, BASIC ELEVADORES LTDA. (ID 131057007).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025946-04.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: ACÓRDÃO DE FLS.

INTERESSADO: BASIC ELEVADORES LTDA.

Advogado do(a) APELADO: CELSO BOTELHO DE MORAES - SP22207-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Relativamente ao debate acerca de qual rubrica do ICMS deverá ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS, melhor sorte não merece a irrisignação da União no seu agravo interno. Ademais, para que seja excluído da base de cálculo do PIS e da Cofins apenas o ICMS efetivamente recolhido ao fisco estadual, tenho que descabe a esta Relatoria impor qualquer restrição ou balzamento ao quanto decidido pelo Excelso Pretório. Precedentes desta C. Turma."

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1.A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2.Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3.Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4.Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1.Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2.A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1.Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2.No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3.Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1.Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2.A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3.A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4.Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002100-84.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LT GLOBAL COMERCIO E SERVICOS EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002100-84.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LT GLOBAL COMERCIO E SERVICOS EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões proferidas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123952248).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002100-84.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: LT GLOBAL COMERCIO E SERVICOS EIRELI - ME
Advogado do(a) APELADO: LUIZ ANTONIO ATTIE CALIL JORGE - SP140525-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69). OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000962-38.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: CAMFILLATINOAMERICALLTDA.

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL ROBERTO PERES CAROPRESO - SP302934-A, FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A

OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000962-38.2017.4.03.6105

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADO: CAMFILLATINOAMERICALLTDA.

Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL ROBERTO PERES CAROPRESO - SP302934-A, FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 125070245), proferido nos autos de agravo interno contra decisão monocrática que negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa necessária, em mandado de segurança.

O v. acórdão embargado encontra-se assimementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, omissão e contradição no v. acórdão, no tocante à ausência de fundamentação no acórdão paradigma proferido no RE 574706- Tema 69, que determinou a exclusão, da base de cálculo do PIS/COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias. Afirma a violação aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13º, 926 e 927, § 3º do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99, em razão da mencionada falta de fundamentação. Aduz que foram interpostos embargos de declaração, ao acórdão RE 574706, em que se requer a manifestação da Corte sobre o critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, questão esta que não foi definida no acórdão proferido em repercussão geral. Assevera que o critério mais acertado a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, caso mantida a tese firmada, seria a adoção do "ICMS a recolher". Frisa que o reconhecimento em favor do contribuinte do direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98. Pugna pelo sobrestamento dos processos que tratam do Tema 69, a fim de aguardar o julgamento definitivo do acórdão paradigma. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrarrazões da embargada CAMFILLATINOAMERICALLTDA., (ID 129073052).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000962-38.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: CAMFIL LATINO AMERICA LTDA.
Advogados do(a) APELADO: RAPHAEL ROBERTO PERES CAROPRESO - SP302934-A, FILIPE CARRA RICHTER - SP234393-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão: *“No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).”*

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o reexame da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDeI no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDeI no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDeI no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: *“consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”*.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
 2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.
 3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
 4. Embargos de declaração rejeitados.
-

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsons Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000467-32.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BUNGE & GUTIERREZ IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: MARCOS ALEXANDRE PEREZ RODRIGUES - SP145061-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000467-32.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: BUNGE & GUTIERREZ IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: MARCOS ALEXANDRE PEREZ RODRIGUES - SP145061-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons Di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões proferidas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741541).

Resposta (127756338).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000467-32.2019.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: BUNGE & GUTIERREZ IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA.
Advogado do(a) APELADO: MARCOS ALEXANDRE PEREZ RODRIGUES - SP145061-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Atsente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, atente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTANO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000370-94.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIM AUGUSTO - SP338362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIM AUGUSTO - SP338362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000370-94.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIM AUGUSTO - SP338362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIM AUGUSTO - SP338362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123735823).

Resposta (129657913).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000370-94.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA, UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIMAUGUSTO - SP338362-A
APELADO: UNIAO FEDERAL- FAZENDA NACIONAL, TECNOTEXTIL-INDUSTRIA E COMERCIO DE CINTAS LTDA
Advogados do(a) APELADO: FILIPE MARTIENA TEIXEIRA - SP356925-A, ANGELICA PIMAUGUSTO - SP338362-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada futuramente para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002782-39.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: VETEX FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO SCHUSTER JUNIOR - PR40191-A, FLAVIO PIGATTO MONTEIRO - PR37880-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VETEX FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO PIGATTO MONTEIRO - PR37880-A, ROGERIO SCHUSTER JUNIOR - PR40191-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002782-39.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, VETEX FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: FLAVIO PIGATTO MONTEIRO - PR37880-A, ROGERIO SCHUSTER JUNIOR - PR40191-A
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: VETEX FARMACIA DE MANIPULACAO LTDA - EPP, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogados do(a) APELANTE: ROGERIO SCHUSTER JUNIOR - PR40191-A, FLAVIO PIGATTO MONTEIRO - PR37880-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 125070249), proferido nos autos de agravo interno contra decisão monocrática que deu provimento à apelação da impetrante e parcial provimento à apelação da União e à remessa oficial.

O v. acórdão embargado encontra-se assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ISS DA BASE DE CÁLCULO. RE Nº 592616-RS (ISS). REPERCUSSÃO GERAL. NO REGIME DO ART. 543-B DO CPC/1973 A SUSPENSÃO DO FEITO SOMENTE DÁ-SE EM FACE DE DETERMINAÇÃO EXARADA NO PRÓPRIO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.*
2. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
3. Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da agravante. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706.
4. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versem sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
5. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
6. Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo a quo. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional.
7. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRES nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).
8. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifico motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
9. Agravo interno improvido.

Alega a embargante União Federal (FAZENDA NACIONAL) a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão no v. acórdão, no tocante ao entendimento exarado no REsp 1.330.737 e no RE 592.616/RS, segundo o qual o ISS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, porquanto integra o faturamento da empresa, conforme dispõe o § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98 e art. 2º da Lei Complementar nº 70 de 1991. Afirma que a decisão desfavorável à União, proferida no RE 574.706/PR, reconhecendo a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS, não pode ser estendida a outras matérias que não foram objeto do julgamento em repercussão geral. Assevera a necessidade de sobrestamento do feito, enquanto não seja proferido julgamento definitivo no RE 574.706/PR. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrarrazões da embargada (ID 131542749).

É o relatório.

VOTO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: “No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706-Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Pelo que se observa dos fundamentos supramencionados, não prospera a irrisignação da agravante. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

Sem razão a agravante, ainda, em relação ao ISS, posto que a decisão recorrida está adrede fundamentada e plenamente justificada a manutenção da decisão proferida pelo juízo a quo. De toda sorte, toda a matéria vertida nos autos foi amplamente debatida e, ao contrário do alegado neste agravo, houve pronunciamento expresso acerca da matéria em debate que, ademais, está em consonância com a jurisprudência desta E. Corte Regional. Ainda, consta que o debate em torno do ISS é objeto do RE nº 592616-RS, em regime de repercussão geral. Impende salientar que, no regime do art. 543-B do CPC/1973, rigorosamente a suspensão pretendida pela agravante somente dar-se-ia caso houvesse expressa determinação exarada naquele recurso extraordinário, consoante já teve a oportunidade de decidir o C. STJ em diversas oportunidades (ADRESP nº 201301326370, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 22/10/2015; AgRg no AREsp nº 462.937/PR, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 29/11/2016; RMS nº 49.213/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 02/02/2017).”

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infrigente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não concedeu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000647-64.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000647-64.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnson Di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, sob a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, como o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (129868074).

Resposta (131829371).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000647-64.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: SOETHE SANTOS & CIA LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRE TOSCANO DE CASTRO - PR26053-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000305-76.2017.4.03.6144
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PVMIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCELO BARALDI DOS SANTOS - SP185303-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000305-76.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: PVMIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCELO BARALDI DOS SANTOS - SP185303-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 125070254- fls. 57/64), que se encontra assim ementado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.

2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.

3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).

4. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.

5. Agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, o prequestionamento da matéria para fins recursais às instâncias superiores. Alega que, apesar da embargante ter conhecimento do inteiro teor do acórdão em razão de sua publicação nos autos do RE 574.706, não é possível precisar quais os fundamentos determinantes adotados pelo STF, uma vez que não é possível sequer compreender o que exatamente restou definido, precisando as suas consequências concretas. Aduz que há evidente ausência de definitividade do julgamento, uma vez que ainda está pendente a análise do pedido de modulação de efeitos. Alega que ficam prequestionados os artigos 1.040, 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926, 927, § 3º do CPC; artigo 27 da Lei nº 9.868/99, art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da Lei 10.833/2002 e artigo 195, "b" da CF, para **rediscussão da matéria**. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE 574.706/PR. Requer por fim, o provimento dos embargos de declaração como fim de serem sanadas as omissões apontadas.

Em contrarrazões, a embargada sustenta que o v. acórdão proferido, adotou o entendimento que foi consolidado pelo C. STF, reconhecendo que o ICMS a ser excluído da base de cálculo do PIS e da COFINS é o destacado na nota fiscal. Alega que estando o julgado, devidamente fundamentado, não ocorreu a suposta omissão apontada. Requer a rejeição dos embargos e a manutenção do v. acórdão (ID 128411022 - fls. 01/04).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000305-76.2017.4.03.6144

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: PVMIX INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: MARCELO BARALDI DOS SANTOS - SP185303-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existe erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "...Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnsons de Salvo / DE. 14.03.17 e A100008325220164030000/ TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016. Reconhecido o direito ao recolhimento do PIS e da Cofins, sem a incidência do ICMS em suas bases de cálculo, necessária a análise do pedido de compensação formulado...() A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da restituição/compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas. Como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. Supremo Tribunal Federal, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706. Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johnsonsomi Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5025467-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: PLENA ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - SP182304-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5025467-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PLENA ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - SP182304-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi Di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu apelo e ao reexame necessário. Segue sua ementa:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ART. 74, § 3º, IX, DA LEI 9.430/96, NORMA INTRODUZIDA PELA LEI 13.670/18. VEDADA A COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS ESTIMADOS DE IRPJ/CSLL. INAPLICABILIDADE PARA O EXERCÍCIO DE 2018. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA E À LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE MANUTENÇÃO DO REGRAMENTO TRIBUTÁRIO ENTÃO VIGENTE QUANDO DA OPÇÃO PELO REGIME DE ESTIMATIVAS PARA O ANO DE 2018. PRESERVAÇÃO DO PLANEJAMENTO FISCAL ADOTADO. DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAR OS CRÉDITOS. RECURSO E REEXAME DESPROVIDOS.

1. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele órgão (art. 74 da Lei nº 9.430/96). Além das hipóteses previstas nas leis específicas de cada tributo ou contribuição, não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º do art. 74 da Lei nº 9.430/96, os débitos relativos ao recolhimento mensal por estimativa do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) apurados na forma do art. 2º dessa mesma lei. Essa é a redação dada pelo art. 6º da Lei nº 13.670, de 2018, ora combatida pela empresa que vinha se valendo da compensação de seus créditos como forma de quitação do IRPJ/CSLL - estimativa.

2. A opção pelo regime tributário é feita no início do ano e diante dela a empresa "se programa" em matéria econômica e tributária, sendo lícito o planejamento tributário com vistas a economicidade empresarial. Feita a escolha, ela se torna irretroatável, ou seja, a empresa vincula-se à opção feita ainda que, porventura, ela se torne inconveniente ao longo do período ánuo.

3. É ilógico que, nesse cenário em que uma atitude do contribuinte é tida como válida numa expectativa "sine die", o Poder Público legislador venha a mudar a regra fiscal abruptamente, de modo a quebrar-lhe o planejamento tributário e empresarial. O princípio da segurança assumiu apreciável vigor no panorama do direito brasileiro, graças à recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, eis que no seu art. 30 há um chamado das autoridades públicas "para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas...", sendo certo que a Lei nº 13.670 é posterior a esse comando normativo. Precedentes.

4. *Existência da questão - séria - da insegurança trazida pela lei nova, sendo notável que o "imperium" do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito.*

5. *Caso em que não se decreta a inconstitucionalidade da norma, mas sim é-lhe conferido um tratamento ético, que prestigia a boa-fé e a segurança jurídica, de sorte que o novel regime de compensação, no que tem de restritivo em relação à matéria aqui tratada, respeite o regime eleito pelo contribuinte para o ano de 2018, como lhe era permitido fazer, para, assim, poder operar no âmbito econômico sem surpresas.*

A embargante alega omissão quanto ao entendimento firmado pelo STJ em sede de repetitivos, no qual o encontro de contas submeteu-se à lei vigente (REsp 1.164.452), bem como quanto ao fato de a Lei 13.670/18 ser fruto de projeto de lei ofertado no ano anterior, inexistindo violação ao princípio da segurança jurídica ou à boa-fé objetiva (1246978383).

Resposta (128599386).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5025467-74.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: PLENA ALIMENTOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARIA INES CALDEIRA PEREIRA DA SILVA MURGEL - SP182304-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos não merecem acolhida.

Restou devidamente consignado que, diante das peculiaridades do regime tributário analisado, escolhendo o contribuinte pela apuração sob expectativa mensal no início do ano fiscal, vedar a compensação dos débitos estimados mensalmente no curso daquele ano incorreriam em rompimento de legítima previsibilidade esperada pelo contribuinte, fazendo incidir a modulação temporal dos efeitos da modificação trazida pela Lei 13.670/18. O fato de a referida lei se originar de projeto apresentado em 2017 não inquina a decisão proferida, dado que não seria razoável exigir do contribuinte o planejamento tributário levando em consideração também os inúmeros projetos de lei encontrados em trâmite no parlamento em matéria tributária.

Fez-se expressa menção ao repetitivo trazido em embargos, ressaltando-se "que no caso 'sub judice' existe a questão - séria - da *insegurança* trazida pela lei nova, sendo notável que o 'imperium' do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito. O saudoso ministro José Augusto Delgado escreveu que "interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente tome-se realidade" (destaque); ora, se isso é correto no direito privado, com muito mais razão há de ocorrer na seara do direito público eis que a preponderância estatal deve guardar limites e as antigas noções de "fato do príncipe" hoje devem ser vistas 'cum granulum salis'".

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Restou devidamente consignado que, diante das peculiaridades do regime tributário analisado, escolhendo o contribuinte pela apuração sob expectativa mensal no início do ano fiscal, vedar a compensação dos débitos estimados mensalmente no curso daquele ano incorreriam em rompimento de legítima previsibilidade esperada pelo contribuinte, fazendo incidir a modulação temporal dos efeitos da modificação trazida pela Lei 13.670/18. O fato de a referida lei se originar de projeto apresentado em 2017 não inquina a decisão proferida, dado que não seria razoável exigir do contribuinte o planejamento tributário levando em consideração também os inúmeros projetos de lei encontrados em trâmite no parlamento em matéria tributária.

2. Fez-se expressa menção ao repetitivo trazido em embargos, ressaltando-se "que no caso 'sub judice' existe a questão - séria - da *insegurança* trazida pela lei nova, sendo notável que o 'imperium' do Estado não pode assumir feição absoluta a ponto de inviabilizar a relação de boa-fé objetiva (art. 187 do Cód. Civil, mas que é norma geral derivada até do bom senso) que deve vicejar entre Estado e contribuinte. A eticidade da legislação é um valor a se perseguir no estado democrático de direito. O saudoso ministro José Augusto Delgado escreveu que "interpretar as regras do Código Civil com base em princípios éticos é contribuir para que a idéia de justiça aplicada concretamente tome-se realidade" (destaque); ora, se isso é correto no direito privado, com muito mais razão há de ocorrer na seara do direito público eis que a preponderância estatal deve guardar limites e as antigas noções de "fato do príncipe" hoje devem ser vistas 'cum granulum salis'".

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000077-51.2018.4.03.6117
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: APARECIDA DE FATIMA QUEIROZ LOPES
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO DE LIMA CAMBAUVA - SP231383-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000077-51.2018.4.03.6117
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APARECIDA DE FATIMA QUEIROZ LOPES
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO DE LIMA CAMBAUVA - SP231383-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. ADEQUAÇÃO DA HONORÁRIA DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar fatos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (125595454).

Resposta (129162215).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000077-51.2018.4.03.6117
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: APARECIDA DE FATIMA QUEIROZ LOPES
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO DE LIMA CAMBAUVA - SP231383-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004107-96.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: JOANINI TRANSPORTE RODOVIARIO DE CARGAS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: MARCELA PROCOPIO BERGER - SP223798-A, SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA - SP190369-S
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004107-96.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: JOANINI TRANSPORTE RODOVIARIO DE CARGAS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: MARCELA PROCOPIO BERGER - SP223798-A, SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA - SP190369-S
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento ao agravo interposto pela impetrante, nos seguintes termos:

AGRAVO. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR CONFIRMADA. PROVIMENTO JURISDICIONAL JÁ GARANTIDO EM MANDAMUS ANTERIOR, INCLUSIVE QUANTO À GARANTIA DE QUE O ICMS FATURADO É O ELEMENTO A SER EXCLUÍDO DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. RECURSO DESPROVIDO.

Em apertada síntese, diz a União que o acórdão apresenta contradição ao identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, ausente fundamentação para tanto ou pedido nesse sentido (126074493).

Resposta (129062205).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5004107-96.2018.4.03.6128
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: JOANINI TRANSPORTE RODOVIARIO DE CARGAS EIRELI
Advogados do(a) APELADO: MARCELA PROCOPIO BERGER - SP223798-A, SERGIO LUIZ BEZERRA PRESTA - SP190369-S
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Os embargos tomaram por premissa decisão proferida pela Turma na qual "entendeu-se que deve ser aplicada a tese firmada no tema 69 do STF, autorizando a impetrante a não incluir o ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS". Ocorre que o julgamento reconheceu a falta de interesse de agir da impetrante, já alcançada a ordem mandamental requerida em *mandamus* anterior, tornando inócua a apreciação do presente recurso.

Pelo exposto, não conheço dos aclaratórios.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AS RAZÕES RECURSAIS SÃO DISSONANTES DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO JULGADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu dos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001036-15.2015.4.03.6117
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MUNICÍPIO DE JAHU
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY FELICIO - SP209598-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MAIRA BORGES FARIA - SP293119-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001036-15.2015.4.03.6117
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MUNICÍPIO DE JAHU
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY FELICIO - SP209598-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MAIRA BORGES FARIA - SP293119-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela e. Vice-Presidente desta Corte nos termos do artigo 1.040, II, do CPC (ID 100921593 – fls. 34) em vista do julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 928.902 (Tema 884).

Tratam-se os presentes autos, de apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE JAHU contra r. sentença proferida em embargos à execução fiscal opostos pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, impugnando a cobrança de débitos de IPTU e taxas de limpeza, conservação e serviços de bombeiros, dos exercícios de 2011 e 2012 no valor de R\$ 967,79 (atualizado até 17/12/2014).

A r. sentença rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e julgou procedentes os embargos à execução fiscal, para desconstituir o título executivo, declarando extinta a execução fiscal. Condenou o embargado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 100,00 (cem reais). Sentença não sujeita ao reexame necessário.

Apelou o Município pleiteando a reforma da r. sentença, sustentando, em síntese, ser a CEF proprietária do imóvel em questão e, portanto, inafastável sua responsabilidade tributária. Assim, sendo a Caixa legítima proprietária do imóvel, conseqüentemente, é sujeito passivo do IPTU.

Os autos subiram a esta E. Corte Regional e a E. Sexta Turma decidiu, à unanimidade, dar provimento à apelação do Município (ID 100921592 – fls. 105/112) em razão pela qual as partes opuseram embargos de declaração (ID 100921592 – fls. 118/128 e fls. 135/138).

A E. Sexta Turma entendeu por bem rejeitar os embargos de declaração opostos pela CEF e acolher os embargos do Município para suprir a omissão e inverter o ônus da sucumbência (ID 100921592 – fls. 154/162).

A Caixa Econômica Federal, por sua vez, interpsôs recurso extraordinário (ID 100921592 – fls. 174/176 e ID 100921593 – fls. 01/09) e a e. Vice-presidência desta Corte, em 31.10.2017, determinou o sobrestamento do feito (ID 100921593 – fls. 26).

Posteriormente, em 25.09.2019, em vista o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 928.902 (Tema 884), de repercussão geral, a e. Vice-presidência determinou o encaminhamento dos autos à Turma Julgadora para verificação da pertinência de se proceder a um juízo positivo de retratação na espécie, a teor do disposto no artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil de 2015 (ID 100921593 – fls. 34).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001036-15.2015.4.03.6117
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MUNICÍPIO DE JAHU
Advogado do(a) APELANTE: WESLEY FELICIO - SP209598-A
APELADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Advogado do(a) APELADO: MAIRA BORGES FARIA - SP293119-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. IMÓVEL INTEGRANTE DO FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (FAR). RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 928.902 (TEMA 884). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O imóvel sobre o qual recaiu a cobrança do IPTU e das taxas, integra o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sendo de propriedade da Caixa Econômica Federal - CEF, na qualidade de agente gestora do Programa Arrendamento Residencial (PAR).
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 928.902, realizado em 17/10/2018, por maioria e, nos termos do voto do Relator, e Ministro Alexandre de Moraes, apreciando o tema 884 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal**".
3. Assim, por aplicação da imunidade tributária recíproca, não há como subsistir a cobrança dos débitos de IPTU exigidos na execução fiscal.
4. A imunidade recíproca, porém, alcança apenas os impostos, de modo que as taxas exigidas na execução fiscal não estão inseridas na norma imunizante prevista no artigo 150, inciso VI, a, da Constituição Federal.
5. Neste ponto, forçoso reconhecer que a execução fiscal comporta prosseguimento em relação à cobrança das taxas.
6. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Apelação do Município parcialmente provida para julgar parcialmente procedentes os embargos à execução.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Instado o incidente de retratação em face do v. acórdão recorrido (ID 100921592 – fls. 105/112), por encontrar-se em dissonância com o entendimento consolidado pelo C. Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 928.902 (Tema 884), passo ao exame da matéria *subjudice*.

In casu, é incontroverso que o imóvel sobre o qual recaiu a cobrança do IPTU e das taxas, integra o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sendo de propriedade da Caixa Econômica Federal - CEF, na qualidade de agente gestora do Programa Arrendamento Residencial (PAR).

Com efeito, o Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 928.902, realizado em 17/10/2018, por maioria e, nos termos do voto do Relator, e Ministro Alexandre de Moraes, apreciando o tema 884 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal**".

Sendo assim, por aplicação da imunidade tributária recíproca, não há como subsistir a cobrança dos débitos de IPTU exigidos na execução fiscal.

Observo, contudo, que a imunidade recíproca alcança apenas os impostos, de modo que as taxas exigidas na execução fiscal não estão inseridas na norma imunizante prevista no artigo 150, inciso VI, a, da Constituição Federal.

Neste ponto, forçoso reconhecer que a execução fiscal comporta prosseguimento em relação à cobrança das taxas.

Em face do parcial provimento, deve ser fixada a sucumbência recíproca, nos termos do artigo 21, *caput*, do CPC.

Ante o exposto, encontrando-se o v. acórdão recorrido em dissonância com a orientação do C. Supremo Tribunal Federal impõe-se em juízo de retratação, nos termos do artigo 1040, II, do CPC, a reforma do julgado para **dar parcial provimento** à apelação do Município e julgar parcialmente procedentes os embargos à execução, reconhecendo a exigibilidade da cobrança das taxas, mantendo a inexistência dos débitos de IPTU, ainda que por outros fundamentos.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. IMÓVEL INTEGRANTE DO FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (FAR). RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 928.902 (TEMA 884). JUÍZO DE RETRATAÇÃO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. O imóvel sobre o qual recaiu a cobrança do IPTU e das taxas, integra o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), sendo de propriedade da Caixa Econômica Federal - CEF, na qualidade de agente gestora do Programa Arrendamento Residencial (PAR).
2. O Plenário do E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 928.902, realizado em 17/10/2018, por maioria e, nos termos do voto do Relator, e Ministro Alexandre de Moraes, apreciando o tema 884 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "**Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal**".
3. Assim, por aplicação da imunidade tributária recíproca, não há como subsistir a cobrança dos débitos de IPTU exigidos na execução fiscal.
4. A imunidade recíproca, porém, alcança apenas os impostos, de modo que as taxas exigidas na execução fiscal não estão inseridas na norma imunizante prevista no artigo 150, inciso VI, a, da Constituição Federal.
5. Neste ponto, forçoso reconhecer que a execução fiscal comporta prosseguimento em relação à cobrança das taxas.
6. Efetuado o juízo de retratação nos termos do artigo 1040, II, do CPC. Apelação do Município parcialmente provida para julgar parcialmente procedentes os embargos à execução.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação do Município e julgou parcialmente procedentes os embargos à execução, reconhecendo a exigibilidade da cobrança das taxas, mantendo a inexistência dos débitos de IPTU, ainda que por outros fundamentos, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002737-67.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: EMPRESA AUTO ONIBUS MACACARI LTDA
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A, FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002737-67.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPRESA AUTO ONIBUS MACACARI LTDA
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A, FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela União Federal perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, como o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (125595440).

Resposta (129067305).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002737-67.2017.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: EMPRESA AUTO ONIBUS MACACARI LTDA
Advogados do(a) APELADO: MATHEUS CAMARGO LORENA DE MELLO - SP292902-A, FERNANDO CESAR LOPES GONCALES - SP196459-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000959-40.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO MONARI LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000959-40.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO MONARI LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, como o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741429).

Resposta (129965806).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000959-40.2018.4.03.6108
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: SUPERMERCADO MONARI LTDA - EPP
Advogados do(a) APELADO: WESLEY DUARTE GONCALVES SALVADOR - SP213821-A, MARIA MADALENA ANTUNES - SP119757-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódoas do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgrRgno REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000617-19.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES - SECCIONAL SAO PAULO
Advogado do(a) APELANTE: DIOGO TELLES AKASHI - SP207534-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 133371284: Recebo os embargos de declaração como agravo interno, nos termos do artigo 1.024, §3º, do Código de Processo Civil, razão pela qual determino a intimação da embargante para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do artigo 1.021, §1º, do mesmo diploma processual.

Após, intime-se a parte adversa para se manifestar acerca do recurso, nos termos do artigo 1.021, §2º, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002656-29.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: INDUSTRIA BANDEIRANTE EMBALAGENS E UTILIDADES PLASTICAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO LORDELO LOPES - SP252899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002656-29.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: INDUSTRIA BANDEIRANTE EMBALAGENS E UTILIDADES PLASTICAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO LORDELO LOPES - SP252899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 122767898), proferido nos autos de agravo interno contra a decisão monocrática que negou provimento à apelação e deu parcial provimento à remessa oficial.

O v. acórdão embargado encontra-se assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NAINSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
3. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
4. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pelas agravantes não se identifica motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
5. Agravo interno improvido.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, omissão e contradição no v. acórdão, no tocante à ausência de fundamentação no acórdão paradigma proferido no RE 574706- Tema 69, que determinou a exclusão, da base de cálculo do PIS/COFINS, do ICMS destacado nas notas fiscais de saída das mercadorias. Afirma violação aos artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13º, 926 e 927, § 3º do CPC e art. 27 da Lei 9.868/99, em razão da mencionada falta de fundamentação. Aduz que foram interpostos embargos de declaração, ao acórdão RE 574706, em que se requer a manifestação da Corte sobre o critério a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, questão esta que não foi definida no acórdão proferido em repercussão geral. Assevera que o critério mais acertado a ser utilizado para apuração do ICMS a ser excluído, caso mantida a tese firmada, seria a adoção do “ICMS a recolher”. Frisa que o reconhecimento em favor do contribuinte do direito de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS o ICMS destacado nas notas fiscais viola os arts. 13, §1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87, de 1996, o art. 1º da Lei 10.637, 2002, o art. 1º da 10.833, de 2002, art. 2º da Lei 9.715, de 1998, e art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991, e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98. Pugna pelo sobrestamento dos processos que tratam do Tema 69, a fim de aguardar o julgamento definitivo do acórdão paradigma. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrrazões da embargada, Indústria Bandeirante Embalagens e Utilidades Plásticas Ltda. (ID 129973748).

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002656-29.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls.
INTERESSADO: INDUSTRIA BANDEIRANTE EMBALAGENS E UTILIDADES PLASTICAS LTDA
Advogado do(a) APELADO: LEANDRO LORDELO LOPES - SP252899-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: “No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 – Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).”

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2.A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1.Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2.No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3.Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4.Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016).

A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1.Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2.A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.

3.A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4.Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johonsom Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023560-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHONSOM DI SALVO
APELANTE: BT LOGÍSTICA INTEGRADA EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023560-98.2017.4.03.6100

RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BT LOGISTICA INTEGRADA EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123618442).

Resposta (130055682).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5023560-98.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: BT LOGISTICA INTEGRADA EIRELI
Advogado do(a) APELANTE: MARCIO FREIRE DE CARVALHO - SP355030-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019657-21.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-A, LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-

A

APELADO: MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-A, FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-

A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019657-21.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-A, LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-

A

APELADO: MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-A, FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-

A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsons di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (123741536).

Resposta (129650852).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5019657-21.2018.4.03.6100

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL, MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

Advogados do(a) APELANTE: FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-A, LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-

A

APELADO: MEC3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

Advogados do(a) APELADO: LEONARDO FRANCISCO RUIVO - SP203688-A, FABIO DA ROCHA GENTILE - SP163594-A, TATIANA CARVALHO SEDA DE VASCONCELLOS - SP148415-

A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Conseqüentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020984-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
AGRAVANTE: STRATURA ASFALTOS S.A., STRATURA ASFALTOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
AGRAVADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020984-31.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO: Acórdão de fls
INTERESSADO: STRATURA ASFALTOS S.A., STRATURA ASFALTOS S.A.
Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: THIAGO TABORDA SIMOES - SP223886-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de embargos de declaração, opostos pela União Federal (FAZENDA NACIONAL), com fulcro no artigo 1.022, incisos I e II do Código de Processo Civil, em face do v. acórdão (ID 123731643), proferido nos autos de agravo de instrumento.

O v. acórdão embargado encontra-se assimmentado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. IPI. DERIVADOS DE PETRÓLEO. ASFALTO. ARTIGO 206 DO CTN. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1. Nos autos da Ação de Rito Ordinário nº 001901647.2006.401.3400, a apelação foi provida para julgar procedente o pedido das autoras, dentre as quais a ora agravante é litisconsorte, declarando a não sujeição dos asfaltos em emulsão, oxidados e modificados por polímero à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, produtos estes objeto da atuação fiscal lavrada em decorrência do não recolhimento do imposto no período de julho/2005 a fevereiro/2007, que deu origem ao Processo Administrativo nº 11065.002861/2010-74, cujos débitos constituem óbice à expedição de CND.

2. Naqueles autos foi produzida prova pericial, cujo laudo constatou que os produtos comercializados pela ora agravante são derivados básicos do petróleo.

3. Tendo em vista que o acórdão ainda não transitou em julgado e que não há notícias nos autos de concessão de eventual efeito suspensivo, nesse momento processual, encontra-se demonstrado o fumus boni iuris apto à concessão da CPEN, nos termos do art. 206 do CTN, desde que inexistentes outros débitos. Precedente.

4. A agravante comprova a existência de convites para pregões a serem realizados durante o mês de agosto, cuja habilitação pressupõe a juntada de certidão de regularidade fiscal, vencida em 14/08/2019.

5. Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.

Alega a embargante a ocorrência de obscuridade, omissão e contradição no v. acórdão, no tocante à não comprovação da inexistência do crédito tributário constituído pela Secretaria da Receita Federal, porquanto há indício de crédito ficto. Afirma que o auto de infração aponta indício de fraude, havendo então necessidade de dilação probatória para apuração da verossimilhança das alegações de inexistência de débito tributário. Requer sejam os presentes embargos de declaração conhecidos e providos, para o fim de sanar os vícios apontados, bem como prequestionar a matéria para fins recursais.

Contrarrázes da embargada STRATURA ASFALTOS S/A (ID 129338115), em que refuta a ocorrência de fraude pela não comprovação de suposto crédito ficto. Afirma que no procedimento administrativo houve apenas um pedido subsidiário declaratório de utilização de crédito relativo a insumos de produção, pedido este que foi negado pela autoridade administrativa. Frisa que esse crédito não foi utilizado de forma alguma em sua escrita fiscal, e que os embargos são meramente protelatórios.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020984-31.2019.4.03.0000

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

EMBARGADO: Acórdão de fls

INTERESSADO: STRATURA ASFALTOS S.A., STRATURA ASFALTOS S.A.

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

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

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando houver, em qualquer decisão judicial, obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Vício algum se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem os fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: “Nos autos da Ação de Rito Ordinário nº 001901647.2006.401.3400, a apelação foi provida para julgar procedente o pedido das autoras, dentre as quais a ora agravante é litisconsorte, declarando a não sujeição dos asfaltos em emulsão, oxidados e modificados por polímero à incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, produtos estes objeto da autuação fiscal lavrada em decorrência do não recolhimento do imposto no período de julho/2005 a fevereiro/2007, que deu origem ao Processo Administrativo nº 11065.002861/2010-74, cujos débitos constituem óbice à expedição de CND. Naquelas autos foi produzida prova pericial, cujo laudo constatou que os produtos comercializados pela ora agravante são derivados básicos do petróleo. Tendo em vista que o acórdão ainda não transitou em julgado e que não há notícias nos autos de concessão de eventual efeito suspensivo, nesse momento processual, encontra-se demonstrado o *fumus boni iuris* apto à concessão da CPEN, nos termos do art. 206 do CTN, desde que inexistentes outros débitos.”

Assim, as questões trazidas pelos embargantes se resumem, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela por eles desenvolvidas, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo dos recorrentes, cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do *decisum*.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.

2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.

3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

4. Embargos de Declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do *decisum* ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do *decisum*, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidera acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.”

A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do art. 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente, cujo real objetivo é o rejugamento da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visaremao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001907-53.2013.4.03.6137
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001907-53.2013.4.03.6137
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos de declaração opostos por NELSON MIGUEL DE AMORIM em face de acórdão prolatado por esta C. Turma, que restou assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DE PESSOA FÍSICA/IRPF. RETIFICAÇÃO DAS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA APÓS O INÍCIO DA AÇÃO FISCAL: NÃO CONFIGURAÇÃO DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA E SUBSISTÊNCIA DA MULTA PUNITIVA IMPOSTA COM ESPEQUE NO ART. 44, II, DA LEI Nº 9.430/96. AUSÊNCIA DE CONFISCO E DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. GLOSA FISCAL DE VALORES DEDUZIDOS A TÍTULO DE TRATAMENTO DE SAÚDE, COM EXIGÊNCIA DO TRIBUTO CORRESPONDENTE. APRESENTAÇÃO DE RECIBOS REGULARES DOS SERVIÇOS, CUJOS VALORES FORAM DEDUZIDOS PELO CONTRIBUINTE - 'SUSPEITA' DA RECEITA FEDERAL E REJEIÇÃO DOS DOCUMENTOS COM FUNDAMENTAÇÃO 'ALTERNATIVA', MAS SEM UMA SÓ INDICAÇÃO CONCRETA DE QUE OS SERVIÇOS DE SAÚDE NÃO FORAM PRESTADOS - LIMITES LEGAIS À RIGIDEZ E 'DESCONFIANÇA' DOS AGENTES LANÇADORES (INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, § 2º, III, DA LEI Nº 9.250/95) - MERA VORACIDADE FISCAL. APRESENTAÇÃO DE ALGUNS RECIBOS SEM INDICAÇÃO DO CPF DO PRESTADOR. VÍCIO RELEVANTE. APELAÇÃO DA UNIÃO PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO EMBARGANTE IMPROVIDA.

1. As retificações de declarações de Imposto de Renda efetuadas após o início da ação fiscal para excluir os pagamentos a profissionais considerados pela Receita Federal como "emitentes de recibos indôneos", por meio de processos administrativos que resultaram na emissão de "Stímulas Administrativas de Documentação Tributariamente Ineficaz", não configuram denúncia espontânea, sendo devida a multa punitiva aplicada, dado o manifesto intuito de fraude, ainda que impedida pela fiscalização.

2. A multa punitiva aplicada, de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido encontra fundamento legal na CDA e não há como aplicar o patamar reduzido a 20%, pois isso equivaleria ao Judiciário escolher, a seu alvedrio e desprezando a tarefa do Legislador, a multa que lhe parece mais adequada. Com efeito, se com relação a multa de índole tributária a lei estabeleceu um certo percentual, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador para eleger percentual de multa fiscal distinto daquele já abrigado nas leis tributárias. A multa aplicada de ofício tem caráter punitivo, objetivando, além de reprimir a conduta infratora, desestimular a evasão fiscal, o que impõe que o seu percentual seja alto o suficiente para incentivar os contribuintes a cumprirem suas obrigações tributárias, não havendo que se cogitar, diante da finalidade da multa de ofício, em efeito confiscatório, sequer em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3. Nos moldes do estabelecido pelo caput do art. 73, do Decreto n.º 3.000/99, todas as deduções relevantes na declaração de ajuste anual de IRPF estão sujeitas a comprovação ou justificação, a juízo da autoridade lançadora; mas a comprovação ou justificação das deduções não pode ser exigida de forma indiscriminada, sem motivo relevante, com o mero propósito de tornar o Leão mais temível, para servir de exemplo, ou seja, com o fito de torturar o contribuinte; a exigência do Fisco, dentro dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37 da CF), deve corresponder a uma necessidade fiscalizatória demonstrada por meio de motivação razoável; não sendo assim haverá ofensa ao disposto no art. 8º, § 2º, III, da Lei nº 9.250/95 e mera voracidade arrecadatória.

4. Nos termos do art. 8º, § 2º, III, da Lei nº 9.250/95, somente se não forem apresentados recibos regulares das despesas com profissional de saúde é que o Fisco pode exigir que o contribuinte faça a prova do pagamento desses gastos mediante cópias de cheques (nominais), extratos bancários e até declarações juramentadas de quem recebeu os numerários questionados. Mas esse esforço probatório exigido do contribuinte não pode ser caprichoso: se a prova por excelência do pagamento é o recibo regular (precedentes), cabe a quem dele divida elencar elementos sérios que geram a dívida; o Poder Público não escapa dessa exigência.

5. Na singularidade, os recibos de fls. 320 e 322/324 preenchem todos os requisitos legais. Os recibos de fls. 289/292, 294/299, 301 e 338/341 não contemplam o endereço do prestador, mas "a ausência desta informação não é motivo suficiente para a recusa dos documentos apresentados pelo contribuinte, mormente se tais documentos contiverem a identificação do profissional pelo seu nome e número de seu CPF, bem como a data e o local da prestação, de modo a possibilitar ao Fisco eventual investigação acerca da idoneidade de tais documentos". Nesse sentido: ApCiv 0005563-67.2016.4.03.6119, DESEMBARGADORA FEDERAL CECÍLIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/04/2018. Ademais, a prestação do serviço referente aos recibos de fls. 289/292 é corroborada pelo atestado médico de fl. 293.

6. Já os recibos de fls. 300, 329/337 e 342 não indicam o CPF do prestador do serviço, sendo esse vício formal relevante, pois dificulta que o Fisco perscrute acerca da idoneidade do documento. E, intimado, o contribuinte não logrou comprovar o efetivo pagamento, nem a efetiva prestação do serviço. Além disso, o recibo de fl. 333 diz respeito a "10 sessões de Rejuvenescimento Facial", ou seja, despesa claramente não dedutível.

7. Apelação do embargante improvida. Apelo da União parcialmente provido.

O embargante sustenta que há necessidade de prequestionamento para fins de interposição de recursos especial e extraordinário. Aduz que houve **omissão** quanto aos arts. 5º, XXII, XXXV e LIV, 150, IV, 170, II e 93, IX, da Constituição Federal; arts. 80 e 85 do RIR; art. 8º da Lei nº 9.250/95, art. 142 do CTN e arts. 44 e 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96. Sustenta, ainda, que houve **contradição**, pois ao mesmo tempo que o acórdão afirma serem dedutíveis as despesas médicas, nega o direito do contribuinte à dedução dos recibos de fls. 300, 329/337 e 342, apesar de identificados os requisitos normativos exigidos. Insiste que somente a falta de CPF/CNPJ não pode ser fator determinante para desqualificar os recibos. Argumenta, ainda, no que tange ao recibo de fl. 333, que são dedutíveis as despesas médicas comprovadas, independentemente da especialidade, inclusive as relativas à realização de cirurgia plástica, reparadora ou não, ou mental do paciente (fls. 745/751).

A embargada apresentou resposta (fl. 753).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001907-53.2013.4.03.6137
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
APELADO: NELSON MIGUEL DE AMORIM, UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Advogado do(a) APELADO: JOSE LUIZ MATTHES - SP76544-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsonsomi di Salvo, Relator:

As razões veiculadas nos embargos de declaração, a pretexto de sanarem suposto vício no julgado, demonstram, *ictu oculi*, o inconformismo do recorrente e a pretensão de reforma do julgado, o que é incabível nesta via aclaratória.

Com efeito, restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que as retificações de declarações de Imposto de Renda efetuadas após o início da ação fiscal para excluir os pagamentos a profissionais considerados pela Receita Federal como emitentes de recibos indôneos, por meio de processos administrativos que resultaram na emissão de "Stímulas Administrativas de Documentação Tributariamente Ineficaz", não configuram denúncia espontânea, sendo devida a multa punitiva aplicada, dado o manifesto intuito de fraude, ainda que impedida pela fiscalização.

O acórdão ainda assentou que o percentual da multa encontra fundamento na lei, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao legislador para eleger percentual distinto daquele já abrigado nas leis tributárias.

Quanto aos recibos de fls. 300, 329/337 e 342, o acórdão deixou claro que as despesas não podem ser deduzidas porque (i) não indicam o CPF do prestador do serviço, sendo esse vício formal relevante, pois dificulta que o Fisco perscrute acerca da idoneidade do documento; e (ii) intimado, o contribuinte não logrou comprovar o efetivo pagamento, nem a efetiva prestação do serviço. Por fim, quanto ao recibo de fl. 333, o acórdão ainda assentou que não se trata de despesa dedutível, eis que diz respeito a "10 sessões de Rejuvenescimento Facial".

Portanto, não há qualquer omissão ou contradição no acórdão.

É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Destarte, se o embargante entende que o entendimento exarado viola o disposto nos arts. 5º, XXII, XXXV e LIV, 150, IV, 170, II e 93, IX, da Constituição Federal; arts. 80 e 85 do RIR; art. 8º da Lei nº 9.250/95, art. 142 do CTN e arts. 44 e 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (valor da execução fiscal – fl. 26), conforme já decidido pelo Plenário do STF (destaquei):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. MANIFESTO INTUITO PROTETATÓRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 1.026, § 2º. DO CPC/2015. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. A omissão, contradição, obscuridade ou erro material, quando incorrentes, tornam inviável a revisão da decisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 1.022 do CPC/2015.

2. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível em sede de embargos quando incorrentes seus requisitos autorizadores. Precedentes: ARE 944537 AgR-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 10/08/2016; ARE 755228 AgR-ED-EDv-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/08/2016 e RHC 119325 ED, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 09/08/2016.

3. A oposição de embargos de declaração com caráter eminentemente protetatório autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. 4. Embargos de declaração DESPROVIDOS, com aplicação de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (RE 898060 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 28-05-2019 PUBLIC 29-05-2019)

No mesmo sentido registro precedente da Colenda Corte Especial do STJ em EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp 773.829/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 07/10/2019.

Ante o exposto, **conheço dos embargos de declaração e nego-lhes provimento, com imposição de multa.**

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE DESVIRTUAMENTO DOS DECLARATÓRIOS PARA OUTRAS FINALIDADES QUE NÃO A DE APERFEIÇOAMENTO DO JULGADO. RECURSO DESPROVIDO, COM IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. Restou claro o entendimento desta C. Turma no sentido de que as retificações de declarações de Imposto de Renda efetuadas após o início da ação fiscal para excluir os pagamentos a profissionais considerados pela Receita Federal como emissores de recibos "inidôneos", por meio de processos administrativos que resultaram na emissão de "Símulas Administrativas de Documentação Tributariamente Ineficaz", não configuram denúncia espontânea, sendo devida a multa punitiva aplicada, dado o manifesto intuito de fraude, ainda que impedida pela fiscalização.

2. O acórdão ainda assentou que o percentual da multa encontra fundamento na lei, não cabendo ao Judiciário substituir-se ao legislador para eleger percentual distinto daquele já abrigado nas leis tributárias.

3. Quanto aos recibos de fls. 300, 329/337 e 342, o acórdão deixou claro que as despesas não podem ser deduzidas porque (i) não indicam o CPF do prestador do serviço, sendo esse vício formal relevante, pois dificulta que o Fisco perscrute acerca da idoneidade do documento; e (ii) intinado, o contribuinte não logrou comprovar o efetivo pagamento, nem a efetiva prestação do serviço. Por fim, quanto ao recibo de fl. 333, o acórdão ainda assentou que não se trata de despesa dedutível, eis que diz respeito a "10 sessões de Rejuvenescimento Facial".

4. É preciso esclarecer que "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma **inexistente** situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaquei - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

5. Destarte, se o embargante entende que o entendimento exarado viola o disposto nos arts. 5º, XXII, XXXV e LIV, 150, IV, 170, II e 93, IX, da Constituição Federal; arts. 80 e 85 do RIR; art. 8º da Lei nº 9.250/95, art. 142 do CTN e arts. 44 e 61, § 2º, da Lei nº 9.430/96, deve manejar o recurso adequado à obtenção da reforma do julgado.

6. Enfim, se a decisão embargada não ostenta os vícios que justificariam os aclaratórios previstos no art. 1.022 do CPC, é cabível a multa de 2,00% sobre o valor corrigido da causa (valor da execução fiscal), conforme já decidido pelo Plenário do STF.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, conheceu dos embargos de declaração e negou-lhes provimento, com imposição de multa, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002368-60.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ALEXANDRE GEROLAMO INDUSTRIA DE ARAMADOS LTDA
Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002368-60.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom Di Salvo, Relator:

Trata-se de aclaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (124952493).

Resposta (130230337).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002368-60.2018.4.03.6105

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ALEXANDRE GEROLOMO INDUSTRIA DE ARAMADOS LTDA

Advogado do(a) APELADO: JUSSARA APARECIDA BEZERRA RAMOS - SP243250-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026074-87.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: AUDIOGENE COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA - EPP
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DOS SANTOS SALES - SP335110-A
OUTROS PARTICIPANTES:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026074-87.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: AUDIOGENE COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO DOS SANTOS SALES - SP335110-A

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), em face do v. acórdão proferido (ID 123731120 - fls. 52/59), que se encontra assimmentado:

AGRAVO INTERNO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. CONCEITO DE FATURAMENTO. EXCLUSÃO DO ICMS. RE 574.706-PR JULGADO NO EXCELSO PRETÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOBRESTAMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA SOMENTE ATÉ A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706 - Tema 69, ao firmar a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.
2. Nos termos do julgado do RE 574.706, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnson de Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018.
3. Não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574.706/PR, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie.
4. Não houve orientação específica de sobrestamento dos feitos que versem sobre a mesma matéria, nas instâncias ordinárias e, como asseverado no decisum monocrático, o art. 1.040, inc. II, do CPC/2015 determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, sem necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016).
5. Ademais, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática.
6. agravo interno improvido.

Sustenta a embargante, em síntese, a ocorrência de omissão no v. acórdão, uma vez que o julgado ao aplicar a tese fixada pelo STF no RE nº 574.706/PR, determinando a exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais, da base de cálculo do PIS/COFINS, decidiu elemento diverso daquele fixado pelo STF, sem que tenha havido debate sobre os fundamentos jurídicos da decisão. Pleiteia o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo dos embargos de declaração opostos pela União Federal no RE 574.706. Afirma que por não estar ainda pacificada a matéria no STF é indevido o deferimento do pedido de exclusão do ISS da base de cálculo do PIS/COFINS pelo contribuinte. Alega ainda que houve inovação recursal quanto ao pedido de exclusão do ICMS a ser destacado na nota fiscal, por não constar da petição inicial, bem como não houve apreciação na r. sentença, razão pela qual os embargos devem ser providos, sob pena de configurar julgamento extra petita. Aduz que v. acórdão ao se reportar ao RE 574.706/PR e estabelecer que o ICMS a ser devolvido é o destacado na nota fiscal, violou os artigos 489, § 1º, IV a VI, 525, § 13, 926 e 927, § 3, do CPC e artigo 27 da Lei 9868/99; artigos 13, § 1º, I, 19 e 20, caput, da Lei Complementar nº 87/1996; art. 1º da Lei 10.637/2002; art. 1º da 10.833/2002; art. 2º da Lei 9.715/1998; art. 2º da Lei Complementar nº 70/1991 e artigos 2º e 3º da Lei 9.718/98, razão pela qual, o ICMS que se deve excluir da base de cálculo do PIS e COFINS corresponde ao ICMS a recolher, também chamado de escritural. Requer por fim: a) a suspensão do presente feito, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral no RE nº 592.616 (Tema 118 do STF); b) reconhecimento da ausência de fundamentação em relação à determinação de exclusão do ICMS destacado nas notas fiscais da base de cálculo do PIS e da COFINS; c) exclusão do v. acórdão embargado a referência a qualquer critério de cálculo concernente ao ICMS dedutível da base de cálculo do PIS e da COFINS; d) ante o princípio da eventualidade, sejam providos os embargos, para sanadas as demais omissões apontadas, com atribuição de efeitos infringentes, ser reconhecido que o critério mais acertado é o da exclusão do ICMS a recolher da base de cálculo do PIS e da COFINS; e) o prequestionamento da matéria para fins recursais, nos termos das súmulas 282 e 356 do STF e 98 e 211 do STJ.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5026074-87.2018.4.03.6100

RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI

EMBARGANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL,
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO

EMBARGADO: Acórdão de fls.

INTERESSADOS: AUDIOGENE COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA - EPP

Advogados do(a) APELANTE: LEONARDO DOS SANTOS SALES - SP335110-A

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

"EMENTA"

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.
2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.
3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.
4. Embargos de declaração rejeitados.

A SENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): - Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como quando existir erro material.

Omissão alguma se verifica na espécie.

Da simples leitura do v. acórdão embargado se depreendem fundamentos em que se baseia, tendo sido inequivocamente decidida a matéria ventilada nos embargos de declaração.

Conforme consta expressamente no v. acórdão embargado: "...Inicialmente, cumpre esclarecer, que não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos no RE 574706, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC determina o sobrestamento do feito somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Após longa controvérsia sobre a matéria, o C. Supremo Tribunal Federal, no RE 574706 - Tema 069, submetido à sistemática prevista no art. 543-B do CPC/73, art. 1036 do CPC/15, firmou a tese no sentido de que: O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS. Por seu turno, a orientação firmada pelo STF aplica-se tanto ao regime cumulativo, previsto na Lei 9.718/98, quanto ao não cumulativo do PIS/COFINS, instituído pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. A alteração promovida pela Lei 12.973/14 no art. 3º da Lei nº 9.718/98, identificando o conceito de faturamento com aquele previsto no art. 12 do Decreto-Lei 1.598/77 para a receita bruta - o resultado da venda de bens e serviços e de demais operações relativas ao objeto social do contribuinte - em nada altera a conclusão alcançada pelo STF, permanecendo incólume a incidência do PIS/COFINS sobre a receita operacional, nos termos então dispostos pela Lei nº 9.718/98 antes da novidade legislativa. Nesse sentido, AC 2015.61.00.017054-2/SP/TRF3 - Sexta Turma/Des. Federal Johnsonom di Salvo / DE. 14.03.17 e AI00008325220164030000/TRF3 - Terceira Turma / Juiz Federal Convocado Leonel Ferreira / E-DJF3 Judicial 1:13/05/2016...() A análise e exigência da documentação necessária para apuração do valor do ICMS efetivamente incluído na base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS, e a sua correta exclusão, bem como os critérios para a efetivação da compensação cabem ao Fisco, nos termos da legislação de regência, observando-se a revogação do parágrafo único do art. 26 da Lei 11.457/2007, pelo art. 8º da Lei 13.670 de 30 de maio de 2018, que também incluiu o art. 26-A da Lei 11.457/2007, elucidando a aplicabilidade do disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, vedando a compensação com as contribuições previdenciárias nele mencionadas...() Não prospera a irrisignação da União. É que, como afirmado, no caso vertente, aplica-se o entendimento do C. STF, exarado à luz do regime de repercussão geral da matéria, no julgamento do RE 574706, segundo o qual, o ICMS destacado nas notas fiscais deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa. Precedente desta Sexta Turma: EDAC 0001070-22.2007.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johnsonom di Salvo, j. 06/09/2018; DJ 18/09/2018...() Por outro lado, não há necessidade de aguardar o julgamento dos Embargos de Declaração opostos naquele feito, uma vez que o art. 1.040, inc. II, do CPC/15, determina o sobrestamento dos processos que versam sobre a mesma matéria somente até a publicação do acórdão paradigma, já ocorrido na espécie. Nesse sentido são os inúmeros precedentes emanados do Excelso Pretório, dentre eles a decisão proferida na Reclamação nº 30.996-SP (DJ-e 13.08.2018) e o Agravo no RE nº 930.647-PR (DJ-e 08.04.2016). Assim, analisando os fundamentos apresentados pela agravante não identifiquei motivo suficiente à reforma da decisão agravada. Não há elementos novos capazes de alterar o entendimento externado na decisão monocrática..."

A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os presentes embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

Nos estreitos limites dos embargos de declaração, todavia, somente deverá ser examinada eventual obscuridade, omissão, contradição ou erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

Neste sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INVIABILIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. Os Embargos Declaratórios não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito.
3. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.
4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no AREsp 784.106/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 29/09/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 03/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão omissa, obscura ou contraditória. Não são destinados à adequação do decisum ao entendimento da parte embargante, nem ao acolhimento de pretensões que refletem mero inconformismo, e, menos ainda, à rediscussão de questão já resolvida. Precedentes.

2. A análise das razões recursais revela a pretensão da parte em alterar o resultado do decisum, o que é inviável nesta seara recursal.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg nos EAREsp 620.940/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/09/2016, DJe 21/09/2016)

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO CPC/15. REDISCUSSÃO DO JULGADO.

1. Os embargos de declaração são cabíveis para sanar omissão, contradição ou obscuridade do julgado recorrido e corrigir erros materiais. O CPC/15 ainda equipara à omissão o julgado que desconsidere acórdãos proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, incidente de assunção de competência, ou ainda que contenha um dos vícios elencados no art. 489, § 1º, do referido normativo.

2. No caso, não estão presentes quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos embargos declaratórios, estando evidenciado, mais uma vez, o exclusivo propósito dos embargantes em rediscutir o mérito das questões já devidamente examinadas por esta Corte.

3. Não há omissão no acórdão embargado, pois esta Turma foi categórica ao afirmar que os interessados não dirigiram seu inconformismo quanto à aplicação da Súmula 182/STJ na decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no AgInt no AREsp 858.482/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 19/09/2016)

A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

Salienta-se, entretanto, que a rejeição do recurso não constitui obstáculo à interposição de recursos excepcionais, em razão de disposição expressa do artigo 1.025 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.

O Senhor Desembargador Federal Fábio Prieto:

Acolho a preliminar de sobrestamento. Se vencido, acompanho pela conclusão.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022, CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. CARÁTER INFRINGENTE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REJEIÇÃO.

1. Nos termos do artigo 1.022, incisos I ao III do novo Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para sanar obscuridade ou contradição, omissão de ponto ou questão sobre o qual deveria se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, ou, ainda, quando existir erro material, o que, no caso concreto, não restou demonstrado.

2. A questão resume-se, efetivamente, em divergência entre a argumentação constante do julgado e aquela desenvolvida pela embargante, tendo os embargos caráter nitidamente infringente, pelo que não há como prosperar o inconformismo da recorrente cujo real objetivo é o rejuízo da causa e a consequente reforma do decisum.

3. A mera alegação de visarem ao prequestionamento da matéria não justifica a oposição dos embargos declaratórios, quando não se verifica nenhuma das situações previstas no artigo 1.022, do Código de Processo Civil.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, A Sexta Turma, por maioria, e nos moldes do disposto no artigo 942 do Código de Processo Civil, rejeitou a preliminar de sobrestamento do feito, nos termos do voto da Relatora, acompanhada pelos votos dos Desembargadores Federais Johanson Di Salvo e Souza Ribeiro, bem como pelo voto da Juíza Federal Convocada Denise Avelar, vencido o Desembargador Federal Fábio Prieto, que a acolhia. Prosseguindo, no mérito, a Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, tendo o Desembargador Federal Fábio Prieto acompanhado a Relatora pela conclusão. Lavrará o acórdão a Relatora, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025320-48.2018.4.03.6100

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

APELANTE: AESYS TECNOLOGIA E SISTEMAS DE COMUNICACAO E VISUALIZACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA

Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A

APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025320-48.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AESYS TECNOLOGIA E SISTEMAS DE COMUNICACAO E VISUALIZACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela União Federal perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o propósito de prequestionamento, arguiu a necessidade de sobrestamento do feito ante a pendência de julgamento do tema relativo ao ISS (RE 592.616), e dos aclaratórios no RE 574.706; a ausência de fundamento quanto à identificação do ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS, cumprindo relegar a matéria à fase de liquidação; e, sucessivamente, que o ICMS a recolher seja excluído (123620076).

Resposta (129778155).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5025320-48.2018.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: AESYS TECNOLOGIA E SISTEMAS DE COMUNICACAO E VISUALIZACAO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
Advogado do(a) APELANTE: ROGERIO CAMARGO GONCALVES DE ABREU - SP213983-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado na *decisum* a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tomou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada.

Ademais, como já dito, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15, não detendo este Relator jurisdição para obstar o curso do presente processo.

No que tange ao ISS, registrou-se que:

"(é certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Mello), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3ª QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)...". (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017).

No mais, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente. A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes na fase de conhecimento, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo..

Não há que se falar, portanto, na existência de vício (de contradição ou omissão) a macular a decisão vergastada, tomando imperioso concluir pela manifesta improcedência deste recurso. Sim, pois "não se revelam cabíveis os embargos de declaração quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade (CPP, art. 619) - vema utilizá-los como objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa" (destaque-se - STF, ARE 967190 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011463-95.2019.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: ALFACOMEX S/A
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO GARCIA ASHIKAGA - SP171032-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

ID 134060239: Recebo os embargos de declaração como agravo interno, nos termos do artigo 1.024, §3º, do Código de Processo Civil, razão pela qual determino a intimação da embargante para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do artigo 1.021, §1º, do mesmo diploma processual.

Após, intime-se a parte adversa para se manifestar acerca do recurso, nos termos do artigo 1.021, §2º, do Código de Processo Civil.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5000197-16.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS PAULO MARDEGAN - SP229513-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5000197-16.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS PAULO MARDEGAN - SP229513-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johanson Di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (129866981).

Resposta (132353385).

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5000197-16.2018.4.03.6143
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ARLINDO CARREIRA & CIA LTDA
Advogado do(a) APELADO: MARCOS PAULO MARDEGAN - SP229513-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002080-64.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
APELADO: ECOGEN BRASIL SOLUCOES ENERGETICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002080-64.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ECOGEN BRASIL SOLUCOES ENERGETICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johansom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL contra acórdão que negou provimento a seu agravo, com a seguinte ementa:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NA QUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com o intuito de prequestionamento, defendeu a necessidade de manifestação sobre decisões manifestadas por Ministros do STF no sentido de sobrestar feitos correlatos, e sobre a configuração de inovação recursal ao se identificar o ICMS destacado como elemento a ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS. Na questão, defende que o ICMS a recolher seja excluído (128591726).

Resposta (130452639).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5002080-64.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: ECOGEN BRASIL SOLUCOES ENERGETICAS S.A.
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO BARROSO TAPARELLI - SP234419-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a impossibilidade de suspensão do presente feito, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do RE 574.706, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15. Ademais, não há determinação de sobrestamento, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

Conforme o resultado do paradigma, todo o ICMS deve ser expurgado da base de cálculo das duas contribuições (AgInt no AREsp 1543219/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019), já que, como se infere do voto da Ministra Relatora, embora nem todo o valor do ICMS destacado nas notas fiscais seja imediatamente recolhido pelo Estado ou Distrito Federal, eventualmente a sua totalidade será transferida à Fazenda Pública; logo, deixará de compreender receita auferida pelo contribuinte, razão pela qual a íntegra do referido ICMS não deve ser considerada faturamento para fins de incidência da contribuição para o PIS e da COFINS. A propósito: RE 209314 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 14-09-2018 PUBLIC 17-09-2018.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de julgamento para além do pleito ou de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das nódos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (TEMA 69), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010194-89.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010194-89.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Trata-se de agravo interno interposto por MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, com fulcro no artigo 1.021 do NCPC em face da decisão monocrática proferida (ID 107668569) que, nos termos do artigo 932, IV, do Código de Processo Civil, negou provimento à apelação da impetrante, denegando a segurança e julgando improcedente o pedido de obtenção de declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse recolher a Contribuição ao salário educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC e SESI, bem como o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

Aduz a agravante que as Contribuições impugnadas possuem natureza jurídica de verdadeiras Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e, portanto, deverão se submeter à sistemática do art. 149 da CF/88 e aos enunciados da EC nº 33/01 ou seja, a base de cálculo fixada sobre a folha de salários paga pelas empresas, é absolutamente incompatível com os estreitos limites fixados pelo art. 149, § 2º, III, “a”, da CF/88.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou, caso não seja este o entendimento, pleiteia a submissão do presente ao julgamento da E. Turma.

Contrarrazões (ID 112834405).

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5010194-89.2017.4.03.6100
RELATOR: Gab. 20 - DES. FED. DIVA MALERBI
APELANTE: MARJAN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA
Advogados do(a) APELANTE: MATHEUS AUGUSTO CURIONI - SP356217-A, FLAVIO DE HARO SANCHES - SP192102-A
APELADO: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL DA 3ª REGIÃO
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

“EMENTA”

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO, SEBRAE E INCRA. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.
2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.
3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA e para o SEBRAE.
4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.
5. Agravo interno desprovido.

ASENHORA DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI (RELATORA): Não é de ser provido o agravo.

A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e pelo C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso, *in verbis*:

“Trata-se de apelação em sede de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a impetrante a recolher a Contribuição ao salário educação, INCRA, SEBRAE, SENAC, SESC e SESI, bem como o reconhecimento do direito à restituição/compensação dos valores pagos indevidamente a este título, nos últimos cinco anos.

O pedido liminar foi indeferido (ID 2000493). A parte impetrante interpôs agravo de instrumento.

O r. Juízo a quo julgou improcedente o pedido, denegando a segurança. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Apelou a impetrante, requerendo a reforma da sentença. Afirma que as contribuições possuem natureza jurídica de contribuições de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e que, após as alterações trazidas com a EC 33/01, adotar a folha de salários pagos pelas empresas como base de cálculo viola o art. 149, §2º, III, a, da Constituição Federal.

Com contrarrazões, pugnando pela manutenção da r. sentença, subiram os autos a este E. Tribunal.

O MPF opinou pelo regular prosseguimento do feito.

Passo a decidir com fulcro no art. 932 do Código de Processo Civil de 2015.

Ressalto a importância da utilização do dispositivo em apreço para simplificação e agilização do julgamento dos recursos.

A decisão monocrática do Relator do recurso, com fulcro no art. 932, III a V do CPC/2015, implica significativa economia processual no interesse do jurisdicionado em geral, ao desafogar as pautas de julgamento com recursos desse jaez.

O Decreto-Lei n.º 1.110/70 criou o INCRA, que recebeu todos os direitos, competência, atribuições e responsabilidades do IBRA (Instituto Brasileiro de Reforma Agrária), do INDA (Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário) e do Grupo Executivo da Reforma Agrária (GERA), os quais foram extintos. Recebeu, inclusive, a receita obtida através da arrecadação do adicional que antes era destinado aos dois primeiros órgãos, de 0,2% incidente sobre a folha de salários, para a manutenção do serviço de assistência ao trabalhador rural e para custear os encargos de colonização e de reforma agrária.

O Decreto-Lei n.º 1.146/70 consolidou, em seu art. 3º, o adicional de 0,4%, conforme previsto na Lei n.º 2.613/55, destinando 50% (0,2%) ao FUNRURAL e 50% (0,2%) ao INCRA.

E a Lei Complementar n.º 11/71, em seu art. 15, II, elevou o adicional para 2,6%, sendo que 2,4% foram destinados ao FUNRURAL a título de contribuição previdenciária e o restante 0,2% ao INCRA. A base de cálculo da contribuição permaneceu a mesma, bem como a sujeição passiva do tributo - todos os empregadores -, conforme dispunha a Lei n.º 2.613/55, que deu origem à contribuição em questão.

Ambas as contribuições foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, sendo que com a edição da Lei n.º 7.787/89 foi suprimida somente a contribuição ao FUNRURAL (art. 3º, § 1º). Também a Lei n.º 8.212/91, editada com o objetivo de regulamentar o Plano de Custeio da Seguridade Social, não dispôs acerca da contribuição ao INCRA, não interferindo em sua arrecadação pelo INSS, que figura como mero órgão arrecadador, sendo a receita destinada à autarquia agrária.

Permanece, portanto, vigente a contribuição ao INCRA, com base no Decreto-Lei n.º 1.146/70, tendo como sujeito passivo, desde a sua origem, todas as empresas em geral, entre as quais se incluem as empresas urbanas.

Não há que se fazer distinção entre Previdência Rural e Previdência urbana, separando, inclusive, suas fontes de custeio. Como bem observou a Desembargadora Federal Ramza Tartuce: Nem poderia ser de outra forma, vez que a atividade apontada como rural não teria, pela situação precária do homem do campo, condições de suportar, sozinha, o custeio de sua previdência. (TRF3, Quinta Turma, AC n.º 98.03.000214-7, j. 01/03/04).

E, tratando-se de contribuição social, deve obediência ao art. 195 da Constituição Federal, que cuida do princípio da solidariedade ao determinar que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Deixo anotado que o C. STJ já apreciou a questão da legitimidade da cobrança da contribuição ao INCRA, das empresas urbanas, sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL - LEGALIDADE - RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA - ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, em 22 de outubro de 2008, no julgamento do REsp 977.058/RS, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que é legítima a cobrança da contribuição destinada ao incra e ao FUNRURAL das empresas urbanas, por se caracterizar como CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, não tendo sido extinta pela Lei 7.787/89, tampouco pela Lei 8.213/9.

2. Se a parte insiste em tese de mérito já solucionada em julgamento submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, o recurso é manifestamente infundado. 3. Agravo regimental em ataque ao mérito de decisão proferida com base no art. 543-C do CPC não provido, com aplicação de multa no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

(AGAResp 389894, 2ª Turma, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 05/12/13, DJE 13/12/13 - Grifei).

Nesse sentido, já foi editada a Súmula 516 do C. STJ (DJe 02/03/2015), do seguinte teor: A contribuição de intervenção no domínio econômico para o INCRA (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregados rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS.

No tocante ao salário educação, o seguinte julgado:

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão cuja ementa segue transcrita: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EXIGIBILIDADE. EC 33/2001. RECEPÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Em ações onde se discute acerca da exigibilidade da contribuição ao salário educação, a União e o FNDE respondem pelo pedido declaratório, mas apenas o FNDE responde pelo pedido de repetição de indébito. 2. A Emenda Constitucional nº 33/2001 não impediu a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o salário educação" (documento eletrônico 10). Neste RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se, em suma, violação ao art. 149, § 2º, III, a, da Carta Magna. A pretensão recursal não merece acolhida. O acórdão está em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar o RE 660.933-RG, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, reconheceu a repercussão geral da matéria atinente à cobrança da contribuição do salário-educação e reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de sua constitucionalidade, nos termos da Súmula 732/STF. Por oportuno, transcrevo a ementa do mencionado julgado: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. COBRANÇA NOS TERMOS DO DL 1.422/1975 E DOS DECRETOS 76.923/1975 E 87.043/1982. CONSTITUCIONALIDADE SEGUNDO AS CARTAS DE 1969 E 1988. PRECEDENTES. Nos termos da Súmula 732/STF é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação, seja sob a Carta de 1969, seja sob a Constituição Federal de 1988, e no regime da Lei 9.424/1996. A cobrança da exação, nos termos do DL 1.422/1975 e dos Decretos 76.923/1975 e 87.043/1982 é compatível com as Constituições de 1969 e 1988. Precedentes. Repercussão geral da matéria reconhecida e jurisprudência reafirmada, para dar provimento ao recurso extraordinário da União". Desse modo, não merece êxito a alegada inexigibilidade da contribuição social destinada ao salário educação referente aos fatos geradores ocorridos após a promulgação da Emenda Constitucional 33, tendo em vista que sua constitucionalidade é matéria pacificada no Tribunal. Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, RISTF)

(RE 1047254, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 12/09/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 14/09/2017 PUBLIC 15/09/2017)

Por sua vez, a contribuição ao SEBRAE foi instituída como adicional sobre as contribuições ao SESC/SENAC e SESI/SENAI, nos termos do artigo 8º, § 3º, da Lei n.º 8.029/90, alterada pela Lei n.º 8.154/90, com vistas à execução da política de apoio às micro e pequenas empresas, prevista nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal.

Dessa forma, considerando sua natureza de contribuição social geral de natureza tributária, a contribuição ao SEBRAE fica sujeita à disciplina respectiva quanto a sua instituição e cobrança, não subsistindo a tese de que seria necessária lei complementar para tal.

Assim, a instituição de contribuições sociais gerais, entre as quais se encontra aquela destinada ao SEBRAE não depende de lei complementar, sendo legítima sua instituição através da Lei n.º 8.029/90.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, transcrito a seguir:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL AUTÔNOMA. ADICIONAL AO SEBRAE. EMPRESA DE GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. As contribuições sociais, previstas no art. 240, da Constituição Federal, têm natureza de "contribuição social geral" e não contribuição especial de interesses de categorias profissionais (STF, RE n.º 138.284/CE) o que derrui o argumento de que somente estão obrigados ao pagamento de referidas exações os segmentos que recolhem os bônus dos serviços inerentes ao SEBRAE.

2. Deftui da ratio essendi da Constituição, na parte relativa ao incremento da ordem econômica e social, que esses serviços sociais devem ser mantidos "por toda a coletividade" e demandam, a fortiori, fonte de custeio.

3. Precedentes: RESP 608.101/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 24/08/2004, RESP 475.749/SC, 1ª Turma, desta Relatoria, DJ de 23/08/2004.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, REsp n.º 662911/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 14.12.2004, v.u., DJ de 28.2.2005)

Cumpra, ainda, assinalar que a contribuição ao SENAC foi instituída pelo art. 4º do Decreto-Lei n.º 8.621/46, objetivando custear os encargos do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial. O art. 1º do referido decreto-lei determina que o SENAC tem como encargo organizar e administrar, no território nacional, escolas de aprendizagem comercial, que devem manter, também, cursos de continuação ou práticos e de especialização para os empregados adultos do comércio, não sujeitos à aprendizagem.

O SESC tem buscado cumprir seus objetivos de trazer benefícios sócio-culturais, tais como, lazer, educação e cultura à comunidade em geral.

Além disso, os beneficiários de citadas contribuições são os empregados das empresas, sendo que, do mesmo modo, os empregados das empresas prestadoras de serviço também podem usufruir dos benefícios proporcionados pelo SESC, nas mesmas condições que os demais empregados do comércio.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 149 e 240, recepciona as contribuições ao SESC e ao SENAC, definindo os sujeitos passivos da obrigação tributária como sendo os estabelecimentos comerciais enquadrados nas entidades sindicais subordinadas à Confederação Nacional do Comércio (art. 577 da Consolidação das Leis do Trabalho) e cujos empregados são beneficiários dos serviços oferecidos.

Consultando a tabela a que se refere o art. 577 da CLT, verifico que esta abrange extenso rol de atividades econômicas, entre as quais os mais variados tipos de serviços, incluindo estabelecimentos comerciais.

A EC 33/2001 acrescentou o § 2º, III, a, ao artigo 149 da CF, prevendo que a contribuição de intervenção no domínio econômico pode ter alíquotas ad valorem baseadas no faturamento, na receita bruta ou no valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro.

No entanto, o preceito constitucional somente previu faculdades ao legislador e não proibições no sentido de impedir que a lei adote outras bases de cálculo.

Neste sentido, os seguintes julgados:

CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EXIGIBILIDADE. NÃO AFRONTA À EC 33/01. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 977058/RS, sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil, de relatoria do Ministro Luiz Fux, reiterou o entendimento de que a contribuição ao incra não foi extinta pelas Leis nºs 7.787/89 e 8.213/91, sendo exigível até os dias atuais das empresas urbanas e rurais, tendo em vista sua natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico, pois tem por objetivo financiar as atividades de reforma agrária, sendo, portanto, distinta da contribuição para a seguridade social.

2. A contribuição ao INCRA não afronta a EC 33/01. Precedentes do TRF3.

3. Os fundamentos trazidos pelo agravante não se mostram suficientes a ensejar a reforma da decisão agravada.

4. Agravo desprovido.

(TRF3, Segunda Turma, AC 00042953020054036000, Juiz Convocado Valdeci dos Santos, e-DJF3 20/09/2012).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. CONTRIBUIÇÃO AO INCRA E SEBRAE. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consolidada a jurisprudência, firme no sentido da exigibilidade da contribuição destinada ao sebrae e ao incra; inclusive após o advento da EC 33/2001, em face do que, na atualidade, prescreve o artigo 149, § 2º, III, a, da Constituição Federal, que apenas previu faculdades ao legislador e não a proibição de uso de outras bases de cálculo, além do faturamento, receita bruta, valor da operação ou valor aduaneiro.

2. Agravo inominado desprovido.

(TRF3, Terceira Turma, AMS 00127985520104036100, Des. Fed. Carlos Muta, e-DJF3 03/08/2012).

Quanto ao RE 603.624, o STF reconheceu a existência de repercussão geral, em decisão publicada em 23/11/2010, sobre o Tema 325 – “Subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001” e, em decisão publicada em 11/11/2011, no RE 630.898, o Tema 495 – “Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001”, não tendo havido determinação de suspensão de processamento dos feitos pendentes.

Tendo em vista que referidos recursos não foram apreciados até o momento naquela Corte, permanece a obrigatoriedade de recolhimento.

Em face de todo o exposto, com fulcro no art. 932, IV, do Código de Processo Civil de 2015, **nego provimento à apelação.**”

Conforme prolatado na r. decisão agravada, o § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

Destarte, a Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA e para o SEBRAE.

Assim, as razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

Desta forma, não vislumbro qualquer vício a justificar a reforma da decisão ora agravada.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO, SEBRAE E INCRA. CONSTITUCIONALIDADE. EC 33/2001. ARTIGO 149, § 2º, III, A, CF. BASE DE CÁLCULO. FOLHA DE SALÁRIOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada, prolatada em consonância com o permissivo legal, encontra-se supedaneada em jurisprudência consolidada do C. Supremo Tribunal Federal e do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. O § 2º do art. 149 da Constituição Federal, com a redação atual, estabelece que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico podem ter as bases de cálculo nele mencionadas (o faturamento, a receita bruta, o valor da operação e o valor aduaneiro), sem prejuízo das demais bases de cálculo já indicadas em outras normas.

3. A Emenda Constitucional 33/2001 não impede a incidência de contribuições sobre a folha de salários, continuando a ser devida a contribuição para o Salário-Educação, INCRA e para o SEBRAE.

4. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do *decisum*, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

5. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007380-64.2018.4.03.6102

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORMA STYLE SEATING ERGONOMIC LTDA - ME

Advogados do(a) APELADO: HUGO GABRIEL MUNDIM CARRIJO - DF55073-A, GUSTAVO LORENTZ GOMES BARBOSA - DF36927-A

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007380-64.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORMA STYLE SEATING ERGONOMIC LTDA - ME
Advogados do(a) APELADO: HUGO GABRIEL MUNDIM CARRIJO - DF55073-A, GUSTAVO LORENTZ GOMES BARBOSA - DF36927-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Federal Johnsom di Salvo, Relator:

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela UNIÃO FEDERAL perante acórdão que negou provimento a seu agravo, nos seguintes termos:

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO ICMS E DO ISS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS. TEMA DECIDIDO PELO STF NO RE 574.706. APLICABILIDADE IMEDIATA. ICMS FATURADO DEVE SER EXCLUÍDO, CONFORME POSIÇÃO ALCANÇADA NAQUELE JULGADO. RECURSO DESPROVIDO.

A União, com fins de prequestionamento, apontou: a necessidade de sobrestamento do feito, ante a situação processual dos RE's 574.706 e 592.616, ressaltando decisões monocráticas de Ministros do STF pela suspensão de feitos de mesma matéria; a inovação recursal do *decisum* ao identificar o ICMS destacado como nota contábil a ser excluída da base de cálculo do PIS/COFINS; e, no ponto, que o ICMS a recolher seja excluído (125850298).

Sem resposta.

É o relatório.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007380-64.2018.4.03.6102
RELATOR: Gab. 21 - DES. FED. JOHNSOM DI SALVO
APELANTE: UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

APELADO: FORMA STYLE SEATING ERGONOMIC LTDA - ME
Advogados do(a) APELADO: HUGO GABRIEL MUNDIM CARRIJO - DF55073-A, GUSTAVO LORENTZ GOMES BARBOSA - DF36927-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Restou devidamente consignado no *decisum* a **impossibilidade de suspensão do presente feito**, à luz da tese fixada pelo STF no julgamento do **RE 574.706**, a qual esta Turma se sujeita ante o caráter vinculativo emprestado pelos arts. 1.039 e 1.040, III, do CPC/15; a questão tomou-se objeto do Tema 69 da repercussão geral: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins". Não há falta de fundamentação no aresto embargado, apenas insistência da União em matéria que foi tratada e rejeitada.

Ademais, não há determinação de sobrestamento por parte da relatoria do paradigma aqui utilizado, na forma do art. 1.035, § 5º, do CPC/15.

No que tange ao ISS, registrou-se que:

"(é) certo que o tema do imposto municipal acha-se em sede de repercussão geral no STF (RE 592.616/RG atualmente sob relatoria do Min. Celso de Melo), mas não há decisão de mérito e o processo encontra-se sem data de julgamento. Aliás, existe também a Ação Direta de Constitucionalidade 18 (ADC 18), que objetiva a declaração de constitucionalidade do artigo 3º, § 2º, I, da Lei 9.718/98. Sucede que em sessão plenária do dia 25/03/2010, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 dias (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida para o fim de suspender as demandas em curso que tratavam do tema (3º QO-MC-ADC 18/DF, rel. Min. Celso de Mello). Ultrapassado há muito tempo esse prazo fixado em 25/03/2010, não há óbice a que o julgamento que trata de incidência de ISS na base de cálculo de PIS/COFINS prossiga. Em caso específico sobre esse tema, assim se posicionou o STJ: "O reconhecimento de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em regra, não impõe o sobrestamento do trâmite dos recursos nesta Corte. Questão de Ordem nos REsp 1.289.609/DF e 1.495.146/MG (1ª Seção, julg. 10.09.2014 e 13.05.2015, respectivamente)..." (AgInt no REsp 1684928/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 20/10/2017)".

No mais, o julgamento proferido no RE 574.706 é claro ao identificar que **todo o ICMS** faturado deve ser excluído do conceito de receita, na condição de mero ingresso de caixa, e não somente o valor devido pelo contribuinte após deduções do imposto cobrado anteriormente.

A questão está inserida no pleito, cumprindo ao julgador qualificar os institutos discutidos entre as partes, sobretudo para dar exequibilidade à decisão. As partes trouxeram o paradigma RE 574.706 para discussão, devendo-se obedecer aos termos ali estipulados e delimitar a dimensão do direito reconhecido no processo. Consequentemente, fica afastada a tese de inovação recursal.

Ausente qualquer omissão, é inviável o emprego dos aclaratórios com propósito de prequestionamento se o aresto embargado não ostenta qualquer das núcleos do atual art. 1.022 do CPC/15 (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1445857/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, REPDJe 22/06/2016, DJe 08/06/2016).

Pelo exposto, ausente qualquer vício previsto no art. 1.022 do CPC/15, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACORDÃO EMBARGADO QUE, EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, TRABALHOU COM A DECISÃO DO STF POSTA NO RE 574.706/RS (*TEMA 69*), OCASIÃO EM QUE A TURMA ENTENDEU PELA PLENA APLICABILIDADE DO V. ARESTO DA SUPREMA CORTE, COM A INDICAÇÃO DO ICMS FATURADO COMO ELEMENTO A SER EXCLUÍDO. APLICABILIDADE IMEDIATA PARA O ISS. RECURSO DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

SUBSECRETARIA DA 7ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5703266-53.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: LEONILDA DE SOUZA CORREA
Advogado do(a) APELANTE: CAMILA MARIA OLIVEIRA PACAGNELLA - SP262009-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Diante da inércia dos advogados antes constituídos, expeça-se edital (com prazo de 30 dias) para intimação do espólio ou sucessores da Sr.ª Leonilda de Souza Correa, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, providenciem sua habilitação nestes autos, sob pena de não ser conhecido o recurso de apelação por ela interposto.

Sem prejuízo desta determinação, solicite-se ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais e de Interdições e Tutelas de LEME, servindo este despacho como ofício, pelo meio mais expedito (inclusive correio eletrônico), para que seja encaminhada, com brevidade, cópia da certidão de óbito da parte autora, lavrada na Fl. 00155, Livro 000C61, Termo 0000030230 – óbito em 08/09/2019 – registro em 10/09/2019.

Int.

São Paulo, .

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005966-45.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ADEVALDO COUTO BATISTA
Advogado do(a) APELADO: LETICIA ROMUALDO SILVA - SP320447-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente "writ" refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada promova à análise do pedido de concessão de benefício de aposentadoria por idade urbana, protocolado em 19.09.2018 sob o nº 1082654128.

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine a autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desrespeito aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nilton dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschlow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos “análise de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017”.

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança.” (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHLOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Colenda 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo,.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003786-20.2020.4.03.9999

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

PARTE AUTORA: ENEIAS SILVA NOGUEIRA

Advogados do(a) PARTE AUTORA: MERIDIANE TIBULO WEGNER - MS10627-A, ARNO ADOLFO WEGNER - MS12714-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para condenar o INSS a conceder o benefício de auxílio doença desde 15.09.2014 (data da cessação do benefício), incidindo correção monetária e juros de mora sobre as parcelas vencidas. Condenou ainda o INSS ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10%, incidentes sobre o valor das prestações vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Sentença submetida ao reexame necessário.

Sema interposição de recursos voluntários pelas partes, subiram os autos a esta E. Corte, por força da remessa oficial.

É o relatório. Decido.

Em virtude da não interposição de recursos voluntários pelas partes, passo a analisar a questão relativa à remessa oficial.

O artigo 496 do CPC de 2015 (vigente quando da prolação da sentença), dispõe o que segue:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa foi de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

...

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Cumpra observar que, embora a sentença tenha sido desfavorável ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não se encontra condicionada ao reexame necessário, considerados o valor do benefício e o lapso temporal de sua implantação, não excedente a 1.000 (mil) salários mínimos (art. 496, I, NCPC).

Com efeito, considerando que o termo inicial do auxílio doença foi fixado em 15.09.2014 e a sentença foi proferida em 11.12.2019, conclui-se que o valor da condenação não ultrapassará 1.000 (mil) salários mínimos, o que permite a aplicação da regra constante do dispositivo legal supracitado, motivo pelo qual não conheço da remessa oficial.

Ante o exposto, **não conheço da remessa oficial**, nos termos acima consignados.

Intime-se.

Após, retomemos autos à Vara de Origem.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5711706-38.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LEANDRA SILVA LOPES
Advogado do(a) APELADO: DEMETRIO FELIPE FONTANA - SP300268-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5770276-17.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE WANDERLEI SARTORATO
Advogado do(a) APELADO: RONIZE FLAVIANA DINIZ TELES BIANCHINI - SP213987-N

DECISÃO

Tendo em vista que a r. sentença recorrida condenou a autarquia na implantação de benefício previdenciário, cuja natureza é eminentemente alimentar (Arts. 114 e 33 da Lei nº 8.213/91 c/c. 1.012, § 1º, II, do Código de Processo Civil), recebo o(s) apelo(s), neste aspecto, tão somente no efeito devolutivo, facultando ao interessado a execução provisória, em primeiro grau de jurisdição, da obrigação de fazer.

No tocante ao pagamento das quantias atrasadas, recebo o(s) recurso(s) em ambos os efeitos legais, na medida em que, além de dependerem da expedição de precatório e, com isto, do trânsito em julgado da r. decisão, não possuem natureza alimentar, eis que se tratam de valores em atraso.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5764816-49.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: AGDA APARECIDA BRANDINO FERNANDES
Advogado do(a) APELANTE: FREDERICO WERNER - SP325264-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5704346-52.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: MARIA DO CARMO DE FATIMA ALCANTARA
Advogados do(a) APELANTE: DANIELA DO NASCIMENTO SANTOS - SP220176-N, REGINA APARECIDA LOPES - SP236939-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5733436-08.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: LUZIA BATISTA DE MOURA, ANA CAROLINA BATISTA DE MOURA, F. B. D. M., ROSILEIDE BATISTA DE MOURA
REPRESENTANTE: LUZIA BATISTA DE MOURA
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MARIO DE TOLEDO - SP47319-N
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MARIO DE TOLEDO - SP47319-N,
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MARIO DE TOLEDO - SP47319-N,
Advogado do(a) APELANTE: ANTONIO MARIO DE TOLEDO - SP47319-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s) em ambos os efeitos, nos termos do art. 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil - CPC/2015.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0002836-48.2015.4.03.6127
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DARCY SASSI
Advogados do(a) APELADO: ANTONIO LEANDRO TOR - SP280992-A, MARIA CLARA MESQUITA GIRIO - SP363210-A

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil- CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5006515-74.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
PARTE AUTORA: JOSE TEIXEIRA DA CRUZ
Advogados do(a) PARTE AUTORA: RHOBSON LUIZ ALVES - SP275223-A, ROSINALDO APARECIDO RAMOS - SP170780-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente "writ" refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada promova a conclusão da análise do pedido de revisão administrativa protocolado em 19/09/2019, por meio do requerimento com protocolo nº 1126205866.

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine a autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desprezo aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos "analisar de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017".

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança." (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Colegiada 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intimem-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5680266-24.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDA BATISTA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: SANDRA REGINA LEITE - SP272757-N

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, tomem conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001675-02.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
PARTE AUTORA: MARIA CRISTINA LUIZ DA CRUZ GONCALVES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Conforme se constata dos autos, a matéria versada no presente "writ" refere-se a pedido de concessão de segurança para determinar que a autoridade impetrada promova o regular processamento do pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, protocolado sob o nº 1026941832.

É a síntese do necessário.

Decido.

De início, destaco que a matéria debatida ao caso em tela não se insere na competência desta E. Terceira Seção, porquanto não está afeta à Previdência e Assistência Social, nos termos do artigo 10, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, que dispõe:

"Art. 10 - A competência das Seções e das respectivas Turmas, que as integram, é fixada em função da matéria e da natureza da relação jurídica litigiosa.

(...)

§ 3º - À Terceira Seção cabe processar e julgar os feitos relativos à Previdência e Assistência Social, excetuada a competência da Primeira Seção."

Conforme se verifica do processado, a presente ação não versa, em especial, sobre pedido de concessão/revisão de benefício previdenciário, mas sim sobre a demora na conclusão da postulação administrativa realizada. Assim sendo, a competência para julgar o recurso interposto é de uma das Turmas da Segunda Seção deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, consoante precedentes desta E. Corte.

Neste sentido:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. ANÁLISE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA 2ª SEÇÃO DO TRIBUNAL.

1. Os precedentes do Órgão Especial são no sentido de que compete à 2ª Seção do Tribunal a análise de mandado de segurança em que não se postula a concessão de benefício previdenciário, mas que se determine à autoridade impetrada a análise de requerimento administrativo, sob o fundamento de que há excessiva demora da Autarquia, com descumprimento de prazos legais e desprezo aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo (TRF da 3ª Região, Órgão Especial, CC n. 0003547-33.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nery Júnior, j. 11.04.18; CC n. 0003622-72.2017.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 25.10.17; CC n. 0014775-39.2016.4.03.0000, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, j. 10.05.17).

2. No caso dos autos, postula a impetrante a concessão de segurança para que o Gerente Executivo do Posto do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em Guarulhos "analisar de vez o requerimento de Aposentadoria por Idade nº 41/177.911.216-2 apresentado pela Impetrante, concedendo o mesmo se for o caso, desde o requerimento administrativo ocorrido em 03/02/2017".

3. Conflito de competência julgado procedente para declarar a 6ª Turma da 2ª Seção do Tribunal competente para a análise do reexame necessário em mandado de segurança." (TRF 3ª Região, CC 5007662-41.2019.4.03.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Fed. ANDRÉ NEKATSCHALOW).

Ante o exposto, redistribua-se a um dos integrantes da Coleta 2ª Seção, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

Intím-se.

São Paulo, .

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0000136-53.2015.4.03.6110
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: IZOLINA DE CAMARGO GAVASSA
Advogado do(a) APELANTE: VINICIUS GUSTAVO GAMITO RODRIGUES SILVA - SP322072-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Verifico que esta demanda envolve controvérsia relativa à possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo.

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nºs 1.674.221/SP e 1.788.404/PR como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.007.

No julgamento ocorrido em 14.08.2019, a 1ª Seção daquela Corte firmou tese no sentido que o tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontinuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo. Contudo, foi interposto recurso extraordinário pela autarquia.

O c. STJ, em juízo de admissibilidade, admitiu o recurso excepcional como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais.

Desta feita, de rigor o sobrestamento do presente feito, até o julgamento da controvérsia pela Corte Suprema, nos termos do art. 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às anotações de praxe.

Intím-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006906-03.2016.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: JOSE APARECIDO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Compulsando os autos, verifico que esta demanda envolve controvérsia acerca do termo inicial da prescrição quinquenal, para recebimento de parcelas de benefício previdenciário, em ação ajuizada visando a adequação da renda mensal inicial aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e nº 41/2003.

Registro que o C. Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais nº 1.761.874/SC, nº 1.766.553/SC e nº 1.751.667/RS como representativos da controvérsia, tendo a questão sido cadastrada como Tema Repetitivo nº 1.005, determinando a suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria.

Desta feita, de rigor o sobrestamento do presente feito, até o julgamento da controvérsia pela Corte Superior, nos termos do art. 1.036, §1º, do CPC/2015.

Proceda a Subsecretaria às anotações de praxe.

Intím-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728) Nº 5000576-58.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: ADAO PEDRO
REPRESENTANTE: APARECIDA DE JESUS SOUZA
Advogado do(a) APELADO: JAYSON FERNANDES NEGRI - MS11397-S,

DECISÃO

Recebo o(s) apelo(s) interposto(s), no que se refere à tutela antecipadamente deferida, tão somente no efeito devolutivo, conforme disposto no art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil - CPC.

No mais, em seus regulares efeitos, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo.

Intimem-se.

Após, encaminhem-se ao MPF para parecer e tomem conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017476-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÉS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: JOSE BENTO
Advogados do(a) AGRAVANTE: IVAN APARECIDO GOMES - SP362212-N, DANUZA ALVES DE ANDRADE - SP47318-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSÉ BENTO, contra decisão que indeferiu o benefício de Assistência Judiciária Gratuita, em ação previdenciária.

Sustenta a parte agravante que não auferir renda apta a afastar a concessão do pedido de gratuidade processual.

Requer seja concedido efeito suspensivo ao recurso, e ao final, provido, com a concessão da gratuidade da justiça.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, com base no artigo 101, §1º, do CPC/15, dispensei o recolhimento de custas.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente (*periculum in mora*) e a probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*).

No caso dos autos, não diviso, *prima facie*, o *fumus boni iuris* necessário para a atribuição do efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Nos termos do artigo 98 do CPC/2015, “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Já o artigo 99, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, preceitua que “O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos” e que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Diante desse contexto normativo, pode-se concluir que (i) a declaração de hipossuficiência prestada por pessoa natural presume-se verdadeira, sendo, a princípio, suficiente para a concessão do benefício da justiça gratuita; e (ii) essa presunção não é absoluta, mas sim relativa, podendo ser elidida por evidências em sentido contrário, hipótese em que o benefício será indeferido ou revogado, conforme o caso.

Isso é o que se infere, também, da jurisprudência desta C. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DA RENDA AUFERIDA PELO AUTOR. NÃO COMPROVAÇÃO DO COMPROMETIMENTO DE SEU SUSTENTO E DE SUA FAMÍLIA.

- Conforme dispõe a Lei nº 1.060, de 05.02.1950, em seu artigo 4º, *caput*, para a concessão do benefício de Assistência Judiciária Gratuita basta a simples afirmação da sua necessidade. Contudo, o mesmo dispositivo, em seu parágrafo primeiro, reconhece que a referida presunção de pobreza admite prova em contrário, podendo ser o benefício indeferido, desde que fundamentadamente.

- No caso em análise, determinou-se o recolhimento das custas processuais sob o fundamento de que de que a renda mensal recebida pela parte autora revelaria capacidade econômica para arcar com as custas processuais.

- Existem provas suficientes de que a autora possui condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo, já que a remuneração percebida pelo autor consiste em quantia razoável para os padrões brasileiros, de modo que a decisão agravada não merece reforma, até porque o autor não diligenciou no sentido de trazer aos autos qualquer documento apto a comprovar o comprometimento do orçamento com despesas extraordinárias ou situação de hipossuficiência econômica.

- Os argumentos trazidos pelo agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

- Agravo Legal ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 565783 - 0020683-14.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 30/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2015)

No caso concreto, há nos autos elementos que infirmam a declaração de hipossuficiência apresentada pela parte autora, motivo pelo qual, a princípio, deve ser mantida a decisão de primeiro grau.

Com efeito, esta C. Turma entende que se presume hipossuficiente quem auferir renda bruta mensal de até R\$ 3.000,00, valor de aproximadamente 3 salários-mínimos, e que aqueles cuja renda mensal for superior a tal quantia só fazem jus à gratuidade processual se comprovarem a existência de despesas excepcionais que os impeçam de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

A par disso, segundo se extrai do CNIS atual, o agravante recebe salário de aproximadamente R\$ 4.000,00, não tendo comprovado quaisquer despesas extraordinárias capazes de relativizar o teto adotado.

Nesse cenário, tem-se que o agravante não se desvencilhou do ônus probatório, não havendo como vislumbrar o *fumus boni iuris* necessário à concessão da tutela de urgência recursal.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000616-64.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÉS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: GISLAINE DA SILVA DE ARAUJO SOUZA
Advogado do(a) AGRAVADO: ANGELA CRISTINA BRIGANTE PRACONI - SP282493-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que julgou improcedente sua impugnação, afastando a possibilidade de desconto dos valores no período (em Atividade - CNIS 01/07/2018 20/07/2018 31/05/2019) em que a parte impugnada contribuiu para a Previdência Social como contribuinte individual.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão agravada ofende o art. 60, §7º da Lei 8213/91, que expressamente elenca retorno ao trabalho como causa de cancelamento do auxílio-doença, restando impossibilitado o recebimento simultâneo de remuneração (devida pelo desempenho de atividade laborativa) e de benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez).

Aduz, também, que a Lei 11.960/2009 continua totalmente constitucional para os débitos ainda não inscritos em precatório, devendo ser aplicada a Resolução nº 134/2010, para fins de juros e correção monetária.

Nesse sentido, requer a reforma da decisão agravada, para que seja integralmente acolhida sua impugnação, e a execução prossiga pelo valor apresentado pelo INSS.

É o relatório. Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, malgrado tenha o agravante pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao agravo, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se visar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 17 de janeiro de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015316-45.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÉS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: MARTAZA DE ARRUDA MACRI
Advogado do(a) AGRAVANTE: BERNARDO RUCKER - SP308435-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por MARTAZA DE ARRUDA MACRI, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que acolheu os cálculos da Contadoria Judicial, no valor de R\$ 65.466,51 (atualizado para 04/2017) ou R\$ 73.279,22 (atualizado para 12/2018), ressalvando ser devida a devolução de valores eventualmente recebidos a maior a título de valor incontroverso.

Aduz a parte agravante que, comprovada a legitimidade da pensionista ou dos sucessores de requerer valores não recebidos em vida pelo segurado, requer seja admitido e provido o presente agravo, reformando a decisão agravada para que a data de início dos cálculos, contada a prescrição quinquenal, seja a data de início da ação e não somente a data do recebimento da pensão por morte. Subsidiariamente, o reconhecimento de que os valores recebidos de boa-fé, a maior, não podem ser devolvidos à Autarquia.

É o relatório. Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se visar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017306-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: JOAO AUGUSTO FERNANDES
Advogado do(a) AGRAVADO: BERNARDO RUCKER - SP308435-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que acolheu parcialmente sua impugnação e o condenou em honorários advocatícios.

Sustenta que a impugnação apresentada foi instrumento indispensável para a apuração dos valores efetivamente devidos, não sendo cabível sua condenação em honorários advocatícios.

Nesse sentido, requer a concessão do efeito suspensivo ao agravo, e, ao final, o provimento do recurso.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se alegou, tampouco se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008706-61.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
AGRAVANTE: TCJUS I FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITORIOS NAO-PADRONIZADOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: BERNARDO SILVEIRA FREITAS - MG187662
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ARNALDO DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: BERNARDO RUCKER - SP308435-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se o agravado Arnaldo dos Santos para resposta, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil vigente.

Após, retomemos os autos conclusos para inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001705-98.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
APELANTE: FRANCISCO CALISTO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: NUBIELLI DALLA VALLE RORIG - MS12878-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

ID 129967611, página 100 a 105: Requer a parte autora a concessão da tutela de urgência, para a imediata implantação do benefício.

Com razão.

Nos termos do artigo 932, II, do CPC/2015, "*incumbe ao relator: [...] II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal*".

Segundo o artigo 300, do CPC/2015, "*a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*".

A legislação de regência exige, para a concessão da tutela de urgência (tutela antecipada ou cautelar), que a parte demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, entendendo-se este como a probabilidade da existência do direito alegado e aquele como o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Pretende a parte autora, nestes autos, a imediata implementação do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), visto que a sentença (Id.: 129967611, páginas 96/98) julgou procedente o pedido de concessão do benefício assistencial, com DIB na data do estudo social, mas não determinou a imediata implantação, razão pela qual o requerente fez pedido expresso em manifestação acostada aos autos páginas 100/105 por meio da tutela de urgência.

O seu pedido de tutela não foi apreciado e diante da omissão havida, o requerente apelou, visando apenas alterar a DIB, o que será considerado oportunamente, quando do julgamento de seu recurso. Diante da situação inegável de vulnerabilidade social em que o requerente se encontra, agravada certamente pela pandemia que assola nosso país e o mundo todo, fragilizando ainda mais as pessoas em estado de miserabilidade, cabe a apreciação e a concessão imediata da tutela de urgência.

Presente, pois, o *fumus boni iuris*.

O mesmo deve ser dito em relação ao *periculum in mora*, o qual decorre da natureza alimentar do benefício em questão. Ademais, diante de indícios de irreversibilidade para ambos os polos do processo, deve-se optar pelo mal menor. É dizer, na situação dos autos, o dano possível ao INSS é proporcionalmente inferior ao severamente imposto àquele que carece do benefício.

Assim, DEFIRO o requerido, determinando implantação do benefício de prestação continuada no prazo de 30 (trinta) dias, com DIB na data de juntada do estudo social, sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais).

Proceda a Subsecretaria à expedição de e-mail ao INSS, instruído com cópia dos documentos da parte autora, para que o INSS cumpra a obrigação de fazer consistente na imediata implantação do benefício de prestação continuada, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

Após, conclusos.

Publique-se. Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005695-24.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSE EDSON MOREIRA DA SILVA, contra decisão que indeferiu o pedido de Assistência Judiciária Gratuita ao ora Agravante, em Ação Revisional de Benefício Previdenciário, com a seguinte fundamentação:

“Da análise da documentação que acompanha a inicial, é possível aferir que o(a) requerente auferia renda superior ao limite previsto no art. 790, §3º, da CLT (aqui aplicável por analogia), isto é, 40% do limite máximo dos benefícios previdenciários. Assim, indefiro o pleito de assistência judiciária gratuita e concedo o prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o recolhimento das custas processuais iniciais. Cumprida a determinação supra, voltem os autos conclusos para demais deliberações. Caso contrário, façam-se os autos conclusos para sentença de extinção.”

Sustenta, o agravante, que não há nos autos elementos aptos a afastar a afirmação no sentido da impossibilidade de suportar as despesas do processo, constando, até o momento, apenas a informação de sua renda mensal bruta. Assim, não há como negar que é pobre na acepção jurídica do termo, não tendo como arcar com as custas processuais, sem prejuízo do próprio sustento e de sua família.

Requer seja o presente recurso recebido e provido, com efeito suspensivo, e, ao final, seja reformada a decisão concedendo-se os benefícios da Assistência Gratuita ao Agravante. Subsidiariamente, a anulação da r. decisão recorrida, com o retorno dos autos à instância originária, para que o D. Juízo de origem dê aplicabilidade ao comando contido no artigo 99, § 2º, do Código de Processo Civil, no sentido de, antes de indeferir o pedido de concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, determine ao Recorrente a comprovação do preenchimento dos pressupostos para a sua concessão.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, com base no artigo 101, §1º, do CPC/15, dispense o recolhimento de custas.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente (*periculum in mora*) e a probabilidade de provimento do recurso (*fumus boni iuris*).

No caso dos autos, não diviso, *prima facie*, o *fumus boni iuris* necessário para a atribuição do efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Nos termos do artigo 98 do CPC/2015, “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Já o artigo 99, §§ 2º e 3º, do CPC/2015, preceitua que “O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos” e que “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

Diante desse contexto normativo, pode-se concluir que (i) a declaração de hipossuficiência prestada por pessoa natural presume-se verdadeira, sendo, a princípio, suficiente para a concessão do benefício da justiça gratuita; e (ii) essa presunção não é absoluta, mas sim relativa, podendo ser elidida por evidências em sentido contrário, hipótese em que o benefício será indeferido ou revogado, conforme o caso.

Isso é o que se infere, também, da jurisprudência desta C. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO EM RAZÃO DA RENDA AUFERIDA PELO AUTOR. NÃO COMPROVAÇÃO DO COMPROMETIMENTO DE SEU SUSTENTO E DE SUA FAMÍLIA.

- Conforme dispõe a Lei nº 1.060, de 05.02.1950, em seu artigo 4º, caput, para a concessão do benefício de Assistência Judiciária Gratuita basta a simples afirmação da sua necessidade. Contudo, o mesmo dispositivo, em seu parágrafo primeiro, reconhece que a referida presunção de pobreza admite prova em contrário, podendo ser o benefício indeferido, desde que fundamentadamente.

- No caso em análise, determinou-se o recolhimento das custas processuais sob o fundamento de que de que a renda mensal recebida pela parte autora revelaria capacidade econômica para arcar com as custas processuais.

- Existem provas suficientes de que a autora possui condições econômicas para suportar as custas e despesas do processo, já que a remuneração percebida pelo autor consiste em quantia razoável para os padrões brasileiros, de modo que a decisão agravada não merece reforma, até porque o autor não diligenciou no sentido de trazer aos autos qualquer documento apto a comprovar o comprometimento do orçamento com despesas extraordinárias ou situação de hipossuficiência econômica.

- Os argumentos trazidos pelo agravante não são capazes de desconstituir a Decisão agravada.

- Agravo Legal ao qual se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 565783 - 0020683-14.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 30/11/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2015)

No caso concreto, há nos autos elementos que infirmam a declaração de hipossuficiência apresentada pela parte autora, motivo pelo qual, a princípio, deve ser mantida a decisão de primeiro grau.

Com efeito, esta C. Turma entende que se presume hipossuficiente quem auferir renda bruta mensal de até R\$ 3.000,00, valor de aproximadamente 3 salários-mínimos, e que aqueles cuja renda mensal for superior a tal quantia só fazem jus à gratuidade processual se comprovarem a existência de despesas excepcionais que os impeçam de arcar com as despesas processuais sem prejuízo de sua subsistência.

A par disso, segundo se extrai do CNIS atual, o autor recebe como empregado da empresa Ligiqúas Distribuidora S/A, salário mensal superior a R\$ 3.000,00, além de receber proventos de aposentadoria acima de R\$ 2.000,00, não tendo comprovado quaisquer despesas extraordinárias capazes de relativizar o teto adotado.

Nesse cenário, tem-se que o agravante não se desvencilhou do ônus probatório, não havendo como vislumbrar o *fumus boni iuris* necessário à concessão da tutela de urgência recursal.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001815-50.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: LAURO TEIXEIRA VESPASIANO LEITE
Advogados do(a) APELADO: ENZO SCIANNELLI - SP98327-A, JOSE ABILIO LOPES - SP93357-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 128137012: nada a decidir. O C. STJ determinou, expressamente, a suspensão da tramitação de todos os feitos que versem sobre a "*possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo*".

Intime-se e cumpra-se a determinação ID 125523168.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0005537-08.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: ANTONIO SANTANA LEAL
Advogado do(a) APELANTE: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais REsp 1.830.508, REsp 1.831.371 e REsp 1.831.377, todos da relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "*Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo*".

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1.031", na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando, ainda, a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/10/2019).

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0007277-91.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FRANCISCO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ANDREA APARECIDA MONTEIRO - SP174964-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 132001574: manifestou a parte autora seu interesse na guarda definitiva dos autos físicos e/ou dos documentos originais, contudo, informou sua patrona que, por se encontrar em grupo de risco, não poderia se dirigir presencialmente para a retirada.

O exercício do direito conferido no artigo 10 e parágrafo único da Resolução PRES/TRF3 n.º 278/2019, com a redação dada pela Resolução PRES/TRF3 n.º 331/2020, independe de nova intimação e poderá se dar em qualquer momento, até que seja emitida regulamentação sobre a destinação que será dada, no âmbito deste Tribunal, aos autos físicos virtualizados.

Intime-se, após, retomem os autos conclusos para julgamento em momento oportuno.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002097-77.2011.4.03.6107
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: ARLINDO RODRIGUES
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE BERALDO AFONSO - SP210916-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 127764326: aponta a parte autora supostas irregularidades na digitalização dos autos físicos.

No que tange às páginas com orientação invertida, em que pese compreender o transtorno para visualização dos documentos, fato é que o sistema oferece o recurso para que se gire a página, de sorte que não reconheço a necessidade de nova digitalização.

Intime-se, após, prossiga o processamento do recurso excepcional interposto.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007927-21.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
PARTE AUTORA: ESTER GARCIA DE ABREU
Advogado do(a) PARTE AUTORA: NAIRAN BATISTA PEDREIRA JUNIOR - SP268447-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de remessa necessária de sentença de parcial procedência que determinou a averbação e o cômputo como carência dos períodos de 11.06.1975 a 23.10.1980 e 25.08.2014, bem como condenou o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por idade.

Não houve interposição de recurso voluntário.

Decido.

Descabida a remessa necessária no presente caso.

A sentença submetida à apreciação desta Corte foi proferida em 19 de março de 2020, sob a égide, portanto, do Código de Processo Civil de 2015.

De acordo com o artigo 496, §3º do CPC/2015:

"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa."

No caso, o pedido foi julgado parcialmente procedente para reconhecer os períodos de 11.06.1975 a 23.10.1980 e o dia 25.08.2014 e condenar o INSS a conceder o benefício de aposentadoria por idade à parte autora, desde a data do requerimento administrativo (12.12.2013).

Constata-se, portanto, que, desde o termo inicial do benefício até a data da prolação da r. sentença, contam-se 75 (setenta e cinco) meses, cujo montante, mesmo que considerado o teto da Previdência Social, devidamente corrigido e com a incidência de juros de mora e verba honorária, se afigura inferior ao limite de alçada estabelecido na lei processual, razão pela qual incabível a remessa necessária.

Por estes fundamentos, **não conheço** da remessa necessária, nos termos do artigo 496, § 3º, I, do CPC/2015.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, devolvam-se os autos ao Juízo de 1º grau, para cumprimento da r. sentença qualificada com o trânsito em julgado.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5004303-72.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: ANTONIO EVERALDO DE CASTRO LUZ
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO GONCALVES DIAS - SP286841-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Tendo em vista a possibilidade de concessão de efeitos infringentes, intime-se a parte autora a se manifestar acerca dos embargos declaratórios (ID 128413437, págs. 01/08) opostos pelo INSS, no prazo de 05 (cinco) dias, nos termos do art. 1023, § 2º do CPC/2015.

Após, voltem conclusos.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5001403-76.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: DAVID ARTHUR CESTARI
Advogado do(a) APELANTE: TONIA ANDREA INOCENTINI GALLETI - SP177889-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Verifico que foi interposto recurso extraordinário pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.554.596/SC, fixou a seguinte tese (Tema 999): "Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30, da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999".

Presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, admitiu o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional.

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intím-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5012309-34.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: APARECIDO DO AMARAL
Advogado do(a) APELADO: LEONARDO DINIZ HOMEM BAHIA - MG114022-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (NB 088.341.532-1 - DIB 01/03/1991), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, como pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

A r. sentença julgou procedente o pedido, para determinar ao réu a revisão do benefício do autor, aplicando-se a majoração do teto do benefício estabelecido pelas EC's n. 20/98 e 41/03. Condenou o INSS, ainda, ao pagamento das prestações atrasadas, observada a prescrição quinquenal, acrescido de correção monetária e juros de mora, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas, apuradas até a prolação da sentença (Súmula 111 do STJ).

Sentença não submetida ao reexame necessário.

Apelou o INSS, aduzindo, preliminarmente, a ocorrência de decadência e prescrição. No mérito, sustenta a improcedência do pedido. Se esse não for o entendimento, requer a alteração dos índices de correção monetária e juros de mora, além da redução dos honorários sucumbenciais.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer contábil judicial às fls. 36/40 (id. 134000623/7).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, entendo ser possível a prolação de decisão monocrática no presente caso, a teor do artigo 932, incisos IV e V, do CPC de 2015.

Ainda, de início, verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 do CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (artigo 1.009 do CPC) e tempestividade (art. 1.003 do CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo, nos termos do artigo 1.011 do CPC.

De início, ainda, não conheço da apelação do INSS quanto à alegação de aplicação de prescrição, uma vez que a r. sentença decidiu neste sentido.

In casu, verifico que o objeto da apelação é o benefício em manutenção e não o ato de seu deferimento, descabe falar na ocorrência da decadência prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, que se refere ao perecimento do direito de como se calcula a renda mensal inicial.

Ainda que a decadência tenha sido inserida no art. 103 da Lei 8.213/91 somente com a redação dada pela Medida Provisória nº 1523-9, DOU de 28/06/1997 (e, posteriormente, pelas Leis 9.528/1997, 9.711/1998 e 10.839/2004), a presente ação busca a revisão de benefício previdenciário, mediante a aplicação dos limites máximos (teto) revistos na EC 20/98 e EC 41/03 aos cálculos originais, de modo que não há que se falar em decadência, por não haver qualquer pretensão à revisão da renda inicial do benefício.

No mérito, cuida-se de ação em que pleiteia a parte autora a revisão da renda mensal de seu benefício, mediante a observância dos novos tetos constitucionais.

Com efeito, observe que as Emendas Constitucionais nºs. 20, de 16/12/1998, e 41, de 31/12/2003, reajustaram o teto máximo de pagamento da Previdência Social, ao disporem, *in verbis*:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41/2003)

Contudo, o tema, antes controvertido, restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no julgamento dos autos RE 564354/SE, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, sendo a decisão publicada no DJe-030 de 14-02-2011:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

Assim, tais dispositivos possuem aplicação imediata, sem qualquer ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, de modo que seus comandos devem alcançar os benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência, ainda que concedidos antes da vigência dessas normas, bem como os que forem concedidos a partir delas, passando todos os que se enquadrarem nessa situação a observar o novo teto constitucional.

Ressalte-se que não é necessário que o segurado esteja recebendo o valor limitado ao teto vigente ao tempo da promulgação das respectivas Emendas Constitucionais, pois, conforme se extrai de trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia, a aplicação imediata do novo teto é possível àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, ou seja, basta que tenham sido limitados ao teto vigente quando de sua concessão.

Mister ressaltar que o intuito de tal entendimento é diminuir a perda sofrida pelo segurado que teve seu salário de benefício limitado ao teto, razão pela qual somente esses casos enquadram-se nessa equiparação, pois não se está aplicando um mero reajuste.

In casu, contudo, conforme parecer contábil judicial de fls. 36/40 (id. 13400623/7) "o segurado não obteve vantagem com a readequação das rendas mensais em relação aos tetos das EC's 20/98 e 41/03." (grifei)

Desta forma, o benefício do apelado (NB 088.341.532-10 - DIB 01/03/1991) não sofreu referida limitação, sendo indevida a revisão de sua renda mensal referente aos novos tetos previdenciários estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs. 20/1998 e 41/2003, cabendo reformar a r. sentença com o julgamento de improcedência do pedido.

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Revogo, por consequência, a tutela antecipada concedida pela r. sentença. Comunique-se ao INSS, pelo meio mais expedito, instruindo a comunicação com as peças necessárias.

A questão referente à eventual devolução dos valores recebidos a este título deverá ser analisada e decidida em sede de execução, nos termos do artigo 302, I, e parágrafo único, do CPC/2015, e de acordo com o que restar decidido no julgamento do Tema 692, pelo C. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **rejeito as matérias preliminares e, no mérito, dou provimento à apelação do INSS**, para julgar improcedente o pedido e determinar a revogação da tutela de urgência, na forma da fundamentação.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem.

P.I.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005979-78.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: DEJANIR APARECIDO BOTARO
Advogado do(a) APELANTE: VANUSA RODRIGUES - SP335496-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (NB 025.012.607-9 - DIB 25/02/1995), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, com o pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

A r. sentença julgou improcedentes os pedidos formulados, resolvendo o mérito (artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil) e condenou a parte ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% (dez por cento) incidente sobre o valor atualizado da causa (cf. artigo 85, § 4º, inciso III), observada a suspensão prevista na lei adjetiva (§§ 2º e 3º do artigo 98), por ser beneficiária da justiça gratuita.

Irresignada, apelou a parte autora, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa e, no mérito, requerendo a procedência da demanda, nos termos da inicial.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

Parecer contábil judicial às fls. 44/8 (id. 134352613 r 134352616/9).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, entendo ser possível a prolação de decisão monocrática no presente caso, a teor do artigo 932, incisos IV e V, do CPC de 2015.

Ainda, de início, verifico, em juízo de admissibilidade, que o recurso ora analisado mostra-se formalmente regular, motivado (artigo 1.010 do CPC) e com partes legítimas, preenchendo os requisitos de adequação (artigo 1.009 do CPC) e tempestividade (art. 1.003 do CPC). Assim, presente o interesse recursal e inexistindo fato impeditivo ou extintivo, recebo-o e passo a apreciá-lo, nos termos do artigo 1.011 do CPC.

A matéria tratada no presente feito é exclusivamente de direito, não havendo que se falar em cerceamento de defesa, podendo a lide ser julgada antecipadamente, ante a desnecessidade da produção de qualquer prova, vez que presente nos autos as provas suficientes ao convencimento do julgador. Nesse sentido o seguinte julgado: AC 0008372-59.2008.4.03.6103, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, OITAVA TURMA, j. 17.06.2013, DJe 28.06.2013.

No mais, há parecer contábil judicial acostado às fls. 44/8 (id. 134352613 r 134352616/9).

No mérito, cuida-se de ação em que pleiteia a parte autora a revisão da renda mensal de seu benefício, mediante a observância dos novos tetos constitucionais.

Com efeito, observo que as Emendas Constitucionais ns. 20, de 16/12/1998, e 41, de 31/12/2003, reajustaram o teto máximo de pagamento da Previdência Social, ao disporem, *in verbis*:

Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 20/1998)

Art. 5º O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), devendo, a partir da data de publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (EC n. 41/2003).

Contudo, o tema, antes controvertido, restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral, no julgamento dos autos RE 564354/SE, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, sendo a decisão publicada no DJe-030 de 14-02-2011:

DIREITOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada. 2. Não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional. 3. Negado provimento ao recurso extraordinário.

Assim, tais dispositivos possuem aplicação imediata, sem qualquer ofensa ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, de modo que seus comandos devem alcançar os benefícios previdenciários limitados ao teto do regime geral de previdência, ainda que concedidos antes da vigência dessas normas, bem como os que forem concedidos a partir delas, passando todos os que se enquadrarem nessa situação a observar o novo teto constitucional.

Ressalte-se que não é necessário que o segurado esteja recebendo o valor limitado ao teto vigente ao tempo da promulgação das respectivas Emendas Constitucionais, pois, conforme se extrai de trechos do voto da Ministra Cármen Lúcia, a aplicação imediata do novo teto é possível àqueles que percebem seus benefícios com base em limitador anterior, ou seja, basta que tenham sido limitados ao teto vigente quando de sua concessão.

Mister ressaltar que o intuito de tal entendimento é diminuir a perda sofrida pelo segurado que teve seu salário de benefício limitado ao teto, razão pela qual somente esses casos enquadram-se nessa equiparação, pois não se está aplicando um mero reajuste.

In casu, contudo, conforme parecer contábil judicial às fls. 44/8 (id. 134352613 r 134352616/9) “a revisão dos tetos realizada pelo INSS apresenta-se em total consonância com os conceitos emanados pelo RE nº 564.354/SE, conforme demonstrativos anexos, além disso, aderindo ao instituto da prescrição quinquenal, **inexistiriam diferenças em favor do segurado**, já que esta ação foi interposta em 02/05/2018, garantindo-lhe vantagens a partir de 02/05/2013, data esta em que já possuía renda mensal readequada aos tetos constitucionais.”

Destá forma, o benefício do apelante (NB 025.012.607-9 - DIB 25/02/1995) não sofreu referida limitação, sendo indevida a revisão de sua renda mensal referente aos novos tetos previdenciários estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nºs. 20/1998 e 41/2003, cabendo confirmar a r. sentença de improcedência, neste ponto.

Determino, por fim, a majoração da verba honorária em 2% (dois por cento) a título de sucumbência recursal, nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC/2015, cuja exigibilidade observará o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950 (artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil/2015), por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Ante o exposto, **rejeito à matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação da parte autora**, na forma da fundamentação.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem.

P.I.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0008109-42.2009.4.03.6119
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: VLADIMIR DIAS RIBEIRO
Advogado do(a) APELANTE: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os Recursos Especiais 1.831.371/SP, 1.831.377/PR e 1.830.508/RS, todos da relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos (CPC, art. 1.036). A matéria neles debatida, consistente na discussão quanto à: "Possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo."

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1031" na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando, ainda, a determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (acórdão publicado no DJe de 21/10/2019).

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intím-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0001630-11.2015.4.03.6123

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FRANCISCO ALGABAS LOPES

Advogado do(a) APELADO: JOAO OSVALDO BADARI ZINSLY RODRIGUES - SP279999-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Verifico que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os processos REsp 1761874/SC, REsp 1766553/SC e REsp 1751667/RS, selecionados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região como representativo da controvérsia (CPC, art. 1.036), relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, para uniformizar o entendimento da matéria naquele C. Tribunal sobre o seguinte título: "*Reflexo do ajuizamento da Ação Civil Pública n. 0004911-28.2011.4.03.6183 na fluência do prazo prescricional de valores de trato sucessivo reconhecidos judicialmente.*"

A questão em análise foi cadastrada como "TEMA REPETITIVO N. 1005", na base de dados do Superior Tribunal de Justiça, observando a necessidade de suspensão da tramitação de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão, em todo o território nacional (acórdão publicado no DJe de 7/2/2019).

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intím-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007160-17.2018.4.03.6183

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: ANTONIO MOREIRA SANTOS

Advogados do(a) APELADO: MARIANA CARVALHO BIERBRAUER VIVIANI - SP287590-A, HUMBERTO BENITO VIVIANI - SP76239-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Verifico que foi interposto recurso extraordinário pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.554.596/SC, fixou a seguinte tese (Tema 999): "Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999".

Presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, admitiu o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional.

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intím-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5147260-49.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: MARIA DORCELINA DE CARVALHO
Advogado do(a) APELANTE: BRUNO BARROS MIRANDA - SP263337-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos por MARIA DORCELINA DE CARVALHO contra decisão interlocutória por mim proferida, em que indeferi o pleito de tutela provisória.

Em suas razões recursais (ID 131986867), alegou contradição e omissão, haja vista que entende ter preenchido os requisitos para concessão do benefício.

É o relatório. Decido.

Na forma do artigo 1.022 do Código de Processo Civil são hipóteses de cabimento dos embargos de declaração em face de qualquer decisão judicial a existência de erro material, de obscuridade, de contradição ou de omissão relativa a ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.

Não reconheço a existência de contradição ou omissão na decisão proferida que ora reproduzo:

“[...] Indefiro o pedido de concessão de tutela antecipada, considerando que a sentença de primeiro grau de jurisdição julgou improcedente o pedido. Conveniente frisar que o pronunciamento judicial realizado na sentença é exauriente, enquanto todo e qualquer juízo de valor exercido em sede de tutela de urgência é superficial, resultado de cognição sumária compatível com o momento processual, razões pelas quais inverter-se a sorte do processo tão-somente com base nele representaria a subversão do sistema. [...]”

Dessa forma, verifica-se que o presente recurso pretende rediscutir matéria já decidida por este órgão julgador, emprestando-lhe indevida natureza infringente, o que não é possível em sede de declaratórios. Precedentes: 3ª Seção, EDcl em EDcl em EInf nº 0006055-03.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni, j. 28/05/2015, DJe 11/06/2015; TRF3, 7ª Turma, APELREEX 0001070-88.2012.4.03.6183, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, j. 30/11/2015, DJe 03/12/2015.

Cumpra observar que os embargos de declaração têm a finalidade de esclarecer obscuridades, contradições e omissões do provimento judicial, acaso existentes. Não é instrumento processual viável à manifestação de inconformismo ou rediscussão do decidido, ausentes as hipóteses delineadas no art. 1.022, I e II, do Código de Processo Civil. Precedentes: STJ, EDcl no AgRg no RMS 45707, Rel. Min. Felix Fischer, j. 09/06/2015 e EDcl no Ag 1104774/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 07/08/2014, DJe 22/08/2014.

Ante o exposto, **nego provimento aos embargos de declaração** opostos pela parte autora.

Intímem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000868-16.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: FERNANDO JOSE RODRIGUES MOREIRA
Advogado do(a) APELANTE: ANIS SLEIMAN - SP18454-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora contra a decisão que determinou a suspensão do processo.

Sustenta o embargante haver **erro material** no *decisum*, uma vez que, no presente feito, não se pleiteou, nem mesmo indiretamente, “a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício”.

Requer, por assim, o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que seja sanado o vício apontado.

É o relatório.

Decido.

Cumpra salientar que, neste caso, não se fazem presentes quaisquer das hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil a autorizar o provimento dos embargos.

Como se observa, trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (DIB anterior à CF), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, com o pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

É de se ressaltar que a decisão determinou a suspensão do processo, nos seguintes termos:

“Vistos.

Cumpra-se a Terceira Seção desta E. Corte, em Sessão realizada em 12/12/2019, admitiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (processo nº 5022820-39.2019.4.03.0000), instaurado pelo INSS, objetivando a fixação das seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: “a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”.

Por consequência da admissão do IRDR, foi determinada a suspensão de todos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta no referido incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais, nos termos do artigo 982, I, do CPC/2015.

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino a suspensão do feito até o julgamento definitivo do IRDR acima citado.

Intimem-se.”

Com efeito, constata-se que a decisão embargada não apresenta o alegado erro material, ou contradição, ou mesmo obscuridade ou omissão.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração opostos.**

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004898-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
AGRAVANTE: ROBSON CARLOS SOARES LEITE
Advogado do(a) AGRAVANTE: CAROLINE BORDINHON MARCATI - SP375226-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, contra decisão proferida pelo Juízo de origem que, em ação de conhecimento, de natureza previdenciária, revogou os benefícios da justiça gratuita.

Em decisão proferida (ID 126081072), o efeito suspensivo foi indeferido e, na oportunidade, determinado o recolhimento das custas processuais, nos termos da Resolução nº 138 da Presidência deste Tribunal, de 06/07/2017, no prazo de 05 dias, sob pena de não conhecimento do recurso.

Decido.

Consoante orientação contida na Resolução nº 138, de 06 de julho de 2017, da Presidência deste Tribunal, ao interpor o recurso de agravo, deve o recorrente providenciar o recolhimento das custas do preparo, conforme Tabela de Custas devidas à União.

A despeito de devidamente intimada, a parte agravante desatendeu a ordem judicial (ID 136330613).

Assim, impõe-se a aplicação da pena de deserção, nos termos do art. 1.007, *caput* e §4º, do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, **não conheço do presente agravo de instrumento**, nos termos do art. 932, III, do CPC.

Ciência ao Juízo *a quo*.

Intime-se.

Decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006368-25.2013.4.03.6119
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: WALTER RIBEIRO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: JOSE FERREIRA BRASIL FILHO - SP134312-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Tendo em vista a concordância da parte autora (ID 130893030) quanto aos termos apresentados pela autarquia previdenciária (ID 90034455, p. 92-93), **homologo o acordo firmado entre os litigantes**, nos termos do art. 487, III, b, do CPC/2015, e **dou por prejudicada** a análise do(s) recurso(s) interpostos.

Após os procedimentos de praxe, baixem os autos ao juízo de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017812-47.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: JORGE AUGUSTO NONES, EDSON ALVES DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDSON ALVES DOS SANTOS - SP158873-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDSON ALVES DOS SANTOS - SP158873-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JORGE AUGUSTO NONES e seu advogado EDSON ALVES DOS SANTOS, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença que acolheu os cálculos da Contadoria Judicial e não arbitrou honorários.

Sustentam que os cálculos de liquidação teriam sido elaborados com erro material na digitação dos índices de correção monetária atinentes às competências de FEVEREIRO/2000 e MAIO/2002, conforme pode se verificar por simples leitura da petição de folhas 228/231 dos autos principais. No entanto, em nenhum momento do r. decisum a eminente Juíza de primeiro grau apreciou a tese defendida, tendo simplesmente HOMOLOGADO os cálculos elaborados pela contadoria. Aduzem que a adoção dos índices corretos de correção monetária quanto às competências de FEVEREIRO/2000 e MAIO/2002, fazem com que exista diferença de R\$ 2.224,61 (dois mil, duzentos e vinte e quatro reais e sessenta e um centavos) a título de principal e de R\$ 222,45 (duzentos e vinte e dois reais e quarenta e cinco centavos) a título de honorários sucumbenciais, que merecem ser acrescidos ao cálculo do contador. Por fim, alegam que havendo impugnação pelo INSS na fase de cumprimento de sentença, e tendo ele sucumbido em sua pretensão, necessária se faz a fixação de honorários sucumbenciais para a fase de cumprimento de sentença.

Requerem:

- "a) seja garantida a tramitação prioritária do presente feito, nos termos do artigo 1.048, inciso I, do Código de Processo Civil, vez que o agravante JORGE AUGUSTO NONES possui idade superior a 60 (sessenta) anos (nascido em 11/08/1958);*
- b) seja reconhecida a NULIDADE da r. decisão agravada, determinando-se o retorno dos autos à origem, para que nova decisão seja proferida, desta vez com a apreciação da questão omissa naquele decisum; ou*
- c) seja apreciado o mérito do presente recurso diretamente nesta instância:*
- c.1) HOMOLOGANDO-SE os cálculos de liquidação atinentes ao presente feito, como sendo R\$910.365,60 (novecentos e dez mil, trezentos e sessenta e cinco reais e sessenta centavos) a título de principal, bem como R\$63.123,47 (sessenta e três mil, cento e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) a título de verba honorária sucumbencial; e*
- c.2) condenando-se o INSS ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais para a fase de cumprimento de sentença,*

*em percentual incidente sobre a diferença entre os cálculos
defendidos pela Autarquia em impugnação e aqueles que restarem
definitivamente HOMOLOGADOS in casu.”*

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 0014558-35.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 25 - DES. FED. CARLOS DELGADO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELZA BENEDITA FERNANDES LOPES
Advogado do(a) APELADO: IVONETE APARECIDA DE OLIVEIRA - SP79703-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 134529875: requereu a parte autora esclarecimento quanto à possibilidade de guarda pessoal de documentos ou da integralidade dos autos, haja vista que o feito tramitavam em suporte físico no juízo de origem.

Considerando que a questão ainda não se encontra regulamentada pela Presidência deste e. Tribunal, aguarde-se ato regulamentar nesse sentido.

Ressalto não haver prejuízo às partes, haja vista que o(s) recurso(s) interposto(s) em face da sentença se encontra(m) pendente(s) de apreciação.

Intime-se, após, retomem os autos conclusos para julgamento.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004402-19.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ANGELINA XAVIER DE AGUIAR
Advogado do(a) AGRAVADO: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença que fixou a verba honorária em 20% sobre o montante executado.

Sustenta o agravante que a verba honorária somente deve incidir sobre o valor embargado e que for posteriormente considerado devido pelo Juízo.

Requer requer seja provido o presente recurso para fixar a verba honorária no percentual mínimo de 10% sobre o valor controvertido, nos termos do art. 85 do CPC e acima arrazoado.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006479-98.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 22 - DES. FED. INÊS VIRGÍNIA
AGRAVANTE: MARCIO ROGERIO QUEIROZ
Advogado do(a) AGRAVANTE: SILMARA APARECIDA SALVADOR - SP163154-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARCIO ROGÉRIO QUEIROZ, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, que acolheu os cálculos apresentados pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

Sustenta que o MM. Juiz homologou o cálculo apresentado pelo Agravado, sob o fundamento de que a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência foi prolatada em 21/11/2018, não havendo como a parte exequente efetuar cobrança de valores a título de auxílio-doença do período de fevereiro a outubro de 2018. Acontece que apesar da decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência, ter sido prolatada em 21/11/2018, foi clara e determinou que o Instituto/Agravado restabelecesse à parte Agravante, o benefício do auxílio doença, até 15 de dezembro de 2018, benefício esse que havia sido cessado em 20/02/2018. Assim, ao restabelecer o benefício do auxílio doença, confirma-se a continuidade do estado incapacitante desde a data do cancelamento (20/02/2018), reativando o benefício que havia sido cessado, sendo devido, portanto o pagamento desde a data da cessação.

Nesse sentido, requer a reforma de decisão agravada, para o fim de conceder ao Agravante o recebimento do seu benefício previdenciário devidamente restabelecido, concluindo-se correto o cálculo por ele apresentado nos autos de cumprimento de sentença.

É o relatório. DECIDO.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ou seja, para a atribuição do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, é necessário que a ausência deste resulte lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente.

No caso dos autos, não se demonstrou que a manutenção da decisão agravada até o julgamento final do presente recurso tenha o condão de lhe gerar qualquer dano concreto.

Sendo assim, não há como se divisar que a manutenção da decisão agravada até o final julgamento deste recurso possa ensejar efetiva lesão grave e de difícil reparação à parte agravante, o que interdita a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, eis que não atendidos os requisitos do artigo 1.019, inciso I, c.c o artigo 995, parágrafo único, ambos do CPC/15.

Com tais considerações, INDEFIRO O EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Comunique-se ao juízo a quo e intime-se a parte agravada, nos termos dos incisos I e II, do artigo 1.019, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Intime-se.

/gabin/...

São Paulo, 6 de abril de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5006982-68.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: REINALDO VENTURINI
Advogado do(a) APELANTE: ANIS SLEIMAN - SP18454-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora contra a decisão que determinou a suspensão do processo.

Sustenta o embargante haver **erro material** no *decisum*, uma vez que, no presente feito, não se pleiteou, nem mesmo indiretamente, “a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício”.

Requer, por assim, o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que seja sanado o vício apontado.

É o relatório.

Decido.

Cumpra salientar que, neste caso, não se fazem presentes quaisquer das hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil a autorizar o provimento dos embargos.

Como se observa, trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (DIB anterior à CF), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, com o pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

É de se ressaltar que a decisão determinou a suspensão do processo, nos seguintes termos:

“Vistos.

Cumpra observar que a Terceira Seção desta E. Corte, em Sessão realizada em 12/12/2019, admitiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (processo nº 5022820-39.2019.4.03.0000), instaurado pelo INSS, objetivando a fixação das seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: “a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”.

Por consequência da admissão do IRDR, foi determinada a suspensão de todos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta no referido incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais, nos termos do artigo 982, I, do CPC/2015.

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino a suspensão do feito até o julgamento definitivo do IRDR acima citado.

Intimem-se.”

Com efeito, constata-se que a decisão embargada não apresenta o alegado erro material, ou contradição, ou mesmo obscuridade ou omissão.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração opostos.**

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5006052-84.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: GIOVANNI IORIO
Advogado do(a) APELANTE: ANIS SLEIMAN - SP18454-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte autora contra a decisão que determinou a suspensão do processo.

Sustenta o embargante haver **erro material** no *decisum*, uma vez que, no presente feito, não se pleiteou, nem mesmo indiretamente, “a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício”.

Requer, por assim, o acolhimento dos presentes embargos de declaração para que seja sanado o vício apontado.

É o relatório.

Decido.

Cumpra salientar que, neste caso, não se fazem presentes quaisquer das hipóteses do art. 1.022 do Código de Processo Civil a autorizar o provimento dos embargos.

Como se observa, trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando a revisão de aposentadoria especial (DIB anterior à CF), mediante a readequação do valor do benefício aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03, com o pagamento das diferenças integralizadas, acrescido de consectários legais.

É de se ressaltar que a decisão determinou a suspensão do processo, nos seguintes termos:

“Vistos.

Cumpra observar que a Terceira Seção desta E. Corte, em Sessão realizada em 12/12/2019, admitiu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (processo nº 5022820-39.2019.4.03.0000), instaurado pelo INSS, objetivando a fixação das seguintes teses jurídicas em precedente de observância obrigatória: “a) para os benefícios concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 é vedada a utilização do RE 546.354-SE para fins de alteração do “menor valor teto” ou, mais amplamente, de qualquer alteração da metodologia de cálculo do valor do benefício; b) Considerando a ausência de limites temporais em relação ao decidido no RE 546.354-SE, tal readequação aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais n. 20/98 e 41/03 depende da demonstração, na fase de conhecimento, que ocorreu limitação do benefício à 90% do “maior valor teto”, sob pena de improcedência da demanda”.

Por consequência da admissão do IRDR, foi determinada a suspensão de todos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta no referido incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais, nos termos do artigo 982, I, do CPC/2015.

Nesses termos, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino a suspensão do feito até o julgamento definitivo do IRDR acima citado.

Intimem-se.”

Com efeito, constata-se que a decisão embargada não apresenta o alegado erro material, ou contradição, ou mesmo obscuridade ou omissão.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração opostos.**

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005494-15.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 23 - DES. FED. TORU YAMAMOTO
APELANTE: JOAO GOMES DE OLIVEIRA FILHO
Advogado do(a) APELANTE: TONIA ANDREA INOCENTINI GALLETI - SP177889-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Verifico que foi interposto recurso extraordinário pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.554.596/SC, fixou a seguinte tese (Tema 999): "Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999".

Presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do artigo 1.036, § 1º, do Código de Processo Civil, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, admitiu o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma controvérsia em trâmite em todo o território nacional.

Assim, levando-se em conta a questão discutida na presente demanda, determino o sobrestamento do feito.

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 8ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006285-86.2015.4.03.6103
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: EVA DOS SANTOS
Advogados do(a) APELANTE: JOSE MARCOS DE LIMA - SP264517-A, EZILDO SANTOS BISPO JUNIOR - SP271725-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando o reconhecimento de períodos de atividade nocente para fins de viabilizar a concessão da aposentadoria especial ou por tempo de contribuição.

Junta documentos.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita e a tutela antecipada.

Contestado o feito e oferecida a réplica, sobreveio sentença de extinção do processo, sem julgamento de mérito, em relação ao período atividade nocente de 21/08/1985 a 09/03/1993, reconhecido pela autarquia, e de parcial procedência para reconhecer a atividade nocente nos períodos de 23/09/1996 a 05/03/1997, de 01/06/1998 a 31/03/1999 e de 01/08/1999 a 30/04/2004. Verificado tempo insuficiente para a concessão da(s) benesse(s).

Determinada a sucumbência recíproca, com a condenação das partes em custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 6.221,26 (seis mil duzentos e vinte e um reais e vinte e seis centavos), observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC em relação à parte autora.

Revogada a antecipação da tutela.

Feito não submetido ao reexame obrigatório.

inconformada apela à parte autora alega apenas o que possui tempo suficiente para se aposentar considerando os períodos de atividade docente reconhecidos bem como o tempo de serviço incontroverso apurado pela autarquia.

Sem contrarrazões, vieram os autos a essa Corte.

DECIDO

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar ao que ocorria no artigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil e, tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Verifica-se que a questão dos autos cinge-se exclusivamente à contagem do tempo necessário para a parte autora obter a benesse pretendida, considerando que a autarquia resignou-se com a sentença proferida.

Pelo que se percebe no recurso interposto, a parte autora (do sexo feminino), utiliza erroneamente o fator 1.4 para conversão em tempo comum, dos períodos de atividade especial reconhecidos, quando o correto é a utilização do fator 1.2, consoante a tabela do Decreto 3.048/99, artigo 70, com novel redação dada pelo Decreto 4.827/03.

A guisa de exemplo, alega que o período reconhecido administrativamente de 21/08/1985 a 09/03/1993, correspondente a 07 anos, 6 meses e 19 dias, com a conversão resultaria em 10 anos, 06 meses e 26 dias, o que é incorreto, pois com a utilização do fator 1.2, o correto é o apurado pela autarquia, 9 anos e 22 dias.

Portanto, está correta a contagem efetuada pelo r. juízo, que verificou na data do requerimento administrativo, que a parte autora possui somente 16 anos, 03 meses e 22 dias de atividades especiais ou 28 anos, 08 meses e 11 dias de atividades comuns, insuficientes para a concessão da(s) benesse(s) pretendida(s).

Diante do exposto **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO**, nos termos da fundamentação retro.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos à vara de origem.

Intimem-se.

Publique-se.

scorea

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000267-82.2016.4.03.6113

RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS

APELANTE: LUCIMEIRE EUGENIO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELANTE: TIAGO FAGGIONI BACHUR - SP172977-A, FABRICIO BARCELOS VIEIRA - SP190205-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, LUCIMEIRE EUGENIO DA SILVA

Advogados do(a) APELADO: TIAGO FAGGIONI BACHUR - SP172977-A, FABRICIO BARCELOS VIEIRA - SP190205-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o reconhecimento de labor exercido sob condições especiais, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial ou, alternativamente, a conversão dos mencionados interstícios em tempo de serviço comum, para obter o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer os períodos de 01.12.1986 a 18.05.1991, 01.11.1991 a 28.04.1995, 29.04.1995 a 27.04.1999 e de 01.06.1999 a 24.05.2006, como atividade especial exercida pela autora, convertidos em tempo de serviço comum, a fim de conceder-lhe o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em sua forma integral, a partir da data do requerimento administrativo, qual seja, 31.03.2015. Indeferida a tutela antecipada. Consectários explicitados. Honorários advocatícios a serem fixados na fase de liquidação da sentença, nos termos do art. 85, § 4º, do CPC. Custas na forma da lei.

Apelou a parte autora, pretendendo o reconhecimento de atividade especial na integralidade dos períodos vindicados, a fim de obter o benefício de aposentadoria especial, mais vantajoso à segurada.

Inconformado, também recorre o INSS, sustentando o desacerto da r. sentença quanto ao reconhecimento de atividade especial, haja vista a ausência de provas técnicas nesse sentido.

Com contrarrazões, subiram os autos a este E. Tribunal.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático, atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Realizadas tais considerações, observo que a controvérsia havida no presente feito cinge-se a possibilidade de enquadramento de períodos de atividade especial supostamente exercida pela autora, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial ou, alternativamente, a conversão dos mencionados interstícios em tempo de serviço comum, para concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Pois bem.

DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"Artigo 52. A aposentadoria por tempo de serviço, cumprida a carência exigida nesta Lei, será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino."

"Artigo 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especial mente no artigo 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço."

O período de carência é também requisito legal para obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, dispondo o artigo 25 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

"Artigo 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

omissis

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais." (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994)

O artigo 55 da Lei nº 8.213/91 determina que o cômputo do tempo de serviço para o fim de obtenção de benefício previdenciário se obtém mediante a comprovação da atividade laborativa vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, na forma estabelecida em Regulamento.

No que se refere ao tempo de serviço de trabalho rural anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, assim prevê o artigo 55, em seu parágrafo 2º:

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

Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1998, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei nº 8.213/91, art. 52).

Após a EC nº 20/98, aquele que pretende se aposentar com proventos proporcionais deve cumprir as seguintes condições: estar filiado ao RGPS quando da entrada em vigor da referida Emenda; contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher; somar no mínimo 30 (trinta) anos, homem, e 25 (vinte e cinco) anos, mulher, de tempo de serviço, e adicionar o pedágio de 40% (quarenta por cento) sobre o tempo faltante ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria integral.

Comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral, pelas regras anteriores à EC nº 20/98, se preenchido o requisito temporal antes da vigência da Emenda, ou pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se após a mencionada alteração constitucional (Lei nº 8.213/91, art. 53, incs. I e II).

O art. 4º da EC nº 20/98 estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social (art. 55 da Lei nº 8.213/91).

Além do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do art. 25, inc. II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado art. 25, inc. II.

Outra regra de caráter transitório veio expressa no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 destinada aos segurados já inscritos na Previdência Social na data da sua publicação. Determina o número de contribuições exigíveis, correspondente ao ano de implementação dos demais requisitos tempo de serviço ou idade.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

Ressalto que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUIDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifei)

(STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355)."

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Até a promulgação da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Entre 28.05.1995 e 11.10.1996, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.1996, o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.1997 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.1997 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Ainda no que tange a comprovação da faixa especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faixa especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faixa nocente:

"PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhariá a realidade da época do labor; já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

II. A regra que institui ou modifica prazo decadencial não pode retroagir para prejudicar direitos assegurados anteriormente à sua vigência. (Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna).

III. Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula nº 198/TFR. Orientação do STJ.

VI. O perfil profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1º.09.67 a 02.03.1969, 1º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e 02.01.1989 a 22.04.1991.

VII. O Decreto nº 53.831/64 previu o limite mínimo de 80 decibéis para ser tido por agente agressivo (código 1.1.6) e, assim, possibilitar o reconhecimento da atividade como especial, orientação que encontra amparo no que dispôs o art. 292 do Decreto nº 611/92, cuja norma é de ser aplicada até a modificação levada a cabo em relação ao tema com a edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe novas disposições sobre o tema, a partir de quando se passou a exigir o nível de ruído superior a 90 (noventa) decibéis.

VIII. A utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva não serve para descaracterizar a insalubridade do trabalho.

(...)" (TRF3, AC nº 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 CJ1 20.05.10, p. 930).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EX TEMPO RÂNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido". (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RUÍDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos." (TRF3, AC n.º 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Conv. Giselle Franca, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008). (g.n.)

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto n.º 3.048/99, seja antes da Lei n.º 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. FATOR APLICAÇÃO. LIMITE TEMPORAL. INEXISTÊNCIA.

I - "A partir de 3/9/2003, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827 ao Decreto n. 3.048, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos, utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007)" (REsp 1.096.450/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/9/2009).

II - "O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum" (REsp 956.110/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 22/10/2007). Agravo regimental desprovido". (STJ, 5ª T., AgRgREsp 1150069, Rel. Min. Felix Fischer, v. u., DJE 7/6/2010)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. CONVERSÃO DE TEMPO DE ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS EM TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. APOSENTADORIA. FATOR DE CONVERSÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N.º 4.827, DE 04/09/2003, QUE ALTEROU O ART. 70 DO DECRETO N.º 3.048, DE 06/05/1999. APLICAÇÃO PARA TRABALHO PRESTADO EM QUALQUER PERÍODO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte de origem solucionou a questão juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, não estando eivada de qualquer vício do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Para a caracterização e a comprovação do tempo de serviço, aplicam-se as normas que vigiam ao tempo em que o serviço foi efetivamente prestado; contudo, no que se refere às regras de conversão, aplica-se a tabela constante do art. 70 do Decreto n.º 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto n.º 4.827/2003, independentemente da época em que a atividade especial foi prestada. 3. Recurso especial desprovido." (STJ, 5ª T., REsp 1151652, Rel. Min. Laurita Vaz, v. u., DJE 9/11/2009)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.2012:

"É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28.05.1998, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.2011.

DO AGENTE NOCIVO RUÍDO

De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.398.260/PR), restou assentada a questão no sentido de o limite de tolerância para o agente agressivo ruído, no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, deve ser aquele previsto no Anexo IV do Decreto n. 2.172/97 (90dB), sendo indevida a aplicação retroativa do Decreto n.º 4.882/03, que reduziu tal patamar para 85dB. Confira-se o julgado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90 DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC.

1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (EX-LICC). Precedentes do STJ.

Caso concreto

3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.

4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008."

(REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, é de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos superiores a 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos superiores a 85 decibéis.

Obtemper-se, ainda, que não se há falar em aplicação da legislação trabalhista à espécie, uma vez que a questão é eminentemente previdenciária, existindo normatização específica a regê-la no Direito pátrio. Nessa direção, a doutrina:

"Até a Lei n. 9.528/97, o art. 58 era implementado pelo art. 152 do PBPS, em que se determinava a obrigação do Poder Executivo de encaminhar ao Congresso Nacional, num prazo de 30 dias, contados de 25.7.91, a listagem das atividades beneficiadas. Até 5.3.97 prevaleceram os Anexos I/II do Decreto 83.080/79.

Essa providência foi atendida com o Decreto n. 2.172/97, atualmente vigendo o Anexo IV do RPS, elaborado nos termos da Portaria Interministerial n. 18/97. A Portaria SIT/TEM n. 6/00 reviu a redação do art. 405 da CLT, classificando novos 'Serviços perigosos ou insalubres (independente do uso de equipamentos e proteção individual)'.

Causa a impressão de ser norma transitória, mas, na verdade, o legislador apenas deseja lex specialis, fixando e revisando periodicamente o rol de atividades perigosas, penosas ou insalubres; ultimamente, somente as insalubres.

A relação é da maior importância para a definição do benefício, tratando-se de listagem dinâmica, a ser constatada e atualizada frequentemente, sob pena de distorções e anacronismos.

(...)." (MARTINEZ NOVAES, Wladimir. Comentários à Lei Básica da Previdência Social, Tomo II, 8ª ed., São Paulo: Editora DLTR, 2009, p. 419) (g. n.)

5.3.5.5.2. Comprovação do tempo de serviço/contribuição especial

A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época do exercício da atividade, porque se aplica o princípio segundo o qual *tempus regit actum*. Esse entendimento está sedimentado na jurisprudência do STJ.

Não poderia ser diferente, porque, primeiro, fica amparado o segurado contra leis que lhe sejam desfavoráveis e, segundo, o órgão segurador tem a garantia de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior; a não ser que a lei o diga expressamente.

(...)

Até o advento da Lei n. 9.032/95, a comprovação do exercício de atividade especial era feita por meio do cotejo da categoria profissional do segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/79 e Anexo do Decreto n. 53.831/64, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto n. 357/91.

(...)

Com a edição da Lei n. 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, sendo, a partir daí, desnecessário que a atividade conste do rol das normas regulamentares, mas imperiosa a existência de laudo técnico que comprove a efetiva exposição a agentes nocivos.

Os agentes nocivos químicos, físicos, biológicos e associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, considerados para fins de aposentadoria especial, estão relacionados no Anexo IV do RPS, na forma do disposto no caput do art. 58 do PBPSS. Havendo dúvidas sobre o enquadramento da atividade, caberá a solução ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Ministério da Previdência Social (art. 68, § 1º, do RPS).

Para comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, observa-se o que, à época do exercício da atividade, exigia o Regulamento: formulários SB-40 e DSS-8030 até a vigência do Decreto n. 2.172/97, e, após a edição do referido Decreto, laudo técnico, devendo a empresa fornecer ao segurado o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), na forma da MP 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97. É a posição firmada pelo STJ.

5.3.5.5.3. O agente 'ruído'

Sobre a atividade exercida com exposição a ruído, a TNU editou a Súmula 32: 'O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto n. 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto n. 2.172/97; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003.'

(...)" (FERREIRA DOS SANTOS, Marisa; Coordenador Pedro Lenza. *Direito Previdenciário Esquemático*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 263-265) (g. n.)

"(...)

Os agentes insalubres são divididos em duas classes, uma na qual o enquadramento é efetivado mediante uma análise qualitativa e outra de contraste quantitativo.

No campo quantitativo, os agentes somente se qualificam como agressivos se ultrapassarem certos e definidos limites de tolerância (LT). Entende-se por LT a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral. Neste grupo está o agente físico 'ruído'. O nível de pressão sonora é considerado elevado, e, portanto, prejudicial à saúde caso ultrapasse o LT. Neste ponto, nem sempre guarda, infelizmente, consenso entre as searas previdenciária e trabalhista. Desde o ano de 1960 até o ano de 1997, a exposição contínua e ininterrupta a ruído superior a 80 dB admite o enquadramento como especial perante o INSS, mas não haverá direito ao adicional de insalubridade se ficar aquém de 85 dB (NR 15). No período de 1997 a 2003, o LT no âmbito da previdência foi alterado para 90 dB, valor superior ao LT do direito trabalhista. Desde 2003, o LT é idêntico nos dois campos do direito, fixado em 85 dB para fins de adicional de insalubridade e para caracterizar o labor como especial. O Nível de Pressão Sonora Elevado (NPSE) é apurado mediante os parâmetros fixados na Norma de Higiene Ocupacional (NHO) nº 1 da Fundacentro. A exposição ao agente físico ruído além do LT provoca a inevitável redução da acuidade auditiva que é evitada mediante a aposentação precoce do B/46 aos 25 anos de exposição (cód. 2.0.1 do anexo IV do decreto nº 3.048). Por ventura estabelecido o dano auditivo (disacusia neurossensorial bilateral e simétrica) antes do implemento dos 25 anos de exercício do labor, e em atenção ao art. 86, § 4º, da LB e da Súmula nº 44 do STJ, a reparação dar-se-á mediante a concessão do auxílio-acidente." (ARRAIS ALENCAR, Hermes. *Benefícios Previdenciários*, 4ª ed., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009, p. 472-473)

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Quanto ao uso de equipamentos de proteção individual (EPIS), nas atividades desenvolvidas no presente feito, sua utilização não afasta a insalubridade. Ainda que minimize seus efeitos, não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 9 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual "O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o serviço especial prestado".

In casu, visando a comprovação do exercício de atividade profissional sob condições especiais, a parte autora apresentou cópia da CTPS, PPP's e Laudo Técnico Pericial elaborado por iniciativa do Sindicato dos Empregados das Indústrias de Calçados de Franca/SP, além de contar com a elaboração de Laudo Técnico Pericial no curso da instrução processual, contudo, diversamente da argumentação expendida em suas razões recursais, entendendo que o referido acervo probatório não permite o enquadramento da integralidade dos períodos vindicados, senão vejamos:

Em relação aos períodos de 01.12.1986 a 18.05.1991 e de 01.11.1991 a 10.12.1997, laborados pela autora junto à empresa *H. Bertarello Curtidora e Calçados Ltda.*, respectivamente, sob os ofícios de "auxiliar de sapateira" e "sapateira", entendendo que há de ser mantido o enquadramento de atividade especial, haja vista a exposição habitual e permanente da segurada a substâncias químicas nocivas, tais como, benzeno e tolueno, o que enseja o enquadramento de labor especial, nos termos definidos no item 2.5.3 do Anexo II do Decreto n.º 53.831/64.

Consigno, por oportuno, que pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico pericial atestando a efetiva sujeição a agentes agressivos, pois em razão da legislação vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei n.º 9.032/95) e até 10.12.1997, mediante a apresentação de informativos SB-40 e DSS-8030 e/ou documento técnico oficial atestando o exercício da atividade tida como especial.

Por outro lado, o mesmo não se pode dizer em relação aos períodos subsequentes, a saber, de 11.12.1997 a 27.04.1999 e 01.06.1999 a 04.05.2006 (empregador: *H. Bertarello Curtidora e Calçados Ltda.*), 16.08.2006 a 12.12.2006 (empregador: *Galvani Indústria de Calçados Ltda.*) e de 02.07.2007 a 30.03.2015 (empregador: *Repilte Indústria de Calçados Eireli - ME*), em face da ausência de prova técnica apta que certifique a sujeição contínua da segurada a quaisquer agentes agressivos.

Observo que o perito judicial responsável pela elaboração do laudo técnico pericial colacionado aos autos não procedeu à devida quantificação do nível de ruído a que a demandante teria sido submetida à época da prestação dos serviços e tampouco certificou a alegada exposição a agentes químicos nos interstícios em questão, o que seria de rigor, haja vista a alteração legislativa decorrente da entrada em vigor da Lei n.º 9.032/95, que passou a exigir a concomitante comprovação técnica da exposição do segurado a agentes agressivos, para reconhecimento de labor especial para fins previdenciários.

Nesse contexto, não comungo do entendimento exarado pelo d. Juízo de Primeiro Grau, no sentido de que a nocividade das condições laborais poderiam ser "presumidas", de modo que tais períodos deverão ser computados como tempo de serviço comum desenvolvido pela requerente.

Destarte, entendendo que a r. sentença merece parcial reforma para excluir os períodos de 11.12.1997 a 27.04.1999 e de 01.06.1999 a 24.05.2006, do cômputo de atividade especial exercida pela autora.

DA APOSENTADORIA ESPECIAL

De início, cumpre destacar que a aposentadoria especial está prevista no art. 57, "caput", da Lei n.º 8.213/91 e pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC n.º 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, inc. II, da Lei n.º 8.213/91.

Todavia, in casu, computando-se tão-somente os interstícios de atividade especial ora declarados (01.12.1986 a 18.05.1991 e de 01.11.1991 a 10.12.1997), resta evidenciado que até a data do requerimento administrativo, qual seja, 31.03.2015, a parte autora ainda não havia implementado tempo de serviço suficiente sob condições especiais para ensejar a concessão do benefício de aposentadoria especial, com o que há de ser mantida a improcedência do pedido principal veiculado em sua exordial.

Passo, então, à análise do pedido subsidiário de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA EMENDA 20/98

Com efeito, computando-se os períodos de atividade especial ora declarados (01.12.1986 a 18.05.1991 e de 01.11.1991 a 10.12.1997), sujeitos a conversão para tempo de serviço comum, a ser acrescido aos demais períodos incontroversos (CTPS e CNIS), observo que na data da publicação da EC nº 20/98, a autora não atingia o tempo de serviço mínimo, qual seja, 25 (vinte e cinco) anos.

O art. 9º da EC nº 20/98 estabelece o cumprimento de novos requisitos para a obtenção de aposentadoria por tempo de serviço ao segurado sujeito ao atual sistema previdenciário, vigente após 16.12.1998, quais sejam: caso opte pela aposentadoria proporcional, idade mínima de 53 anos e 30 anos de contribuição, se homem, e 48 anos de idade e 25 anos de contribuição, se mulher, e, ainda, um período adicional de 40% sobre o tempo faltante quando da data da publicação desta Emenda, o que ficou conhecido como "pedágio".

Desta forma, não preencheu a requerente os requisitos necessários à aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do sistema legal vigente até 15.12.1998, e tampouco o fez segundo os critérios determinados pela EC nº 20/98, uma vez que, na data do requerimento administrativo, qual seja, 31.03.2015, a segurada, nascida aos 10.04.1970, contava com apenas 45 (quarenta e cinco) anos de idade, não implementando assim o requisito etário, tido como indispensável para concessão da benesse, o que enseja a improcedência do pedido veiculado em sua prefacial.

Tendo em vista a sucumbência recíproca havida entre as partes, condeno ambos os litigantes a pagar honorários ao advogado da parte contrária, arbitrados em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme critérios do art. 85, caput e § 14, do CPC. Todavia, em relação à parte autora, fica suspensa a exigibilidade, segundo a regra do art. 98, § 3º, do mesmo diploma legal, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

Custas na forma da lei.

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DA PARTE AUTORA** e **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO INSS**, para excluir os períodos de 11.12.1997 a 27.04.1999 e de 01.06.1999 a 24.05.2006, do cômputo de atividade especial exercida pela demandante e, por consequência, julgo improcedente o pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em face do inadimplemento dos requisitos legais necessários.

Decorrido o prazo recursal, tomemos autos ao Juízo de origem.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

clitozad

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000117-09.2017.4.03.6104
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FRANCISCO MANOEL DOMINGOS
Advogado do(a) APELADO: AUREA CARVALHO RODRIGUES - SP170533-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o reconhecimento de períodos de atividade especial, sujeitos a conversão para tempo de serviço comum, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Concedidos os benefícios da Justiça Gratuita, porém, indeferido o pedido de tutela antecipada.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer os períodos de 01.04.1982 a 20.08.1982, 15.04.1986 a 19.08.1986, 04.11.1986 a 01.09.1988, 10.09.1988 a 08.05.1989, 14.09.1989 a 04.06.1990, 01.11.1990 a 31.01.1991, 01.02.1991 a 12.10.1991, 21.11.1991 a 09.12.1991 e de 02.01.1992 a 29.04.1995, como atividade especial exercida pelo autor, convertidos em tempo de serviço comum, a ser averbado perante o INSS, para fins previdenciários. Sucumbência recíproca, ressalvando-se a prévia concessão da gratuidade processual em relação ao demandante. Custas na forma da lei.

Inconformado, recorre o INSS, aduzindo, em princípio, a prolação de édito *extra petita*, vez que alguns dos períodos de atividade especial declarados na r. sentença não constavam do pedido original do autor. No mais, asseve a inadequação do reconhecimento de atividade especial, haja vista a ausência de provas técnicas nesse sentido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático, atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Ab initio, insta salientar que assiste razão ao ente quanto à caracterização de *decisum extra petita*, em relação ao enquadramento dos períodos de 01.04.1982 a 20.08.1982 e de 15.04.1986 a 19.08.1986, como atividade especial exercida pelo autor, tendo em vista que não constavam do pedido veiculado em sua prefacial, ocasião em que o requerente postulou expressamente o reconhecimento de labor especial exercido somente a partir de 04.11.1986.

Diante disso, excluo os referidos períodos do cômputo de atividade especial exercida pelo requerente, a fim de adequar a r. sentença aos limites do pedido do autor.

Realizadas tais considerações, observo que a controvérsia havida no presente feito cinge-se a possibilidade de reconhecimento de períodos de atividade especial supostamente desenvolvida pelo autor, sujeitos a conversão para tempo de serviço comum, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Pois bem

DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO

A concessão da aposentadoria por tempo de serviço está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

"Artigo 52. A aposentadoria por tempo de serviço, cumprida a carência exigida nesta Lei, será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino."

"Artigo 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especial mente no artigo 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço."

O período de carência é também requisito legal para obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, dispendo o artigo 25 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

"Artigo 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

omissis

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais." (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994)

O artigo 55 da Lei nº 8.213/91 determina que o cômputo do tempo de serviço para o fim de obtenção de benefício previdenciário se obtém mediante a comprovação da atividade laborativa vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, na forma estabelecida em Regulamento.

No que se refere ao tempo de serviço de trabalho rural anterior à vigência da Lei nº 8.213/91, assim prevê o artigo 55, em seu parágrafo 2º:

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

Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional nº 20, de 16.12.1998, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei nº 8.213/91, art. 52).

Após a EC nº 20/98, aquele que pretende se aposentar com proventos proporcionais deve cumprir as seguintes condições: estar filiado ao RGPS quando da entrada em vigor da referida Emenda; contar com 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher; somar no mínimo 30 (trinta) anos, homem, e 25 (vinte e cinco) anos, mulher, de tempo de serviço, e adicionar o pedágio de 40% (quarenta por cento) sobre o tempo faltante ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria integral.

Comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher, concede-se a aposentadoria na forma integral, pelas regras anteriores à EC nº 20/98, se preenchido o requisito temporal antes da vigência da Emenda, ou pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se após a mencionada alteração constitucional (Lei nº 8.213/91, art. 53, incs. I e II).

O art. 4º da EC nº 20/98 estabelece que o tempo de serviço reconhecido pela lei vigente é considerado tempo de contribuição, para efeito de aposentadoria no regime geral da previdência social (art. 55 da Lei nº 8.213/91).

Além do tempo de serviço, deve o segurado comprovar o cumprimento da carência, nos termos do art. 25, inc. II, da Lei nº 8.213/91. Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, vige a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que, para cada ano de implementação das condições necessárias à obtenção do benefício, relaciona-se um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado art. 25, inc. II.

Outra regra de caráter transitório veio expressa no artigo 142 da Lei nº 8.213/91 destinada aos segurados já inscritos na Previdência Social na data da sua publicação. Determina o número de contribuições exigíveis, correspondente ao ano de implementação dos demais requisitos tempo de serviço ou idade.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

Ressalte que os Decretos nº 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUIÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifei)

(STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355)."

O art. 58 da Lei nº 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Até a promulgação da Lei nº 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Entre 28.05.1995 e 11.10.1996, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.1996, o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.1997 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.1997 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Ainda no que tange a comprovação da faixa especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei nº 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faixa especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faixa nocente:

"PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhará a realidade da época do labor, já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

II. A regra que institui ou modifica prazo decadencial não pode retroagir para prejudicar direitos assegurados anteriormente à sua vigência. (Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna).

III. Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula nº 198/TFR. Orientação do STJ.

VI. O perfil profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1º.09.67 a 02.03.1969, 1º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e 02.01.1989 a 22.04.1991.

VII. O Decreto nº 53.831/64 previu o limite mínimo de 80 decibéis para ser tido por agente agressivo (código 1.1.6) e, assim, possibilitar o reconhecimento da atividade como especial, orientação que encontra amparo no que dispôs o art. 292 do Decreto nº 611/92, cuja norma é de ser aplicada até a modificação levada a cabo em relação ao tema com a edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe novas disposições sobre o tema, a partir de quando se passou a exigir o nível de ruído superior a 90 (noventa) decibéis.

VIII. A utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva não serve para descaracterizar a insalubridade do trabalho.

(...) (TRF3, AC nº 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 CJ1 20.05.10, p. 930).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EX TEMPO RÁNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido". (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RUÍDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos." (TRF3, AC nº 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Com. Giselle Franca, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008). (g.n.)

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto n.º 3.048/99, seja antes da Lei n.º 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. FATOR. APLICAÇÃO. LIMITE TEMPORAL. INEXISTÊNCIA.

I - "A partir de 3/9/2003, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827 ao Decreto n. 3.048, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos, utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007)" (REsp 1.096.450/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/9/2009).

II - "O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum" (REsp 956.110/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 22/10/2007). Agravo regimental desprovido". (STJ, 5ª T., AgRgREsp 1150069, Rel. Min. Félix Fischer, v. u., DJE 7/6/2010)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. CONVERSÃO DE TEMPO DE ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS EM TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. APOSENTADORIA. FATOR DE CONVERSÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N.º 4.827, DE 04/09/2003, QUE ALTEROU O ART. 70 DO DECRETO N.º 3.048, DE 06/05/1999. APLICAÇÃO PARA TRABALHO PRESTADO EM QUALQUER PERÍODO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte de origem solucionou a questão *juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, não estando eivada de qualquer vício do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Para a caracterização e a comprovação do tempo de serviço, aplicam-se as normas que vigiam ao tempo em que o serviço foi efetivamente prestado; contudo, no que se refere às regras de conversão, aplica-se a tabela constante do art. 70 do Decreto n.º 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto n.º 4.827/2003, independentemente da época em que a atividade especial foi prestada. 3. Recurso especial desprovido." (STJ, 5ª T., REsp 1151652, Rel. Min. Laurita Vaz, v. u., DJE 9/11/2009)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.2012:

"É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28.05.1998, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.2011.

DO AGENTE NOCIVO RUÍDO

De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.398.260/PR), restou assentada a questão no sentido de o limite de tolerância para o agente agressivo ruído, no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, deve ser aquele previsto no Anexo IV do Decreto n. 2.172/97 (90dB), sendo indevida a aplicação retroativa do Decreto n.º 4.882/03, que reduziu tal patamar para 85dB. Confira-se o julgado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90 DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC.

1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

Caso concreto

3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.

4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008."

(REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, é de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos superiores a 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos superiores a 85 decibéis.

Obtempre-se, ainda, que não se há falar em aplicação da legislação trabalhista à espécie, uma vez que a questão é eminentemente previdenciária, existindo normatização específica a regê-la no Direito pátrio. Nessa direção, a doutrina:

"Até a Lei n. 9.528/97, o art. 58 era implementado pelo art. 152 do PBPS, em que se determinava a obrigação do Poder Executivo de encaminhar ao Congresso Nacional, num prazo de 30 dias, contados de 25.7.91, a listagem das atividades beneficiadas. Até 5.3.97 prevaleceram os Anexos I/II do Decreto 83.080/79.

Essa providência foi atendida com o Decreto n. 2.172/97, atualmente vigendo o Anexo IV do RPS, elaborado nos termos da Portaria Interministerial n. 18/97. A Portaria SIT/TEM n. 6/00 reviu a redação do art. 405 da CLT, classificando novos 'Serviços perigosos ou insalubres (independente do uso de equipamentos e proteção individual)'

Causa a impressão de ser norma transitória, mas, na verdade, o legislador apenas deseja lex specialis, fixando e revisando periodicamente o rol de atividades perigosas, penosas ou insalubres; ultimamente, somente as insalubres.

A relação é da maior importância para a definição do benefício, tratando-se de listagem dinâmica, a ser constatada e atualizada frequentemente, sob pena de distorções e anacronismos.

(...)" (MARTINEZ NOVAES, Wladimir. Comentários à Lei Básica da Previdência Social, Tomo II, 8ª ed., São Paulo: Editora DLTR, 2009, p. 419) (g. n.)

"5.3.5.5.2. Comprovação do tempo de serviço/contribuição especial

A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época do exercício da atividade, porque se aplica o princípio segundo o qual tempus regit actum. Esse entendimento está sedimentado na jurisprudência do STJ.

Não poderia ser diferente, porque, primeiro, fica amparado o segurado contra leis que lhe sejam desfavoráveis e, segundo, o órgão segurador tem a garantia de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior; a não ser que a lei o diga expressamente.

(...)

Até o advento da Lei n. 9.032/95, a comprovação do exercício de atividade especial era feita por meio do cotejo da categoria profissional do segurado, observada a classificação inserida nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/79 e Anexo do Decreto n. 53.831/64, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto n. 357/91.

(...)

Com a edição da Lei n. 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, sendo, a partir daí, desnecessário que a atividade conste do rol das normas regulamentares, mas imperiosa a existência de laudo técnico que comprove a efetiva exposição a agentes nocivos.

Os agentes nocivos químicos, físicos, biológicos e associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, considerados para fins de aposentadoria especial, estão relacionados no Anexo IV do RPS, na forma do disposto no caput do art. 58 do PBPS. Havendo dúvidas sobre o enquadramento da atividade, caberá a solução ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Ministério da Previdência Social (art. 68, § 1º, do RPS).

Para comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, observa-se o que, à época do exercício da atividade, exigia o Regulamento: formulários SB-40 e DSS-8030 até a vigência do Decreto n. 2.172/97, e, após a edição do referido Decreto, laudo técnico, devendo a empresa fornecer ao segurado o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), na forma da MP 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97. É a posição firmada pelo STJ.

5.3.5.5.3. O agente 'ruído'

Sobre a atividade exercida com exposição a ruído, a TNU editou a Súmula 32: 'O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto n. 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto n. 2.172/97; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003.'

(...), (FERREIRA DOS SANTOS, Marisa; Coordenador Pedro Lenza. *Direito Previdenciário Esquemático*, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 263-265) (g. n.)

(...)

Os agentes insalubres são divididos em duas classes, uma na qual o enquadramento é efetivado mediante uma análise qualitativa e outra de contraste quantitativo.

*No campo quantitativo, os agentes somente se qualificam como agressivos se ultrapassarem certos e definidos limites de tolerância (LT). Entende-se por LT a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral. Neste grupo está o agente físico 'ruído'. O nível de pressão sonora é considerado elevado, e, portanto, prejudicial à saúde caso ultrapasse o LT. Neste ponto, nem sempre guarda, infelizmente, consenso entre as searas previdenciária e trabalhista. Desde o ano de 1960 até o ano de 1997, a exposição contínua e ininterrupta a ruído superior a 80 dB admite o enquadramento como especial perante o INSS, mas não haverá direito ao adicional de insalubridade se ficar aquém de 85 dB (NR 15). No período de 1997 a 2003, o LT no âmbito da previdência foi alterado para 90 dB, valor superior ao LT do direito trabalhista. Desde 2003, o LT é idêntico nos dois campos do direito, fixado em 85 dB para fins de adicional de insalubridade e para caracterizar o labor como especial. O Nível de Pressão Sonora Elevado (NPSE) é apurado mediante os parâmetros fixados na Norma de Higiene Ocupacional (NHO) nº 1 da Fundacentro. A exposição ao agente físico ruído além do LT provoca a inevitável redução da acuidade auditiva que é evitada mediante a aposentação precoce do B/46 aos 25 anos de exposição (cód. 2.0.1 do anexo IV do decreto nº 3.048). Por ventura estabelecido o dano auditivo (disacusia neurossensorial bilateral e simétrica) antes do implemento dos 25 anos de exercício do labor, e em atenção ao art. 86, § 4º, da LB e da Súmula nº 44 do STJ, a reparação dar-se-á mediante a concessão do auxílio-acidente." (ARRAIS ALENCAR, Hermes. *Benefícios Previdenciários*, 4ª ed., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009, p. 472-473)*

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Quanto ao uso de equipamentos de proteção individual (EPIS), nas atividades desenvolvidas no presente feito, sua utilização não afasta a insalubridade. Ainda que minimize seus efeitos, não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 9 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual "O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o serviço especial prestado".

In casu, observo que o período de 02.01.1992 a 28.04.1995, já havia sido administrativamente reconhecido pelo INSS como atividade especial exercida pelo autor, conforme se depreende dos documentos colacionados aos autos, como o que reputo-o incontroverso.

Consigno, ainda, por oportuno que, a despeito da negativa de reconhecimento da integralidade dos períodos de atividade especial vindicados em sua exordial, a ausência de recurso voluntário do autor inviabiliza qualquer alteração nesse sentido, haja vista a incidência do princípio da *non reformatio in pejus*.

Dito isso e considerando a necessária correlação do presente julgamento aos limites do objeto recursal veiculado pelo ente autárquico, faz-se necessário esclarecer que a controvérsia submetida à apreciação desta E. Corte restringiu-se a possibilidade de enquadramento de atividade especial nos períodos assim declarados na r. sentença, sem qualquer ilação referente aos demais interstícios descritos na prefacial, sob pena de prolação de novo édito *extra petita*.

Outrossim, visando a comprovação do exercício de atividade profissional em condições insalubres a parte autora colacionou aos autos: cópia da CTPS e PPP, contudo, conforme explicitado pelo ente autárquico, referido acervo probatório não permite o enquadramento de atividade especial nos períodos assim declarados na r. sentença.

Isso porque, em que pese a apresentação de cópia da CTPS do autor contendo os registros dos contratos de trabalho firmados nos períodos de 04.11.1986 a 01.09.1988 (empregador: *Convap Engenharia e Construções S/A*), 10.09.1988 a 31.05.1989, 01.09.1989 a 04.06.1990 e 01.11.1990 a 31.01.1991 (empregador: *Serv-Sub Serviços Subaquáticos Ltda.*), 01.02.1991 a 12.10.1991 (empregador: *Rodes Rodoviário e Despachos Ltda.*) e de 21.11.1991 a 09.12.1991 (empregador: *Imaipesca Indústria e Comércio de Pescados Ltda. EPP*), todos para exercício da função de "motorista", tal informação foi lançada de forma absolutamente genérica, ou seja, não há como perquirir sobre a natureza dos veículos automotores conduzidos pelo demandante à época da prestação do serviço, o que seria de rigor para viabilizar o enquadramento de atividade especial pela categoria profissional.

Isso porque, a previsão legal contida no código 2.4.4 do quadro anexo a que se refere o art. 2º do Decreto n.º 53.831/64, bem como no código 2.4.2 do Anexo II do Decreto n.º 83.080/79, restringe a caracterização de atividade especial, tão-somente em favor das seguintes categorias profissionais: *motomeiros e condutores de bondes, motoristas e cobradores de ônibus e motoristas e ajudantes de caminhão*, o que não restou inequivocamente comprovado nos autos.

Por consequência, ausente qualquer documento que permita aferir as reais condições laborais vivenciadas pelo autor, forçoso concluir que tais interstícios deverão ser computados como tempo de serviço comum desenvolvido pelo requerente.

Destarte, entendo que a r. sentença merece reparo para excluir os períodos de 01.04.1982 a 20.08.1982, 15.04.1986 a 19.08.1986, 04.11.1986 a 01.09.1988, 10.09.1988 a 08.05.1989, 14.09.1989 a 04.06.1990, 01.11.1990 a 31.01.1991, 01.02.1991 a 12.10.1991 e de 21.11.1991 a 09.12.1991, do cômputo de atividade especial exercida pelo autor.

NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA EMENDA 20/98

Sendo assim, computando-se tão-somente o período de atividade especial administrativamente reconhecido pelo INSS (02.01.1992 a 28.04.1995), sujeito a conversão para tempo de serviço comum, a ser acrescido aos demais períodos incontroversos (CTPS e CNIS), observo que na data da publicação da EC nº 20/98, o autor não atingia o tempo de serviço mínimo, qual seja, 30 (trinta) anos.

O art. 9º da EC n.º 20/98 estabelece o cumprimento de novos requisitos para a obtenção de aposentadoria por tempo de serviço ao segurado sujeito ao atual sistema previdenciário, vigente após 16.12.1998, quais sejam: caso opte pela aposentadoria proporcional, *idade mínima de 53 anos e 30 anos de contribuição, se homem*, e 48 anos de idade e 25 anos de contribuição, *se mulher*, e, ainda, *um período adicional de 40% sobre o tempo faltante quando da data da publicação desta Emenda*, o que ficou conhecido como "pedágio".

Destá forma, não preencheu o requerente os requisitos necessários à aposentadoria por tempo de serviço, nos termos do sistema legal vigente até 15.12.1998, e tampouco o fez segundo os critérios determinados pela EC nº 20/98, uma vez que, na data do requerimento administrativo, qual seja, 23.11.2015, o segurado ainda não havia implementado o período de pedágio tido como indispensável para concessão da benesse, o que enseja a improcedência do pedido veiculado em sua prefacial.

Considerando a integral sucumbência observada pelo demandante, condeno-o ao pagamento de custas e honorários advocatícios que ora arbitro em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), considerando a natureza e exigências da causa, ressalvando-se a suspensão da exigibilidade dos valores enquanto perdurar a condição de hipossuficiência econômica que ensejou a prévia concessão da gratuidade processual, nos termos definidos pelo art. 98, § 3º, do CPC.

Isto posto, **DOU PROVIMENTO AO APELO DO INSS**, para excluir os períodos de 01.04.1982 a 20.08.1982, 15.04.1986 a 19.08.1986, 04.11.1986 a 01.09.1988, 10.09.1988 a 08.05.1989, 14.09.1989 a 04.06.1990, 01.11.1990 a 31.01.1991, 01.02.1991 a 12.10.1991 e de 21.11.1991 a 09.12.1991, do cômputo de atividade especial exercida pelo autor, mantendo-se, portanto, a in procedência do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, em face do inadimplemento dos requisitos legais necessários.

Decorrido o prazo recursal, tomemos autos ao Juízo de origem.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

elitozad

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000216-78.2020.4.03.6134
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARCOS ANTONIO BIDOLI
Advogados do(a) APELADO: CRISTINA RODRIGUES BRAGA NUNES - SP235301-A, ANA CRISTINA ZULIAN - SP142717-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o reconhecimento de períodos de atividade especial, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial.

Recolhimento de custas processuais pelo demandante.

Indeferido o pedido de tutela antecipada.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer os períodos de 23.09.1985 a 29.05.1992, 01.09.1992 a 05.03.1997 e de 19.11.2003 a 14.01.2019, como exercidos pelo autor sob condições especiais, a fim de conceder-lhe o benefício de aposentadoria especial, a partir da data do requerimento administrativo, qual seja, 30.01.2019. Indeferida a tutela antecipada. Consectários explicitados. Honorários advocatícios fixados no percentual mínimo previsto no art. 85, § 3º, do CPC, a incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data de prolação da sentença, nos termos da Súmula n.º 111 do C. STJ. Custas na forma da lei.

Inconformado, recorre o INSS, aduzindo o desacerto da r. sentença quanto ao reconhecimento de atividade especial, haja vista a ausência de provas técnicas nesse sentido.

Com contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático, atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Realizadas tais considerações, observo que a controvérsia havida no presente feito cinge-se a possibilidade de reconhecimento de períodos de atividade especial desenvolvida pelo autor, a fim de viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79, até 05.03.1997 e, após, pelo Decreto n.º 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, como a seguir se verifica.

Ressalto que os Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

- 1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.*
 - 2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.*
 - 3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.*
 - 4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.*
 - 5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).*
 - 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifei)*
- (STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355)."*

O art. 58 da Lei n.º 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Até a promulgação da Lei n.º 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Entre 28.05.1995 e 11.10.1996, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória n.º 1.523/96, em 11.10.1996, o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei n.º 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória n.º 1.523/96 (reeditada até a MP n.º 1.523-13 de 23.10.1997 - republicado na MP n.º 1.596-14, de 10.11.1997 e convertida na Lei n.º 9.528, de 10.12.1997), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto n.º 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei n.º 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei n.º 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória n.º 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei n.º 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Ainda no que tange a comprovação da faixa especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei n.º 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faixa especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Retine as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faixa nocente:

"PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhariá a realidade da época do labor, já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

II. A regra que institui ou modifica prazo decadencial não pode retroagir para prejudicar direitos assegurados anteriormente e sua vigência. (Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna).

III. Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula n.º 198/TFR. Orientação do STJ.

VI. O perfil profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1.º.09.67 a 02.03.1969, 1.º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e de 02.01.1989 a 22.04.1991.

VII. O Decreto n.º 53.831/64 previu o limite mínimo de 80 decibéis para ser tido por agente agressivo (código 1.1.6) e, assim, possibilitar o reconhecimento da atividade como especial, orientação que encontra amparo no que dispôs o art. 292 do Decreto n.º 611/92, cuja norma é de ser aplicada até a modificação levada a cabo em relação ao tema com a edição do Decreto n.º 2.172/97, que trouxe novas disposições sobre o tema, a partir de quando se passou a exigir o nível de ruído superior a 90 (noventa) decibéis.

VIII. A utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva não serve para descaracterizar a insalubridade do trabalho.

(...)" (TRF3, AC n.º 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 CJ1 20.05.10, p. 930).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EX TEMPORÂNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido". (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des. Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RÚIDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos." (TRF3, AC nº 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Com. Giselle França, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008). (g.n.)

DO AGENTE NOCIVO RÚIDO

De acordo com o julgamento do recurso representativo da controvérsia pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.398.260/PR), restou assentada a questão no sentido de o limite de tolerância para o agente agressivo ruído, no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, deve ser aquele previsto no Anexo IV do Decreto n. 2.172/97 (90dB), sendo indevida a aplicação retroativa do Decreto n.º 4.882/03, que reduziu tal patamar para 85dB. Confira-se o julgado:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RÚIDO. LIMITE DE 90 DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC.

1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.

2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.

Caso concreto

3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.

4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008."

(REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)

Dessa forma, é de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos superiores a 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos superiores a 85 decibéis.

Obtemper-se, ainda, que não se há falar em aplicação da legislação trabalhista à espécie, uma vez que a questão é eminentemente previdenciária, existindo normatização específica a regê-la no Direito pátrio. Nessa direção, a doutrina:

"Até a Lei n. 9.528/97, o art. 58 era implementado pelo art. 152 do PBPS, em que se determinava a obrigação do Poder Executivo de encaminhar ao Congresso Nacional, num prazo de 30 dias, contados de 25.7.91, a listagem das atividades beneficiadas. Até 5.3.97 prevaleceram os Anexos I/II do Decreto 83.080/79.

Essa providência foi atendida com o Decreto n. 2.172/97, atualmente vigendo o Anexo IV do RPS, elaborado nos termos da Portaria Interministerial n. 18/97. A Portaria SIT/TEM n. 6/00 reviu a redação do art. 405 da CLT, classificando novos 'Serviços perigosos ou insalubres (independente do uso de equipamentos e proteção individual)'.
Causa a impressão de ser norma transitória, mas, na verdade, o legislador apenas deseja *lex specialis*, fixando e revisando periodicamente o rol de atividades perigosas, penosas ou insalubres; ultimamente, somente as insalubres.

A relação é da maior importância para a definição do benefício, tratando-se de listagem dinâmica, a ser constatada e atualizada frequentemente, sob pena de distorções e anacronismos.

(...)" (MARTINEZ NOVAES, Wladimir. Comentários à Lei Básica da Previdência Social, Tomo II, 8ª ed., São Paulo: Editora DLTR, 2009, p. 419) (g. n.)

"5.3.5.5.2. Comprovação do tempo de serviço/contribuição especial

A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial -, bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época do exercício da atividade, porque se aplica o princípio segundo o qual *tempus regit actum*. Esse entendimento está sedimentado na jurisprudência do STJ.

Não poderia ser diferente, porque, primeiro, fica amparado o segurado contra leis que lhe sejam desfavoráveis e, segundo, o órgão segurador tem a garantia de que lei nova mais benéfica ao segurado não atingirá situação consolidada sob o império da legislação anterior, a não ser que a lei o diga expressamente.

(...)

Até o advento da Lei n. 9.032/95, a comprovação do exercício de atividade especial era feita por meio do cotejo da categoria profissional do segurado, observada a classificação inserta nos Anexos I e II do Decreto n. 83.080/79 e Anexo do Decreto n. 53.831/64, os quais foram ratificados expressamente pelo art. 295 do Decreto n. 357/91.

(...)

Com a edição da Lei n. 9.032/95, passou-se a exigir a efetiva demonstração da exposição do segurado a agente prejudicial à saúde, sendo, a partir daí, desnecessário que a atividade conste do rol das normas regulamentares, mas imperiosa a existência de laudo técnico que comprove a efetiva exposição a agentes nocivos.

Os agentes nocivos químicos, físicos, biológicos e associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, considerados para fins de aposentadoria especial, estão relacionados no Anexo IV do RPS, na forma do disposto no caput do art. 58 do PBPS. Havendo dúvidas sobre o enquadramento da atividade, caberá a solução ao Ministério do Trabalho e Emprego e ao Ministério da Previdência Social (art. 68, § 1º, do RPS).

Para comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, observa-se o que, à época do exercício da atividade, exigia o Regulamento: formulários SB-40 e DSS-8030 até a vigência do Decreto n. 2.172/97, e, após a edição do referido Decreto, laudo técnico, devendo a empresa fornecer ao segurado o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), na forma da MP 1.523/96, convertida na Lei n. 9.528/97. É a posição firmada pelo STJ.

5.3.5.5.3. O agente 'ruído'

Sobre a atividade exercida com exposição a ruído, a TNU editou a Súmula 32: 'O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto n. 53.831/64 (1.1.6); superior a 90 decibéis, a partir de 5 de março de 1997, na vigência do Decreto n. 2.172/97; superior a 85 decibéis, a partir da edição do Decreto n. 4.882, de 18 de novembro de 2003'.

(...)" (FERREIRA DOS SANTOS, Marisa; Coordenador Pedro Lenza. Direito Previdenciário Esquemático, 2ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 263-265) (g. n.)

"(...)

Os agentes insalubres são divididos em duas classes, uma na qual o enquadramento é efetivado mediante uma análise qualitativa e outra de contraste quantitativo.

No campo quantitativo, os agentes somente se qualificam como agressivos se ultrapassarem certos e definidos limites de tolerância (LT). Entende-se por LT a concentração ou intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará dano à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral. Neste grupo está o agente físico 'ruído'. O nível de pressão sonora é considerado elevado, e, portanto, prejudicial à saúde caso ultrapasse o LT. Neste ponto, nem sempre guarda, infelizmente, consenso entre as searas previdenciária e trabalhista. Desde o ano de 1960 até o ano de 1997, a exposição contínua e ininterrupta a ruído superior a 80 dB admite o enquadramento como especial perante o INSS, mas não haverá direito ao adicional de insalubridade se ficar aquém de 85 dB (NR 15). No período de 1997 a 2003, o LT no âmbito da previdência foi alterado para 90 dB, valor superior ao LT do direito trabalhista. Desde 2003, o LT é idêntico nos dois campos do direito, fixado em 85 dB para fins de adicional de insalubridade e para caracterizar o labor como especial. O Nível de Pressão Sonora Elevado (NPSE) é apurado mediante os parâmetros fixados na Norma de Higiene Ocupacional (NHO) nº 1 da Fundacentro. A exposição ao agente físico ruído além do LT provoca a inevitável redução da acuidade auditiva que é evitada mediante a aposentação precoce do B/46 aos 25 anos de exposição (cód. 2.0.1 do anexo IV do decreto nº 3.048). Por ventura estabelecido o dano auditivo (disacusia neurossensorial bilateral e simétrica) antes do implemento dos 25 anos de exercício do labor, e em atenção ao art. 86, § 4º, da LB e da Súmula nº 44 do STJ, a reparação dar-se-á mediante a concessão do auxílio-acidente." (ARRAIS ALENCAR, Hermes. Benefícios Previdenciários, 4ª ed., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009, p. 472-473)

DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL

Quanto ao uso de equipamentos de proteção individual (EPIS), nas atividades desenvolvidas no presente feito, sua utilização não afasta a insalubridade. Ainda que minimize seus efeitos, não é capaz de neutralizá-lo totalmente. Nesse sentido, veja-se a Súmula nº 9 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, segundo a qual "O uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o serviço especial prestado".

In casu, visando a comprovação do exercício de atividade especial, a parte autora apresentou cópia da CTPS e PPP's, demonstrando que o requerente exerceu suas funções de:

- 23.09.1985 a 29.05.1992 e de 01.09.1992 a 05.03.1997, junto à empresa *Ober S/A Indústria e Comércio*, exposto ao agente agressivo ruído, de forma habitual e permanente, sob o nível de 89 dB(A), considerado prejudicial à saúde nos termos legais, eis que a legislação vigente à época da prestação do serviço exigia, para consideração de labor especial, a sujeição contínua do segurado a níveis sonoros superiores a 80 dB(A), o que restou inequivocamente comprovado nos autos.

- 19.11.2003 a 14.01.2019, também junto à empresa *Ober S/A Indústria e Comércio*, exposto ao agente agressivo ruído, de forma habitual e permanente, sob níveis variáveis de 85,5 dB(A) a 93,3 dB(A), considerados prejudiciais à saúde nos termos legais, eis que a legislação vigente à época da prestação do serviço exigia, para consideração de labor especial, a sujeição contínua do segurado a níveis sonoros superiores a 85 dB(A), o que também restou demonstrado nos autos.

Pertinente, ainda, esclarecer que não é necessário que os documentos que demonstram atividade insalubre sejam contemporâneos ao período de prestação de serviço, ante a falta de previsão legal para tanto.

Nesse sentido, confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TEMPO ESPECIAL. DEMONSTRAÇÃO. DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEOS. EFICÁCIA PROBATÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I. Para a prova da atividade especial (insalubre, penosa ou perigosa), é desnecessário que o documento (formulário ou laudo) seja contemporâneo à prestação do serviço, pois, com o avanço tecnológico, o ambiente laboral tende a tornar-se menos agressivo à saúde do trabalhador. Precedentes.

II. Considerações genéricas a respeito das provas, feitas pelo INSS no curso de processo administrativo, são insuficientes a infirmar os formulários e laudos fornecidos pelas ex-empregadoras do segurado. III. Agravo legal não provido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AC - 1181074; Relator Juiz Fed. Convocado Carlos Francisco; e-DJF3 Judicial 1:25/05/2011).

Destarte, mostrou-se acertado o reconhecimento dos períodos acima explicitados como atividade especial exercida pelo demandante.

DA APOSENTADORIA ESPECIAL

De início, cumpre destacar que a aposentadoria especial está prevista no art. 57, "caput", da Lei nº 8.213/91 e pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da EC nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, inc. II, da Lei nº 8.213/91.

Sendo assim, computando-se os períodos de atividade especial declarados em juízo (23.09.1985 a 29.05.1992, 01.09.1992 a 05.03.1997 e de 19.11.2003 a 14.01.2019), observo que até a data do requerimento administrativo, qual seja, 30.01.2019, o demandante já havia implementado tempo suficiente de labor em condições especiais para viabilizar a concessão do benefício de aposentadoria especial, como que há de ser mantida a procedência do pedido veiculado em sua prelação.

O termo inicial da benesse também deve ser mantido na data do requerimento administrativo, qual seja, 30.01.2019, ocasião em que o ente autárquico foi cientificado da pretensão do demandante que, por sua vez, já fazia jus a concessão da benesse na forma declarada judicialmente.

Mantenho, ainda, os termos definidos na r. sentença para incidência dos consectários legais, haja vista a ausência de impugnação recursal das partes nesse sentido.

Por fim, mantida a condenação do ente autárquico ao pagamento de honorários advocatícios, cujo percentual estabelecido na r. sentença majoro em 2% (dois por cento), a incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data de prolação da r. sentença, consoante Súmula nº 111 do C. Superior Tribunal de Justiça e critérios do art. 85, §§ 1º, 2º, 3º, inc. I, e 11, do CPC.

Custas na forma da lei.

Isto posto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO DO INSS**, mantendo-se a r. sentença recorrida por seus próprios fundamentos.

Decorrido o prazo recursal, tomemos autos ao Juízo de origem.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

elitozad

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5202613-74.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDVALDO ROBERTO DE ALBUQUERQUE
Advogados do(a) APELADO: ALINE PERRUD QUISSARA - SP348541-N, ANTONIO AUGUSTO DE MELLO - SP128971-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

VISTOS.

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, a concessão de aposentadoria por idade a trabalhador rural.

Documentos.

Assistência judiciária gratuita.

A sentença julgou procedente o pedido e condenou o INSS a conceder a aposentadoria por idade rural à parte autora a partir da data do requerimento administrativo (12/03/2018). Condenou ainda, a autarquia, ao pagamento das parcelas em atraso com correção monetária e juros de mora, além dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, consideradas as prestações vencidas até a data da sentença.

Sentença não submetida à remessa oficial.

Apelação do INSS em que alega não restar demonstrado o efetivo exercício da atividade rural pelo que requer a reforma da r. sentença. Se esse não for o entendimento, pleiteia a incidência da correção monetária e dos juros de mora nos termos da Lei 11.960/09 e a redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões subiram os autos a este E. Tribunal.

É o relatório.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12º) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocriticamente, em sistemática similar do que ocorria no artigo CPC/73.

O julgamento monocritico atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Discute-se, nestes autos, o preenchimento dos requisitos necessários à concessão de aposentadoria por idade ao rurícola, sendo necessária a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural pelo período exigido na Lei n. 8.213/91.

A Lei nº 8.213/91, em seus artigos 39, inciso I, 48, 142 e 143, estabelece os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria por idade a rurícola.

Além do requisito etário, o trabalhador rural deve comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que descontinua, em número de meses idêntico à carência do benefício.

O dispositivo legal citado deve ser analisado em consonância com o artigo 142, que assim dispõe:

"Art. 142. Para o segurado inscrito na Previdência Social urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá a seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício. (...)".

No mais, segundo o RESP 1.354.908, realizado segundo a sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC, art. 543-C), necessária a comprovação do tempo de atividade rural no período imediatamente anterior à aquisição da idade:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil (RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.908 - SP (2012/0247219-3)). RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 09/09/2015."

Não se exige do trabalhador rural o cumprimento de carência, como dever de verter contribuição por determinado número de meses, senão a comprovação do exercício laboral durante o período respectivo.

No que se refere à comprovação do labor campesino, algumas considerações se fazem necessárias, uma vez que balizam o entendimento deste Relator no que diz com a valoração das provas comumente apresentadas.

Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais fazem prova do quanto nelas alegado, desde que devidamente homologadas pelo Ministério Público ou pelo INSS, órgãos competentes para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 106, III, da Lei nº 8.213/91, seja em sua redação original, seja com alteração levada a efeito pela Lei nº 9.063/95.

Na mesma seara, declarações firmadas por supostos ex-empregadores ou subscritas por testemunhas, noticiando a prestação do trabalho na roça, não se prestam ao reconhecimento então pretendido, tendo em conta que equivalem a meros depoimentos reduzidos a termo, sem o crivo do contraditório, conforme entendimento já pacificado no âmbito desta Corte.

Igualmente não alcançam os fins pretendidos, a apresentação de documentos comprobatórios da posse da terra pelos mesmos ex-empregadores, visto que não trazem elementos indicativos da atividade exercida pela parte requerente.

Já a mera demonstração, por parte do autor, de propriedade rural, só se constituirá em elemento probatório válido desde que traga a respectiva qualificação como lavrador ou agricultor. No mesmo sentido, a simples filiação a sindicato rural só será considerada mediante a juntada dos respectivos comprovantes de pagamento das mensalidades.

Têm-se, por definição, como início razoável de prova material, documentos que tragam a qualificação da parte autora como lavrador, v.g., assentamentos civis ou documentos expedidos por órgãos públicos. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp nº 346067, Rel. Min. Jorge Scartezini, v.u., DJ de 15.04.2002, p. 248.

Da mesma forma, a qualificação de um dos cônjuges como lavrador se estende ao outro, a partir da celebração do matrimônio, consoante remansosa jurisprudência já consagrada pelos Tribunais.

Na atividade desempenhada em regime de economia familiar, toda a documentação comprobatória, como talonários fiscais e títulos de propriedade, é expedida, em regra, em nome daquele que faz frente aos negócios do grupo familiar. Ressalte-se, contudo, que nem sempre é possível comprovar o exercício da atividade em regime de economia familiar através de documentos. Muitas vezes o pequeno produtor cultiva apenas o suficiente para o consumo da família e, caso revenda o pouco do excedente, não emite a correspondente nota fiscal, cuja eventual responsabilidade não está sob análise nesta esfera. O homem simples, oriundo do meio rural, comumente efetua a simples troca de parte da sua colheita por outros produtos de sua necessidade que um vizinho eventualmente tenha colhido ou a entrega como forma de pagamento pela parceria na utilização do espaço de terra cedido para plantar.

De qualquer forma, é entendimento já consagrado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (AG nº 463855, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 09/09/03) que documentos apresentados em nome dos pais, ou outros membros da família, que os qualifiquem como lavradores, constituem início de prova do trabalho de natureza rurícola dos filhos.

O art. 106 da Lei nº 8.213/91 apresenta um rol de documentos que não configura *numerus clausus*, já que o "sistema processual brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado" (AC nº 94.03.025723-7/SP, TRF 3ª Região, Rel. Juiz Souza Pires, 2ª Turma, DJ 23.11.94, p. 67691), cabendo ao Juízo, portanto, a prerrogativa de decidir sobre a sua validade e a sua aceitação.

No que se refere ao recolhimento das contribuições previdenciárias, destaco que o dever legal de promover seu recolhimento junto ao INSS e descontar da remuneração do empregado a seu serviço compete exclusivamente ao empregador, por ser este o responsável pelo seu repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe a sua fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação. No caso da prestação de trabalho em regime de economia familiar, é certo que o segurado é dispensado do período de carência, nos termos do disposto no art. 26, III, da Lei de Benefícios e, na condição de segurado especial, assim enquadrado pelo art. 11, VII, da legislação em comento, caberia o dever de recolher as contribuições tão-somente se houvesse comercializado a produção no exterior, no varejo, isto é, para o consumidor final, a empregador rural pessoa física ou a outro segurado especial (art. 30, X, da Lei de Custeio).

Por fim, outra questão que suscita debates é a referente ao trabalho urbano eventualmente exercido pelo segurado ou por seu cônjuge, cuja qualificação como lavrador lhe é extensiva. Perfilho do entendimento no sentido de que o desempenho de atividade urbana, *de per se*, não constitui óbice ao reconhecimento do direito aqui pleiteado, desde que o mesmo tenha sido exercido por curtos períodos, especialmente em época de entressafra, quando o humilde camponês se vale de trabalhos esporádicos em busca da sobrevivência.

Da mesma forma, o ingresso no mercado de trabalho urbano não impede a concessão da aposentadoria rural, na hipótese de já restar ultimada, em tempo anterior, a carência exigida legalmente, considerando não só as datas do início de prova mais remoto e da existência do vínculo empregatício fora da área rural, como também que a prova testemunhal, segura e coerente, enseje a formação da convicção deste julgador acerca do trabalho camponês exercido no período.

PASSO À ANÁLISE DO CASO CONCRETO

O autor completou a idade mínima de 60 anos em 2018, posto que nasceu em 10/02/1958, devendo comprovar, portanto, o exercício de atividade rural por 180 meses.

Nos termos da Súmula de nº 149 do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que a prova testemunhal venha acompanhada de, pelo menos, um início razoável de prova documental, *in verbis*:

"A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção do benefício previdenciário".

Para comprovar o exercício de tal atividade, o requerente junta aos autos os seguintes documentos:

- Certidão de casamento do genitor, realizado em 12/10/1958, em que este se encontra qualificado como agricultor;
- Certidão expedida pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, constando que o autor teve inscrição como produtor rural de 24/08/1993 a 30/09/1994;
- Título eleitoral em nome próprio, expedido em 13/08/1976, em que consta a sua profissão como sendo lavrador e,
- notas fiscais de produtor em nome de Bento Pelozo referentes aos anos de 2006 a 2018, de comercialização de gado.

As testemunhas, por sua vez, prestaram depoimentos coerentes e ratificaram as alegações da inicial, no sentido de que ele sempre foi trabalhador rural e que já há alguns anos trabalha na propriedade rural do sr. Bento Pelozo, tocando lavoura de café e cuidando do gado.

Dessa forma, resta demonstrado o exercício da atividade camponesa em quantidade de meses igual à carência, fazendo jus à concessão da aposentadoria por idade rural, impondo-se a manutenção da r. sentença.

Quanto à verba honorária, mantenho-a em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, conforme o art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015, sobre as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Com relação aos índices de correção monetária e taxa de juros, deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

Considerando o parcial provimento ao recurso interposto pela autarquia, não incide ao presente caso a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Ante o exposto, **dou parcial provimento à apelação do INSS**, nos termos da fundamentação.

Decorrido o prazo legal, baixemos autos ao juízo de origem.

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

callessi

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5273671-40.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO ADAIL ANGELE
Advogados do(a) APELADO: EDGAR JOSE ADABO - SP85380-N, VANDERLEIA ROSANA PALHARI BISPO - SP134434-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Considerando que a matéria objeto da controvérsia versa sobre a possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, mediante o cômputo de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos e sem comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo (Tema 1007 - STJ), objeto do RE nos EDcl no Recurso Especial 1.674.221/SP, selecionado como representativo de controvérsia, na forma do art. 1.036, § 1º, do CPC/15, com determinação de suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da questão delimitada e tramitem no território nacional, determino o sobrestamento do presente feito até a apreciação da questão.

Ciência às partes.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

callessi

DECISÃO

Ajuizou o autor Florival Barbosa da Silva a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para que os períodos entre 14/5/1982 a 11/9/1984, de 15/10/1984 a 18/2/1987, de 20/2/1987 a 9/12/1987 sejam enquadrados como especiais para fins de revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/165.241.265-1 – DIB 1/2/2017).

Documentos.

Cópia do procedimento administrativo (id 135184268).

Concedidos os benefícios da justiça gratuita (id 135184272).

Contestação (id 135184277).

A sentença julgou improcedente o pedido.

Recorreu o autor para sustentar que houve ofensa ao devido processo legal e pugna pela produção da prova pericial e a procedência do seu pedido devido ao labor em condições insalubres.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no artigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

De início assinalo que o juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe indeferir a produção daquelas inúteis em face da existência de dados suficientes para o julgamento da causa, ou determinar, de ofício, a produção de outras que se façam necessárias à formação do seu convencimento. Assim, se o magistrado entende desnecessária a realização de perícia ou oitiva de testemunhas por entender que a constatação da especialidade do labor exercido se faz por meio dos formulários e laudos fornecidos pela empresa, pode indeferir a sem que isso implique cerceamento de defesa.

No mais, ressalto que tange à comprovação da fauna especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, tido como documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, é apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da fauna especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Reúne as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

In casu o autor apresentou os PPPs, razão pela qual rejeito a matéria preliminar.

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

A jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, e após pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, conforme a seguir se verifica.

Ressalto que os Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79 vigoram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifei)

(STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355)."

O art. 58 da Lei n. 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico).

Entre 28/05/95 e 11/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.96, o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida com a edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ: Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Por fim, ainda no que tange a comprovação da faixa especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faixa especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Retine as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faixa nocente:

"PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhará a realidade da época do labor, já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

II. A regra que institui ou modifica prazo decadencial não pode retroagir para prejudicar direitos assegurados anteriormente à sua vigência. (Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna).

III. Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial - bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula nº 198/TFR. Orientação do STJ.

V. O perfil Profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1º.09.67 a 02.03.1969, 1º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e de 02.01.1989 a 22.04.1991.

VI. O Decreto nº 53.831/64 previu o limite mínimo de 80 decibéis para ser tido por agente agressivo (código 1.1.6) e, assim, possibilitar o reconhecimento da atividade como especial, orientação que encontra amparo no que dispôs o art. 292 do Decreto nº 611/92, cuja norma é de ser aplicada até a modificação levada a cabo em relação ao tema com a edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe novas disposições sobre o tema, a partir de quando se passou a exigir o nível de ruído superior a 90 (noventa) decibéis.

VII. A utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva não serve para descaracterizar a insalubridade do trabalho.

(...)" (TRF3, AC nº 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 CJ1 20.05.10, p. 930).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido". (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des.Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RUÍDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos." (TRF3, AC n° 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Com. Giselle França, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008). (g.n.)

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. FATOR. APLICAÇÃO. LIMITE TEMPORAL. INEXISTÊNCIA.

I - "A partir de 3/9/2003, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827 ao Decreto n. 3.048, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos, utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007)" (REsp 1.096.450/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/9/2009).

II - "O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum" (REsp 956.110/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 22/10/2007). Agravo regimental desprovido". (STJ, 5ª T., AgRgREsp 1150069, Rel. Min. Felix Fischer, v. u., DJE 7/6/2010)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. CONVERSÃO DE TEMPO DE ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS EM TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. APOSENTADORIA. FATOR DE CONVERSÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N.º 4.827, DE 04/09/2003, QUE ALTEROU O ART. 70 DO DECRETO N.º 3.048, DE 06/05/1999. APLICAÇÃO PARA TRABALHO PRESTADO EM QUALQUER PERÍODO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte de origem solucionou a questão juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, não estando eivada de qualquer vício do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Para a caracterização e a comprovação do tempo de serviço, aplicam-se as normas que vigiam ao tempo em que o serviço foi efetivamente prestado; contudo, no que se refere às regras de conversão, aplica-se a tabela constante do art. 70 do Decreto n.º 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto n.º 4.827/2003, independentemente da época em que a atividade especial foi prestada.

3. Recurso especial desprovido." (STJ, 5ª T., REsp 1151652, Rel. Min. Laurita Vaz, v. u., DJE 9/11/2009)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12:

"É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28/05/98, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.11.

PASSO A ANALISAR O CASO CONCRETO

Entre 14/5/1982 a 11/9/1984 e de 20/2/1987 a 9/12/1987 laborou para Raizen Energia S/A e de 15/10/1984 a 18/2/1987 para Usina Açucareira São Manoel S/A. Os respectivos PPP apresentados (id 135184268 – pg. 44/49), devidamente preenchidos e assinados, apontam que o autor laborou no cultivo de cana-de-açúcar, cujas funções consistiam no corte, plantio, carpa, entre outras.

Entendo que as atividades relacionadas ao cultivo e corte manual de cana-de-açúcar em empreendimento agroindustrial destacam-se como insalubres e devem ser enquadradas, pela categoria profissional, no item 2.2.1 do Decreto nº 53.831/64.

É este o entendimento do CSTJ:

"(...)

Observo que as atividades desenvolvidas até 15/10/1996 estão cobertas pela legislação da época que dispensou a comprovação das condições especiais por meio de laudos técnicos e similares, bastando a adequação do cargo anotado nos quadros constantes dos Decretos 53.831/64 e 83.080/64. Neste caso, trabalhador rural de estabelecimento agropecuário e de corte de cana, cf JIs (19/20), com este último vínculo mencionado enquadrado dentre as categorias profissionais por analogia à atividade de rurícola.

(...)

(REsp 1494911/AL - Rel. Ministro Herman Benjamin, 12/12/2014)

Necessário esclarecer que a atividade rural desenvolvida pode ser considerada especial (atividade prevista no código 2.2.1, do quadro a que se refere o art. 2º, do Decreto nº 53.831/64) pois referida expressamente à "agropecuária", abrangendo-se rurícolas que se encontrassem expostos, de forma habitual e permanente, a agentes agressivos à saúde.

Nesse passo, reformo a r. sentença para se reconhecer a insalubridade dos intervalos acima, devendo o INSS proceder à revisão do benefício desde a sua DIB.

Ao caso não incide a prescrição quinquenal tendo em vista a concessão fixada em 1/2/2017 e o ajuizamento da ação em 11/6/2019.

As diferenças devem ser apuradas com aplicação dos índices de correção monetária e taxas de juros, com observância do julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

Quanto à verba honorária, fixo-a a cargo do INSS em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a data deste *decisum*.

No que tange às despesas processuais, são elas devidas, à observância do disposto no artigo 11 da Lei n.º 1060/50, combinado com o artigo 91 do Novo Código de Processo Civil. Porém, a se considerar a hipossuficiência da parte autora e os benefícios que lhe assistem, em razão da assistência judiciária gratuita, a ausência do efetivo desembolso desonera a condenação da autarquia federal à respectiva restituição.

Por fim, cabe destacar que para o INSS não há custas e despesas processuais em razão do disposto no artigo 6º da Lei estadual 11.608/2003, que afasta a incidência da Súmula 178 do STJ.

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO** ao apelo do autor para julgar procedente a demanda. Consectários na forma indicada.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

cehy

D E C I S Ã O

Ajuizou o autor Joel Gonzalo de Lima a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS para que os períodos de 19/9/1977 a 26/11/1980 e de 19/1/1990 a 14/6/1990 sejam reconhecidos como especiais para fins de conversão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/151.675.325-6 – DIB 14/4/2009), concedido judicialmente, em aposentadoria especial.

Documentos.

Concedidos os benefícios da justiça gratuita (id 135399480).

Contestação (id 135399487).

Cópia do processo de concessão do benefício (id 135399488 e id 135399490).

Cópia do procedimento administrativo (id 135399494).

A sentença julgou improcedente o pedido (id 135399507).

Inconformada, apelou a parte autora. Afirmou que não restou configurada a alegada hipótese de coisa julgada, por se tratarem de demandas com pedidos e causa de pedir distintos, devendo a r. sentença ser anulada. Pediu o retorno dos autos à vara de origem, para assim ser realizada a prova técnica pericial a fim de se constatar a especialidade das atividades exercidas pelo requerente, no período compreendido entre 19/9/1977 a 26/11/1980 e de 19/1/1990 a 14/6/1990 em que exerceu a atividade de servente/operador na empresa Produtos Alimentícios Orfândia.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

A sentença entendeu que a demanda não poderia ser apreciada por conta da coisa julgada, uma vez que o benefício a ser revisto foi implantado por força de decisão judicial.

Consoante o disposto no artigo 337, § 1º, do novo Código de Processo Civil há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba mais recurso e a hipótese dos autos não se coaduna com o citado instituto.

Na ação protocolada sob n. 2009.63.02.007018-1, apreciada pelo Juizado Especial, a parte autora requereu a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição e, para tanto, requereu o enquadramento como atividade especial entre 9/1/1981 a 13/1/1989 e de 20/6/1990 a 26/5/2009.

Ao passo que, nesta demanda, a parte autora pleiteia, a concessão da aposentadoria especial pelo cômputo do intervalo diverso do apreciado no momento da concessão do benefício.

Não há a afronta à coisa julgada na medida em que não se discute o enquadramento de intervalo analisado por ação anteriormente proposta. O autor persegue tão somente o melhor benefício, direito que lhe cabe. Portanto a sentença deve ser anulada.

Autorizado pelo artigo 1013, § 3º, inciso I, do CPC, passo à análise do mérito.

TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

A jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida, devendo, portanto, no caso em tela, ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, e após pelo Decreto nº 2.172/97, sendo irrelevante que o segurado não tenha completado o tempo mínimo de serviço para se aposentar à época em que foi editada a Lei nº 9.032/95, conforme a seguir se verifica.

Ressalto que os Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserida no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (grifei)

(STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355)."

O art. 58 da Lei n. 8.213/91 dispõe, em sua redação original:

Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica.

Até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de profissão que se enquadre no disposto nos anexos dos regulamentos acima referidos, exceto para os agentes nocivos ruído, poeira e calor (para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico).

Entre 28/05/95 e 11/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a caracterização da denominada atividade especial, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, em 11.10.96, o dispositivo legal supra transcrito passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

§ 1º a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

(...)

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91 como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13 de 23.10.97 - republicado na MP nº 1.596-14, de 10.11.97 e convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação somente foi definida como edição do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997 (art. 66 e Anexo IV).

Ocorre que se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...)

- A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido.

(STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (até 28.04.1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Por fim, ainda no que tange a comprovação da faixa especial, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, de sorte a substituir o laudo técnico.

Além disso, a própria autarquia federal reconhece o PPP como documento suficiente para comprovação do histórico laboral do segurado, inclusive da faixa especial, criado para substituir os formulários SB-40, DSS-8030 e sucessores. Retine as informações do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho - LTCAT e é de entrega obrigatória aos trabalhadores, quando do desligamento da empresa.

Outrossim, a jurisprudência desta Corte destaca a prescindibilidade de juntada de laudo técnico aos autos ou realização de laudo pericial, nos casos em que o demandante apresentar PPP, a fim de comprovar a faixa nocente:

"PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PRELIMINAR. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ATIVIDADE ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE SEU EXERCÍCIO. CONVERSÃO PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

I. Apresentado, com a inicial, o PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário, não cabe a produção de prova pericial, já que nele consubstanciada. Eventual perícia realizada por perito nomeado pelo juízo não espelhariá a realidade da época do labor; já que o que se pretende demonstrar é o exercício de condições especiais de trabalho existentes na empresa num interregno muito anterior ao ajuizamento da ação. Desnecessidade de produção da prova testemunhal, já que a questão posta nos autos prescinde de provas outras que as já existentes nos autos, para análise.

II. A regra que institui ou modifica prazo decadencial não pode retroagir para prejudicar direitos assegurados anteriormente à sua vigência. (Art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil e Art. 5º, inciso XXXVI da Carta Magna).

III. Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR).

IV. A legislação aplicável ao reconhecimento da natureza da atividade exercida pelo segurado - se comum ou especial - bem como à forma de sua demonstração, é aquela vigente à época da prestação do trabalho respectivo.

V. A atividade especial pode ser assim considerada mesmo que não conste expressamente em regulamento, bastando a comprovação da exposição a agentes agressivos por prova pericial. Súmula nº 198/TFR. Orientação do STJ.

V. O perfil Profissiográfico previdenciário (documento que substitui, com vantagens, o formulário SB-40 e seus sucessores e os laudos periciais, desde que assinado pelo responsável técnico) aponta que o autor estava exposto a ruído, de forma habitual e permanente (94 dB), nos períodos de 1º.09.67 a 02.03.1969, 1º.04.1969 a 31.12.1971, 01.04.72 a 24.08.1978, 25.09.1978 a 24.02.1984, 26.03.1984 a 02.12.1988 e de 02.01.1989 a 22.04.1991.

VI. O Decreto nº 53.831/64 previu o limite mínimo de 80 decibéis para ser tido por agente agressivo (código 1.1.6) e, assim, possibilitar o reconhecimento da atividade como especial, orientação que encontra amparo no que dispôs o art. 292 do Decreto nº 611/92, cuja norma é de ser aplicada até a modificação levada a cabo em relação ao tema com a edição do Decreto nº 2.172/97, que trouxe novas disposições sobre o tema, a partir de quando se passou a exigir o nível de ruído superior a 90 (noventa) decibéis.

VII. A utilização de equipamentos de proteção individual ou coletiva não serve para descaracterizar a insalubridade do trabalho.

(...)" (TRF3, AC nº 1117829, UF: SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, v.u., DJF3 C.J1 20.05.10, p. 930).

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CPC. ATIVIDADE ESPECIAL. RUÍDO. COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEOS.

I - O perfil profissiográfico previdenciário, criado pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

II - A extemporaneidade dos formulários ou laudos técnicos não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

III - Agravo previsto no § 1º do artigo 557 do CPC, interposto pelo INSS, improvido". (TRF3, AC nº 2008.03.99.028390-0, Décima Turma, Rel. Des.Fed. Sérgio Nascimento, julgado em 02.02.2010, DJF3 de 24.02.2010, pág. 1406).

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. RUÍDO. SEM LAUDO. AGENTES QUÍMICOS. PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

O perfil profissiográfico previdenciário elaborado conforme as exigências legais, supre a juntada aos autos do laudo técnico. Considera-se especial o período trabalhado sob a ação de agentes químicos, conforme o D. 53.831/64, item 1.2.9. Embargos de declaração parcialmente acolhidos." (TRF3, AC n.º 2008.03.99.032757-4, Décima Turma, Rel. Juíza Fed. Com. Giselle França, julgado em 09.09.2008, DJF3 de 24.09.2008). (g.n.)

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. CONVERSÃO. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. FATOR. APLICAÇÃO. LIMITE TEMPORAL. INEXISTÊNCIA.

I - "A partir de 3/9/2003, com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827 ao Decreto n. 3.048, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pelas novas regras da tabela definida no artigo 70, que, para o tempo de serviço especial correspondente a 25 anos, utiliza como fator de conversão, para homens, o multiplicador 1,40 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007)" (REsp 1.096.450/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/9/2009).

II - "O Trabalhador que tenha exercido atividades em condições especiais, mesmo que posteriores a maio de 1998, tem direito adquirido, protegido constitucionalmente, à conversão do tempo de serviço, de forma majorada, para fins de aposentadoria comum" (REsp 956.110/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 22/10/2007). Agravo regimental desprovido". (STJ, 5ª T., AgRgREsp 1150069, Rel. Min. Felix Fischer, v. u., DJE 7/6/2010)

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART 535, INCISOS I E II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. CONVERSÃO DE TEMPO DE ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS EM TEMPO DE ATIVIDADE COMUM. APOSENTADORIA. FATOR DE CONVERSÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N.º 4.827, DE 04/09/2003, QUE ALTEROU O ART. 70 DO DECRETO N.º 3.048, DE 06/05/1999. APLICAÇÃO PARA TRABALHO PRESTADO EM QUALQUER PERÍODO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Corte de origem solucionou a questão juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram seu convencimento, não estando eivada de qualquer vício do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Para a caracterização e a comprovação do tempo de serviço, aplicam-se as normas que vigiam ao tempo em que o serviço foi efetivamente prestado; contudo, no que se refere às regras de conversão, aplica-se a tabela constante do art. 70 do Decreto n.º 3.048/99, com a nova redação dada pelo Decreto n.º 4.827/2003, independentemente da época em que a atividade especial foi prestada.

3. Recurso especial desprovido." (STJ, 5ª T., REsp 1151652, Rel. Min. Laurita Vaz, v. u., DJE 9/11/2009)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12:

"É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

Ressalte-se que a possibilidade de conversão do tempo especial em comum, mesmo após 28/05/98, restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento do recurso especial repetitivo número 1151363/MG, de relatoria do Min. Jorge Mussi, publicado no DJe em 05.04.11.

À parte autora compete comprovar o fato constitutivo do seu direito à luz do art. 373 do CPC.

In casu, a parte autora, na inicial, requereu o reconhecimento da insalubridade no período compreendido entre 19/9/1977 a 26/11/1980 e de 19/1/1990 a 14/6/1990 em que exerceu a atividade de servente na empresa Produtos Alimentícios Orlandia S/A Com e Ind., conforme registros na CTPS (id 135399494 – pg. 15 e pg. 35).

Foi acostada aos autos a cópia do procedimento administrativo de concessão do benefício e, naquele documento não consta prova mínima da insalubridade requerida.

Consigno que a função de servente, anotada na sua CTPS não possui previsão legal para o enquadramento como atividade especial na forma perseguida, de tal modo que não há meios de se acolher o seu pedido.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo da parte autora para anular a r. sentença e com fundamento no artigo 1.013, §3º, inciso I, do CPC, julgo improcedente o pedido.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

cehy

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5001005-30.2018.4.03.6140

RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS

APELANTE: LEANDRO DONIZETE CARUSO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, UNIAO FEDERAL

Advogados do(a) APELANTE: JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A, PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A

APELADO: UNIAO FEDERAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, COMPANHIA PAULISTA DE TRENS METROPOLITANOS, LEANDRO DONIZETE CARUSO

Advogado do(a) APELADO: MARIA EDUARDA FERREIRA RIBEIRO DO VALLE GARCIA - SP49457-A

Advogados do(a) APELADO: PAULO ROBERTO COUTO - SP95592-A, JOSE CARLOS DE ASSIS PINTO - SP96958-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de embargos de declaração tempestivamente opostos pelo autor em face de decisão monocrática que não conheceu a remessa oficial, negou provimento ao apelo do autor e deu provimento ao apelo do INSS e da União Federal para julgar improcedente o pedido de complementação do benefício mediante a tabela salarial da CPTM.

A parte embargante sustenta que o texto dos parágrafos 1º e 2º do inciso II do artigo 118 da Lei n. 10.233/2001 sofreu alterações e que a citação da decisão monocrática se encontra equivocada. Segundo o seu entendimento, a nova redação do artigo 118 da mencionada Lei prevê a paridade com o plano de cargos e salários da extinta RFFSA apenas aos funcionários transferidos para o quadro da Valec – Engenharia Construções e Ferrovias S/A. O seu caso seria diverso, uma vez que pede a equiparação com a tabela salarial da CPTM.

É o breve relatório.

Decido.

Os incisos I e II, do artigo 1022 do Novo Código de Processo Civil dispõem sobre a oposição de embargos de declaração se, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão. Destarte, impõe-se a rejeição do recurso em face da ausência de quaisquer das circunstâncias retromencionadas.

A citada alteração legislativa não interfere no mérito da questão.

Ressalte-se que a RFFSA - Rede Ferroviária Federal S.A., embora tenha sofrido todas as transformações relatadas, não pode ser confundida com a CPTM - Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, não servindo esta última de paradigma para fins de paridade entre ativos e inativos da primeira.

Por seu turno, a Lei n. 11.483/2007 encerrou o processo de liquidação e extinguiu a RFFSA, além de estabelecer a forma de paridade para fins da previsão citada nos incisos I e II do caput do art. 118 da Lei nº 10.233/2001.

Posto isso, **rejeito os embargos de declaração da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem

Publique-se. Intime-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

cehy

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5274899-50.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALEXANDRE SOARES FERREIRA NETO
Advogado do(a) APELADO: YWES RODRIGUES DA CUNHA FILHO - SP147149-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando, em síntese, o restabelecimento de sua aposentadoria por invalidez acidentária.

Documentos.

Laudo pericial.

A sentença julgou procedente o pedido.

Apeleção do INSS.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

Decido.

Com o intento de dar maior celeridade à tramitação dos feitos nos Tribunais, a redação do art. 932, III, do NCPC, permitiu ao Relator, em julgamento monocrático, não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, como ocorre *in casu*.

De acordo com os elementos coligidos, especialmente a petição inicial, o laudo pericial e a sentença, extrai-se que o autor pretende o restabelecimento da aposentadoria por invalidez concedida em 08/04/1997, em decorrência de acidente do trabalho, e cessada em 21/09/2019 (id 135282116).

Com efeito, de acordo com o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal, a competência para se conhecer da ação relativa a acidente de trabalho é da Justiça Comum Estadual.

A respeito do tema, foi editada a Súmula nº 15 do E. Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho".

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO RESULTANTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. Tanto a ação de acidente do trabalho quanto a ação de revisão do respectivo benefício previdenciário devem ser processadas e julgadas pela Justiça Estadual. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de acidentes do Trabalho de Santos, SP. (CC 124.181/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013)"

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF. A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido. (RE-AgR 478472, CARLOS BRITTO, STF)"

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO VISANDO A OBTER PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ALCANCE DA EXPRESSÃO "CAUSAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO". 1. Nos termos do art. 109, I, da CF/88, estão excluídas da competência da Justiça Federal as causas decorrentes de acidente do trabalho. Segundo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e adotada pela Corte Especial do STJ, são causas dessa natureza não apenas aquelas em que figuram como partes o empregado acidentado e o órgão da Previdência Social, mas também as que são promovidas pelo cônjuge, ou por herdeiros ou dependentes do acidentado, para haver indenização por dano moral (da competência da Justiça do trabalho - CF, art. 114, VI), ou para haver benefício previdenciário pensão por morte, ou sua revisão (da competência da Justiça Estadual). 2. É com essa interpretação ampla que se deve compreender as causas de acidente do trabalho - referidas no art. 109, I, bem como nas Súmulas 15/STJ ("Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho") e 501/STF (Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista). 3. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual. ...EMEN:(CC 201200440804, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:16/04/2012)".

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL (ART.557, § 1º, DO CPC). DORT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Cabe à Justiça Estadual o julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho decorrente de doença ocupacional ou relacionada ao trabalho - LER/DORT. 2. Agravo legal provido. (AC 00087319020054036110, DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSULA, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/09/2012)."

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. COMPETÊNCIA DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECISÃO FUNDAMENTADA. I - Não merece reparos a decisão recorrida, que negou seguimento ao agravo de instrumento, interposto de decisão proferida pela MM.^a Juíza Federal Substituta, da 7ª Vara Previdenciária de São Paulo, que declinou da competência para processar e julgar o feito, determinando a remessa dos autos para uma das Varas Estaduais da Comarca de São Paulo, por se tratar de demanda acidentária. II - A Lei Federal n.º 11.340, de 26.12.2006, acrescentou o artigo 21-A e parágrafos à Lei 8.213/91, instituindo o nexo técnico epidemiológico previdenciário - NTEP. III - O reconhecimento do NTEP pelo médico perito do INSS faz presumir a natureza ocupacional da doença apresentada pela segurada, reconhecendo seu direito ao benefício acidentário e transferindo ao empregador o ônus de provar que não se trata de moléstia adquirida em razão da atividade laborativa exercida. IV - A ora recorrente pretende anular o ato do INSS, que, mediante a aplicação do nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP, converteu auxílio-doença previdenciário em acidentário. Para tanto, almeja demonstrar na esfera judicial que a moléstia apresentada pela segurada não teve origem na atividade laborativa desenvolvida e que, portanto, não se trata de pessoa portadora de doença ocupacional. V - A discussão posta em juízo gira em torno de saber se a segurada faz jus ao benefício acidentário, reconhecido pelo INSS, mediante a aplicação do NTEP. VI - A matéria foge à competência de julgamento da Justiça Federal, consoante a regra inserta no art. 109, inc. I, da Constituição Federal/88 e Súmula 15 do E. STJ, segundo às quais compete à Justiça Estadual julgar os processos relativos a acidente ou doença do trabalho. VII - Não merece reparos a decisão recorrida, posto que calçada em precedentes desta E. Corte. VIII - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação. XI - Agravo legal não provido. (AI 00016824820124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/09/2012..FONTE_REPUBLICACAO:)"

Ante o exposto, nos termos do artigo 932, III, do Novo Código de Processo Civil, c.c. art. 33, XII, do Regimento Interno desta Corte, determino o encaminhamento dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ante a incompetência desta E. Corte ao julgamento do feito.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005264-63.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ADELSON NOGI
Advogado do(a) APELANTE: TATYANE CAMPOS DA CRUZ - MS16872-A
APELADO: ADELSON NOGI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: TATYANE CAMPOS DA CRUZ - MS16872-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A parte autora ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS objetivando, em síntese, o restabelecimento de auxílio-doença e sua conversão em aposentadoria por invalidez.

Documentos.

Assistência judiciária gratuita.

Laudo pericial.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar a autarquia a restabelecer o auxílio-doença do demandante, a partir da cessação administrativa, benefício a ser pago até 31/01/2020. Juros de mora e correção monetária. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Concedida a tutela antecipada.

Apeleção do INSS para pleitear a reforma do julgado, sob o fundamento de que não foi demonstrada a total inaptidão do autor, mas apenas redução de sua capacidade. Subsidiariamente, pleiteia a fixação do termo inicial na data de juntada do laudo e a determinação de data específica para cessação do benefício. Pede, ainda, a redução da verba honorária e modificação dos critérios de incidência da correção monetária e juros de mora.

Apelo do demandante em que alega fazer jus à aposentadoria por invalidez.

Com contrarrazões do requerente, vieram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar à que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Pois bem.

Inicialmente, não conheço da parte da apelação do INSS referente à necessidade de fixação de data específica para cessação do benefício concedido, uma vez que o magistrado *a quo* determinou seu pagamento até 31/01/2020.

O benefício de aposentadoria por invalidez está disciplinado nos arts. 42 a 47 da Lei nº 8.213, de 24.07.1991. Para sua concessão deve haver o preenchimento dos seguintes requisitos: i) a qualidade de segurado; ii) o cumprimento da carência, excetuados os casos previstos no art. 151 da Lei nº 8.213/1991; iii) a incapacidade total e permanente para a atividade laborativa; iv) ausência de doença ou lesão anterior à filiação para a Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas.

No caso do benefício de auxílio-doença, a incapacidade há de ser temporária ou, embora permanente, que seja apenas parcial para o exercício de suas atividades profissionais habituais ou ainda que haja a possibilidade de reabilitação para outra atividade que garanta o sustento do segurado, nos termos dos artigos 59 e 62 da Lei nº 8.213/1991.

Destacados os artigos que disciplinam os benefícios em epígrafe, passo a analisar o caso concreto.

A qualidade de segurado do demandante e o cumprimento do período de carência são incontroversos.

No tocante à incapacidade, o laudo pericial, de 30/07/2019, atestou que o autor apresenta espondilodiscoartrose lombar com cialgia à esquerda, estando total e temporariamente inapto ao labor desde 08/2018. O perito sugeriu afastamento do vindicante de suas funções pelo período de 6 meses.

Dessa forma, e tendo em vista que o autor é jovem, atualmente com 49 (quarenta e nove) anos, estão presentes os requisitos necessários à implantação do auxílio-doença, mas não da aposentadoria por invalidez.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta E. Corte:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557 DO CPC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO-DOENÇA. ARTIGOS 42 A 47 E 59 A 62 DA LEI Nº 8.213, DE 24.07.1991. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL E PERMANENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O benefício de aposentadoria por invalidez está disciplinado nos artigos 42 a 47 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Para sua concessão, deve haver o preenchimento dos seguintes requisitos: i) a qualidade de segurado; ii) o cumprimento da carência, excetuados os casos previstos no art. 151 da Lei nº 8.213/1991; iii) a incapacidade total e permanente para a atividade laboral; iv) ausência de doença ou lesão anterior à filiação para a Previdência Social, salvo se a incapacidade sobrevier por motivo de agravamento daquelas. 2. A autora faz jus ao auxílio-doença, máxime ao se considerar que ainda é jovem (nascimento em 30.04.1967 - fl. 13), bem como que a reabilitação clínica é possível. 3. Agravo legal a que se nega provimento. (AC 00007707020114036116, DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, TRF3 - SÉTIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/05/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS. POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO. COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE TUTELA ANTECIPADA. CONTRADIÇÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. I - A matéria encontra-se suficientemente analisada nos autos, restando consignado não se justificar a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez ao autor por ora, em razão de ser pessoa jovem (48 anos), portando enfermidades passíveis de tratamento com controle medicamentoso, podendo ser reabilitado para o desempenho de outra atividade, caso readquirir aptidão para o trabalho. II - As parcelas pagas administrativamente a título de tutela antecipada devem ser compensadas quando da liquidação de sentença, sob pena de impor ao INSS uma despesa equivalente ao dobro do valor do benefício devido a cada mês, proporcionando, assim, um enriquecimento sem causa ao autor; o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. III - O tema invocado em sede de embargos declaratórios foi devidamente esclarecido na decisão embargada. O que pretende, na verdade, o embargante, é a rediscussão do mérito da ação, o que não é possível em sede de embargos de declaração. IV - Os embargos de declaração interpostos com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório (Súmula nº 98 do E. STJ). V - Embargos de declaração do autor rejeitados. (APELREEX 00319815220104039999, DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO, TRF3 - DÉCIMA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/04/2011 PÁGINA: 2154 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. QUALIDADE DE SEGURADO. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA A ATIVIDADE HABITUAL. CARÊNCIA. - Preenchidos os requisitos legais previstos no art. 59 da Lei nº 8.213/91 - quais sejam, qualidade de segurado, incapacidade total para o trabalho ou para a sua atividade habitual, e cumprimento do período de carência (12 meses), quando exigida - é de rigor a concessão do auxílio-doença. - Embora trabalhador braçal impedido de exercer o seu ofício, trata-se de pessoa jovem (26 anos), sendo prematuro aposentá-lo. - A renda mensal inicial do auxílio-doença deverá corresponder a 91% do salário-de-benefício, na forma do artigo 61 da Lei nº 8.213/91. - O termo inicial do benefício deve retroagir a 02.02.2005, dia imediato ao da indevida cessação do auxílio-doença, porquanto comprovada a incapacidade do autor desde aquela época. - Correção monetária das parcelas vencidas, nos termos preconizados na Resolução nº 561, de 02 de julho de 2007, do Conselho da Justiça Federal, a contar de seus vencimentos. - Juros de mora devidos à razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação, nos termos do artigo 406 do novo Código Civil, conjugado com o artigo 161 do Código Tributário Nacional. Excluída a taxa Selic diante da impossibilidade de cumular correção monetária e juros com outra correção monetária. - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, considerando as parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça, em sua redação atual. - Determinada a conversão da aposentadoria por invalidez concedida em antecipação dos efeitos da tutela em auxílio-doença, bem como a inclusão do autor em programa de reabilitação profissional, no prazo de 30 (trinta) dias, a partir da competência janeiro/08, sob pena de multa. - Apelação do INSS a que se dá parcial provimento para conceder o benefício de auxílio-doença, com renda mensal inicial correspondente a 91% do salário-de-benefício. Apelação do autor a que se dá parcial provimento para fixar o termo inicial do benefício em 18.12.2004 (dia imediato ao da indevida cessação do auxílio-doença), momento a partir do qual incidirão juros de mora e correção monetária, conforme exposto, e para fixar os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação, considerando as prestações vencidas até a data da sentença. Determinada a imediata conversão da aposentadoria por invalidez em auxílio-doença e a inclusão do autor em programa de reabilitação profissional, nos termos acima preconizados. (AC 00002872520064036113, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, DJU DATA:09/04/2008 PÁGINA: 956 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Quanto ao termo inicial do benefício, deve ser mantido na data da cessação do auxílio-doença anteriormente recebido, porquanto, conforme laudo pericial, ficou demonstrado que o autor continuava inapto ao trabalho.

Mantenho a verba honorária em 10% (dez por cento), considerados a natureza, o valor e as exigências da causa, conforme art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC, sobre as parcelas vencidas até a sentença, nos termos da Súmula 111 do C. STJ.

Com relação aos índices de correção monetária e taxa de juros, deve ser observado o julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947.

Considerando o parcial provimento ao recurso interposto pela autarquia, não incide ao presente caso a regra do artigo 85, §§ 1º e 11, do Novo CPC, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal.

Isso posto, NÃO CONHEÇO DE PARTE DA APELAÇÃO DO INSS, DOU PARCIAL PROVIMENTO À PARTE CONHECIDA E NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DA PARTE AUTORA, nos termos da fundamentação.

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos à origem.

Intime-se. Publique-se.

fiquintei

São Paulo, 4 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002457-25.2019.4.03.6113

RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS

PARTE AUTORA: SILVANA MARTINS TRISTAO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: TAMARA RITA SERVILHA DONADELI NEIVA - SP209394-A

PARTE RE: AGENCIA CENTRAL - INSS, CHEFE INSS FRANCA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança, impetrado com pedido de liminar, objetivando, em síntese, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Aduz que, em demanda anterior, foram reconhecidos períodos de labor especial, mas indeferida a aposentadoria com DER em 10/01/2014. Contudo, apesar de ter continuado a trabalhar até completar os requisitos em 09/10/2018, a Autarquia denegou o seu pedido novamente.

Documentos.

Sentença concessiva da segurança para deferir a aposentadoria com DER em 09/10/2018. Determinado o reexame necessário.

Parecer ministerial pelo prosseguimento da demanda.

É o relatório.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no antigo CPC/73.

O julgamento monocrático, atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Realizadas tais considerações, consigno que o presente *mandamus* foi impetrado com objetivo de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição, mediante o cômputo do labor de demanda transitada em julgado e os períodos de labor entre um requerimento administrativo de 10/01/2014 e de 09/10/2018.

Da aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de serviço foi assegurada no art. 202 da Constituição Federal de 1988, que dispunha, em sua redação original:

Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

(...)

§1º. É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher.

A regulamentação da matéria previdenciária sobreveio com a edição da Lei de Benefícios, de 24 de julho de 1991, que tratou em vários artigos da aposentadoria por tempo de serviço.

A Emenda Constitucional n.º 20/1998, que instituiu a reforma da previdência, estabeleceu o requisito de tempo mínimo de contribuição de 35 anos para o segurado do sexo masculino e 30 anos para a segurada. Extinguiu o direito à aposentadoria proporcional e criou o fator previdenciário, de forma a tornar mais vantajosa a aposentação tardia.

Para os filiados ao regime até sua publicação e vigência, em 15 de dezembro de 1998, foi também assegurada regra de transição, de forma a permitir a aposentadoria proporcional.

Criou-se para tanto, o requisito de idade mínima de 53 anos para os homens e 48 anos para as mulheres e um acréscimo percentual de 40% do tempo que faltaria para atingir os 30 ou 25 anos necessários nos termos da nova legislação.

Ressalte-se, pela regra anterior à Emenda Constitucional n.º 20, de 16/12/98, que a aposentadoria por tempo de serviço, na forma proporcional, será devida ao segurado que completou 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos de serviço, se do sexo masculino, antes da vigência da referida Emenda, uma vez assegurado seu direito adquirido (Lei n.º 8.213/91, art. 52).

Nessa linha, somando-se o período reconhecido como exercido em atividade especial e convertido em comum na sentença transitada em julgado (28 anos, 03 meses e 25 dias, computados até 10/01/2014), aos períodos de trabalho posteriores a referida data (03/02/2014 a 13/12/2014, 01/07/2015 a 11/12/2015, 01/03/2016 a 13/12/2016, 06/06/2017 a 07/09/2017 e 18/06/2018 a 13/07/2018), a parte autora atingiu 30 anos, 01 mês e 05 dias, tempo suficiente para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

Quanto ao termo inicial do benefício, deve ser fixado na data do requerimento administrativo junto à autarquia federal, em 09/10/2018, momento em que o INSS tomou ciência da pretensão da parte autora.

Contudo, apesar da DIB do benefício ser fixada na data do requerimento administrativo, impende assinalar que o pagamento de prestações vencidas, encontra óbice na Súmula 269 do E. STJ, que afirma que o *mandamus* não é substituto de ação de cobrança.

Outrossim, não seria possível, neste rito célere legalmente previsto na Lei 12.016/09, proceder-se à liquidação do julgado para posterior execução de título executivo judicial, para apurar-se o montante dos valores. Tal somente seria de se admitir em sede de ação de rito ordinário.

Sem honorários advocatícios.

Custas *ex lege*.

Destarte, a r. sentença monocrática aplicou o melhor direito à espécie, pelo que não há de ser reformada.

Posto isso, **NEGO PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL.**

Decorrido o prazo legal, baixemos autos à primeira instância.

Intimem-se. Publique-se.

mmsilva

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017505-93.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANA MARIA ROMERO

Advogados do(a) AGRAVANTE: EZIO DOMINGOS DA SILVA - SP416694, PRISCILA CRISTIANE PRETE DA SILVA - SP205324-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ana Maria Romero contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única de Cabreúva/SP que, nos autos do processo nº 1001549-26.2016.8.26.0080, indeferiu o pedido de tutela provisória, objetivando a concessão de auxílio-doença.

Na análise perfunctória que me é possível fazer no presente momento vislumbro a probabilidade do direito do agravante.

Isso porque, o cumprimento do período de carência e a manutenção da qualidade de segurado estão evidenciados pela consulta ao CNIS, que revela recolhimentos no período de agosto de 2012 a junho de 2016, e pelo laudo médico pericial produzido no primeiro grau, que informa que a recorrente se encontra incapacitada para o trabalho e que a incapacidade se seu por agravamento de doença de que já padecia desde dezembro de 2015.

Logo, os elementos existentes nos autos indicam, com elevado grau de probabilidade, que o estado atual de saúde do recorrente é incompatível com o desempenho da atividade laboral por ele exercida.

Quanto ao perigo de dano, parece-me que, entre as posições contrapostas, merece acolhida aquela defendida pelo ora recorrente porque, além de desfrutar de significativa probabilidade, é a que sofre maiores dificuldades de reversão. Assim, sopesando os males que cada parte corre o risco de sofrer, julgo merecer maior proteção o pretense direito defendido pelo agravante, que teria maiores dificuldades de desconstituir a situação que se criaria com a manutenção da decisão ora impugnada.

Isso posto, concedo o efeito suspensivo ao presente recurso, determinando ao INSS que, no prazo improrrogável de cinco dias, promova o restabelecimento do benefício ao autor, sob pena de multa diária de R\$500,00. Comunique-se o Juízo a quo dos termos desta decisão para que tome as medidas cabíveis a sua implementação. Dê-se ciência ao agravante. Intime-se o INSS para apresentar resposta.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008988-36.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: IVONETE DA SILVA DIAS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ELAINE CRISTIANE BRILHANTE BARROS - SP144129-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DE C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que, em fase de cumprimento de julgado, após a apresentação de cálculos de liquidação pelo executado, determinou que “a parte deverá observar o disposto no título executivo, quanto aos juros e correção monetária” (fls. 01 do doc de Id nº 51006702), ou seja, aplicando-se a TR, prevista na Lei 11.960/2009.

Alega a agravante, em síntese, descabe a aplicação da Lei 11.960/2009, para fins de atualização do débito, ante a declaração e sua inconstitucionalidade, devendo ser reconhecida a aplicação do IPCA-E, à luz do entendimento firmado no RE nº 870.947.

Ainda que não se reconheça o IPCA-E, argumenta que os cálculos de liquidação devem observar a versão mais atualizada do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aplicando-se, portanto, o INPC, a partir de setembro de 2006, nos moldes da Resolução nº 267/2013 do CJF.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, reformando-se a decisão agravada, nos termos da fundamentação acima.

Intimada, a agravada pugnou pelo desprovimento do recurso interposto (ID nº 72371942).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação deve-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que, ao determinar que os cálculos devem observar os critérios previstos no título executivo, o Juízo a quo reconheceu a aplicabilidade da TR, para fins de correção monetária do débito, em desconformidade, portanto, como entendimento acima.

A esse respeito, cumpre destacar que a questão dos consectários da condenação não forma coisa julgada, em vista da dinâmica dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar que os cálculos de liquidação, observem para fins de correção monetária do débito e juros de mora, as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

São Paulo, 19 de junho de 2020.

prfeman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016288-15.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: KELI CRISTINA ALVES DE LIMA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SHEYLA ROBERTA DE ARAUJO SOARES - SP220347-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que, em ação previdenciária, indeferiu o pedido de justiça gratuita (ID nº 33634903 – autos originários).

Sustenta o agravante, em síntese, que não tem condições financeiras de arcar com as custas e despesas processuais, fazendo jus à justiça gratuita.

Requer a concessão da antecipação da tutela.

É o relatório.

De início, ressalto que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.072, revogou expressamente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei nº 1.060/50 e passou a disciplinar o direito à justiça gratuita da seguinte forma:

Artigo 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1o Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2o O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3o Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4o A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5o Na hipótese do § 4o, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6o O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7o Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferir-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima transcritos, que para a concessão dos benefícios da justiça gratuita é suficiente a simples afirmação de hipossuficiência da parte, a qual, no entanto, por gozar de presunção *juris tantum* de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

No presente caso, o agravante requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita na petição inicial, que restou indeferida, sob os seguintes argumentos:

"KELI CRISTINA ALVES DE LIMA, devidamente qualificado (a), ajuizou a presente demanda em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, pleiteando a concessão do benefício da aposentadoria por tempo de contribuição/especial desde a data de entrada do requerimento administrativo, mediante o reconhecimento de períodos especiais laborados.

A parte autora juntou procuração e documentos, e requereu os benefícios da justiça gratuita.

É O BREVE RELATO. DECIDO.

Inicialmente, com relação ao pedido da gratuidade de justiça, a presunção de pobreza da pessoa natural, estabelecida no art. 99, §3º, do Código de Processo Civil, é relativa, sendo possível o indeferimento ou revogação do benefício na existência de elementos que invalidem a hipossuficiência declarada (Neste sentido: STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 820085/PE, Relator Ministra Maria Isabel Galotti, DJe 19/02/2016).

Analisando o Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS da parte autora, constata-se labor na empresa REAL E BENEMERITA ASSOCIACAO PORTUGUESA DE BENEFICENCIA, cujo salário é superior ao teto de benefícios da Previdência Social, patamar adotado por este juízo para presunção de necessidade.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AJG. PESSOA FÍSICA. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. 1. Para o deferimento do benefício da justiça gratuita basta a declaração da parte requerente no sentido de que não possui condições de arcar com os ônus processuais, restando à contraparte a comprovação em sentido contrário, com a ressalva de que a presunção de veracidade da declaração pode ser ilidida ao exame do conjunto probatório. 2. De outro lado, mostra-se razoável presumir a hipossuficiência da parte quando sua renda mensal não superar o teto dos benefícios da Previdência Social, atualmente fixado em R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos). (TRF4, AG 5004322-62.2019.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 05/06/2019)

PROCESSUAL. PREVIDENCIÁRIO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. É razoável presumir e reconhecer a hipossuficiência do jurisdicionado, quando sua renda, apesar de superar a média de rendimentos dos cidadãos brasileiros em geral, ou o limite de isenção do imposto de renda, não for superior ao teto dos benefícios da Previdência Social, atualmente fixado em R\$ 5.645,80, (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos). (TRF4, AG 5041707-78.2018.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator JOÃO BATISTA LAZZARI, juntado aos autos em 31/01/2019).

Da antecipação dos efeitos da tutela

Diante da celeridade e da economia processual, passo à análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Para concessão da tutela provisória de urgência são necessários, segundo o artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, dois requisitos: a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela provisória de urgência é medida excepcional, que só deve ser deferida em casos extremos. No âmbito do direito previdenciário esse entendimento é reforçado, pois se trata de situações que a parte pretende benefício de caráter alimentar, e a devolução de parcelas recebidas são, na prática, irrepitíveis. Deste modo, apenas em situações extremas, nas quais efetivamente exista a iminência de dano irreparável ou de difícil reparação ao segurado, é possível a concessão da medida de urgência.

No caso em análise, a probabilidade do direito exige maior dilação probatória.

Ademais, a reforma da decisão antecipatória de tutela acarreta ao autor o ônus de devolução dos valores pagos indevidamente, mesmo no âmbito previdenciário (STJ, REsp 1401560/MT, decidido pela sistemática de recurso repetitivo) ou, de outro lado, implicará na irreversibilidade do provimento, diante da impossibilidade econômica de repetição dos valores, em prejuízo ao erário.

Diante disso, a tutela antecipada só deve ser deferida em casos excepcionais. Ante o exposto, indefiro o pedido de tutela de urgência antecipada formulado na inicial.

Deste modo, proceda a parte autora ao recolhimento das custas judiciais, sob pena de cancelamento da distribuição nos termos do artigo 290 do Código de Processo Civil.

Cumprida a determinação supra, cite-se o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS para apresentar contestação.

Vindo aos autos eventual resposta, intime-se a parte autora para apresentar réplica e, neste prazo específico, se já não o fez, apresentar cópia integral do processo administrativo do benefício pretendido, e de outras provas documentais necessárias à demonstração de sua pretensão.

Advirto que cabe à parte autora apresentar os documentos necessários à demonstração da sua pretensão ou comprovar documentalmente a impossibilidade de fazê-lo, assim como a recusa da empresa ou de órgãos em fornecer os registros.

Cumpridas todas as determinações, retornem os autos conclusos.

Publique-se."

O art. 99, §2º, do CPC dispõe que o juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

Ocorre que, sem oportunarizar a comprovação do preenchimento dos pressupostos para a concessão do benefício (art. 99, §2º, do CPC), este fora indeferido.

Ante o exposto, concedo parcialmente a tutela antecipada, para que seja oportunizada à parte agravante a comprovação, no feito principal em primeira instância, do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 2º, do art. 99, do CPC.

Comunique-se o Juízo "a quo", nos termos do art. 1019, inc. I, do CPC.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008680-63.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: SUMI MATSUDA
Advogado do(a) AGRAVADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de decisão que, em sede de cumprimento de julgado, rejeitou a impugnação à execução oferecida pelo agravante, acolhendo os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial (fs. 01/03 do doc. de ID nº 29821111 dos autos originários).

Em suas razões, o agravante alega que, no tocante aos juros moratórios, devem ser observadas as disposições da Lei 11.960/2009, não se aplicando a taxa de 1% ao mês prevista no acórdão transitado em julgado, tendo em vista que sua prolação ocorreu antes da entrada em vigor da lei em referência. Aduz, para esse fim, que, no julgamento do RE nº 870.947, o STF reconheceu a constitucionalidade dos juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo, a fim de determinar a correta aplicação da Lei 11.960/2009, quanto aos juros de mora.

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devendo guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "*As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991.*" (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, com relação aos juros de mora, observa-se que os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial aplicaram a taxa de 1% ao mês, durante todo o período do cálculo, contrariando, portanto, o entendimento firmado pelo STF, no RE nº 870.947.

A esse respeito, não há se falar em violação às disposições do título judicial, eis que a questão dos consectários da condenação não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

Assim, deve ser dado provimento ao agravo, a fim de determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, nos moldes da Resolução nº 267/2013 do CJF, cujas disposições devem ser observadas, inclusive, para apuração dos juros moratórios.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar a elaboração de novos cálculos de liquidação, nos moldes da Resolução nº 267/2013 do CJF, observando-se suas disposições inclusive para apuração dos juros moratórios.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

prfman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012880-16.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: EIKO SHIMAMURA MACHADO
Advogado do(a) AGRAVADO: NILTON CEZAR DE OLIVEIRA TERRA - SP189946-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de decisão que, em sede de cumprimento de julgado, rejeitou a impugnação à execução oferecida pelo agravante, acolhendo os cálculos elaborados pela exequente (fls. 01/04 do doc. de ID nº 132698805).

Em suas razões, o agravante alega que, no tocante aos juros moratórios, devem ser observadas as disposições da Lei 11.960/2009, não se aplicando a taxa de 1% ao mês prevista no acórdão transitado em julgado, tendo em vista que sua prolação ocorreu antes da entrada em vigor da lei em referência. Aduz, para esse fim, que, no julgamento do RE nº 870.947, o STF reconheceu a constitucionalidade dos juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo, reformando-se a decisão que rejeitou a impugnação oferecida pelo INSS.

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devemse guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, correlação aos juros de mora, observa-se que os cálculos elaborados pela exequente aplicaram taxa de 1% ao mês, durante todo o período do cálculo, contrariando, portanto, o entendimento firmado pelo STF, no RE nº 870.947.

A esse respeito, não há se falar em violação às disposições do título judicial, eis que a questão dos consectários da condenação não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

No caso dos autos, há necessidade de refazimento dos cálculos de liquidação, observando-se a Resolução nº 267/2013 do CJF, notadamente no que se refere à apuração dos juros de mora.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar a elaboração de novos cálculos de liquidação, observando-se quanto aos juros moratórios as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, bem como o entendimento firmado no RE nº 870.947, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 22 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5008671-04.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA CONCEICAO DE SOUZA
Advogado do(a) AGRAVADO: ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em face de decisão que, em sede de cumprimento de julgado, rejeitou a impugnação à execução oferecida pelo agravante, acolhendo os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial (fs. 01/03 do doc. de ID nº 26944275 dos autos originários).

Em suas razões, o agravante alega a necessidade de reforma da decisão agravada, eis que, para fins de correção monetária do débito, não havendo que se falar em aplicação da Resolução nº 267/2013 do CJF, posto que ela não possui o condão de afastar a aplicação da Lei 11.960/2009.

De igual modo, sustenta que, no tocante aos juros moratórios, devem ser observadas as disposições da Lei 11.960/2009, não se aplicando a taxa de 1% ao mês previsto no acórdão transitado em julgado, tendo em vista que sua prolação ocorreu antes da entrada em vigor da Lei 11.960/2009. Aduz, para esse fim, que, no julgamento do RE nº 870.947, o STF reconheceu a constitucionalidade dos juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo, acolhendo-se os cálculos do impugnante.

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistêmica e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devemse guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (Resp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, a insurgência autárquica concernente à correção monetária não prospera, eis que, quanto a este aspecto, os cálculos homologados pelo Juízo *a quo* observaram as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, qual seja, o Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal em vigor, tendo, portanto, aplicado o INPC, para fins de correção monetária do débito.

Contudo, com relação aos juros de mora, observa-se que os cálculos elaborados pela Contadoria Judicial aplicaram a taxa de 1% ao mês, durante todo o período de cálculos, contrariando, portanto, o entendimento firmado pelo STF, no RE nº 870.947.

A esse respeito, não há se falar em violação às disposições do título judicial, eis que a questão dos consectários da condenação não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

Assim, deve ser dado parcial provimento ao agravo, a fim de determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, nos moldes da Resolução nº 267/2013 do CJF, cujas disposições devem ser observadas, inclusive, para apuração dos juros moratórios.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar a elaboração de novos cálculos de liquidação, nos moldes da Resolução nº 267/2013 do CJF, observando-se suas disposições inclusive para apuração dos juros moratórios.

Intím-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

São Paulo, 22 de junho de 2020.

prferman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014437-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: LUCINEIA CRISTINA DA SILVA
Advogados do(a) AGRAVANTE: JOAO BOSCO SANDOVAL CURY - SP95272-N, LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI - SP173969-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face da decisão que, em ação previdenciária, indeferiu o pedido de tutela de evidência para o restabelecimento de auxílio-doença.

Alega a agravante, operária, nascida em 28/04/1993, com vínculos empregatícios desde 02/2010 (de acordo com o CNIS), que sofre de problemas psiquiátricos desde outubro de 2014, e que recebeu benefício de auxílio-doença entre 02/10/2014 e 23/04/2015 (NB 6079968448), 12/08/2015 e 27/06/2017 (NB 6113577361), e, finalmente, entre 28/07/2017 e 20/08/2018 (NB 6195158341), tendo sido negados os pedidos de benefícios por incapacidade formulados posteriormente.

Assevera que, de acordo com os "documentos médicos juntados e Relatórios SABI", nunca se recuperou das doenças psiquiátricas que a acomete.

Relata que a perícia médica judicial teve de ser adiada, sem novo agendamento, em função da pandemia do COVID-19, razão porque os elementos apresentados devem ser considerados suficientes para comprovação da incapacidade laboral no momento e concessão do benefício. Refere o preenchimento dos requisitos legais para concessão do pedido de urgência.

É o relatório.

Nos termos do artigo 1.015 do CPC, a interposição do agravo de instrumento se restringe a um rol taxativo de hipóteses de cabimento.

No caso, a decisão proferida na origem desafia impugnação através do instrumental, porquanto relativa à tutela provisória, consoante previsão expressa no inciso I do referido texto legal.

A concessão de benefícios por incapacidade laboral está prevista nos artigos 42 e 59 da Lei nº 8.213/91. A propósito confirmam-se:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos.

Nota-se, portanto, que são três os requisitos para a concessão dos benefícios por incapacidade: a qualidade de segurado; o cumprimento do período de carência de 12 contribuições mensais; a incapacidade para o trabalho, de caráter permanente (aposentadoria por invalidez) ou temporário (auxílio-doença).

Tendo em vista que a aposentadoria por invalidez pressupõe incapacidade total e permanente, cabe ao juízo se cercar de todos os meios de prova acessíveis e necessários para análise das condições de saúde do requerente, momento com a realização de perícia médica.

Aos casos em que a incapacidade for temporária, ainda que total ou parcial, caberá a concessão de auxílio-doença, que posteriormente será convertido em aposentadoria por invalidez (se sobrevier incapacidade total e permanente) ou extinto (com a cura do segurado).

Quanto ao período de carência (número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício), estabelece o artigo 25 da Lei de Benefícios da Previdência Social:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência:

I - auxílio-doença e aposentadoria por invalidez: 12 contribuições mensais;

(...)

Na hipótese de ocorrer a cessação do recolhimento das contribuições, prevê o artigo 15 da Lei nº 8.213/91 e denominado "período de graça", que permite a prorrogação da qualidade de segurado durante um determinado lapso temporal:

Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:

I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;

IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;

V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;

VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

A concessão dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez pressupõe a averiguação, por meio de exame médico-pericial, da incapacidade para o exercício de atividade que garanta a subsistência do segurado, e terá vigência enquanto essa condição persistir. Ainda, não obstante a importância da prova técnica, o caráter da limitação deve ser avaliado conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso porque não se pode olvidar de que fatores relevantes - como a faixa etária do requerente, seu grau de escolaridade e sua qualificação profissional, assim como outros - são essenciais para a constatação do impedimento laboral e efetivação da proteção previdenciária.

Na hipótese dos autos, observo que a agravante gozou do benefício de auxílio-doença entre 02/10/2014 e 23/04/2015 (NB 6079968448), 12/08/2015 e 27/06/2017 (NB 6113577361), e, finalmente, entre 28/07/2017 e 20/08/2018 (NB 6195158341)

No último pedido de prorrogação do benefício, apresentado em 20/09/2018, houve recusa do INSS, conforme "comunicação de decisão" datada de 09/10/2018, ao fundamento de não ter sido constatada, em exame pericial realizado pela autarquia, a incapacidade laboral.

O mais recente atestado médico juntado, datado de 06/02/2020 (ID 133543118, fls. 113/114), indica que o quadro do agravante é grave, com prognóstico ruim e piora progressiva, além da ausência de resposta terapêutica.

A antecipação dos efeitos da tutela requerida na inicial foi indeferida, à época, pelo Juízo de origem, e determinada a realização de perícia médica para o dia 08/05/2020.

No entanto, conforme narrado pelo agravante, "não foi possível a realização da perícia, tendo em vista o Provimento CSM 2.554/2020 editado para a continuidade do enfrentamento da situação de emergência da saúde pública decorrente do COVID-19, ocasião em que o MM. Juízo de origem determinou a intimação do Sr. Perito para a designação de nova data para a realização da perícia".

Em vista da impossibilidade da realização da prova pericial, informa a agravante que se manifestou nos autos, "renovando o pedido de concessão de tutela de urgência", sobrevindo a decisão agravada:

"Vistos. Fica mantido o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela, porquanto não há prova inequívoca da condição de segurada na data da incapacidade, consoante informação do CNIS de fls. 17/19, não existindo prova segura de que a incapacidade teria ocorrido durante o período de graça. No mais, cumpra-se a decisão de fls. 144. Intime-se."

A presunção de legitimidade de que se reveste a perícia médica realizada pelo INSS pode ser elidida diante de fundados elementos de prova em contrário, como no caso, em que farta documentação indica a continuidade da incapacidade da agravante para a atividade laborativa que lhe acomete desde 2014.

Assim, o presente contexto autoriza a concessão da medida de urgência visando o restabelecimento do benefício por incapacidade.

Sublinhe-se, ainda, por relevante, que a mera possibilidade de irreversibilidade do provimento, puramente econômica, não é óbice à antecipação da tutela em matéria previdenciária ou assistencial sempre que a efetiva proteção dos direitos à vida, à saúde, à previdência ou à assistência social não puder ser realizada sem a providência antecipatória. A hipótese, aqui, é de risco de irreversibilidade inversa.

Anoto-se, ainda, que o restabelecimento ora deferido poderá ser revisto pelo Juízo a partir das conclusões da perícia médica judicial a qual será determinada a produção.

Diante do exposto, defiro o pedido de antecipação da tutela recursal, para determinar o restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

ccc

São Paulo, 24 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009136-23.2019.4.03.6119
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: FERNANDO CAMELO SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CARLOS DE AZEVEDO - SP168579-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, FERNANDO CAMELO SILVA
Advogado do(a) APELADO: ROBERTO CARLOS DE AZEVEDO - SP168579-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação previdenciária ajuizada em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando o reconhecimento de períodos de atividade nocente para fins de viabilizar a concessão da aposentadoria especial ou por tempo de contribuição.

Junta documentos.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita.

Contestado o feito e oferecida a réplica, sobreveio sentença de parcial procedência apenas para reconhecer a atividade nocente de parte dos períodos vindicados. Verificado tempo insuficiente para a concessão da(s) benesse(s).

Condenada a parte autora nas verbas sucumbenciais, observado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

Feito não submetido ao reexame obrigatório.

O INSS apela. Pugna pelo exame necessário. No mérito, alega a impossibilidade do reconhecimento da atividade docente à luz da legislação previdenciária.

A parte autora também apela. Aduz cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado do feito, sendo necessária a realização da prova pericial para a comprovação da atividade nocente. No mérito, pugna pela validade da documentação anexada para o reconhecimento da atividade especial nos períodos vindicados, com a respectiva concessão da benesse pretendida.

Sem contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o relatório.

DECIDO

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar ao que ocorria no artigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil e, tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Forçoso reconhecer que ausência da prova pericial requerida acarretou cerceamento de defesa, eis que inviabilizou a plena comprovação do labor especial alegado.

Com efeito, evidencia flagrante restrição ao direito da parte autora em exercer seu direito constitucional de ampla defesa ao se indeferir prova técnica para logo em seguida constatar-se a inexistência de documento(s) apto(s) a comprovar(em) a sujeição da demandante às condições nocentes de labor.

Entendo que a constatação de deficiência probatória do processo justifica, antes do sentenciamento, dilação probatória, oportunizando-se à parte autora a produção da prova técnica requerida.

De outra parte, eventual encerramento das atividades da(s) empresa(s) na(s) qual(is) a parte autora prestou serviços não teria o condão de inviabilizar a realização da prova técnica pericial, eis que nas hipóteses em que a parte autora não disponha de documentos aptos a comprovar sua sujeição continua a condições insalubres e a única forma de aferir tal circunstância se resumir à elaboração de perícia direta ou indireta, deverão ser admitidas as conclusões exaradas pelo perito judicial com base em vistoria técnica realizada em empresa(s) paradigma(s), caso seja necessário, isso com o intuito de não penalizar o segurado pela não observação de dever do empregador.

A propósito, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA 284/STF. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. PROVA TÉCNICA. PERÍCIA POR SIMILARIDADE. CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NESSA PARTE PROVIDO.

1. Em preliminar, cumpre rejeitar a alegada violação do art. 535 do CPC, porque desprovida de fundamentação. O recorrente apenas alega que o Tribunal a quo não cuidou de atender o prequestionamento, sem, contudo, apontar o vício em que incorreu. Recai, ao ponto, portanto, a Súmula 284/STF.

2. A tese central do recurso especial gira em torno do cabimento da produção de prova técnica por similaridade, nos termos do art. 429 do CPC e do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/1991.

3. A prova pericial é o meio adequado e necessário para atestar a sujeição do trabalhador a agentes nocivos à saúde para seu enquadramento legal em atividade especial. Diante do caráter social da previdência, o trabalhador segurado não pode sofrer prejuízos decorrentes da impossibilidade de produção da prova técnica.

4. Quanto ao tema, a Segunda Turma já teve a oportunidade de se manifestar, reconhecendo nos autos do Recurso especial 1.397.415/RS, de Relatoria do Ministro Humberto Martins, a possibilidade de o trabalhador se utilizar de perícia produzida de modo indireto, em empresa similar àquela em que trabalhou, quando não houver meio de reconstituir as condições físicas do local onde efetivamente prestou seus serviços.

5. É exatamente na busca da verdade real/material que deve ser admitida a prova técnica por similaridade. A aferição indireta das circunstâncias de labor, quando impossível a realização de perícia no próprio ambiente de trabalho do segurado é medida que se impõe.

6. A perícia indireta ou por similaridade é um critério jurídico de aferição que se vale do argumento da primazia da realidade, em que o julgador faz uma opção entre os aspectos formais e fáticos da relação jurídica sub judice, para os fins da jurisdição.

7. O processo no Estado contemporâneo tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.

8. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte provido.

(STJ - Resp nº 1370229/RS - Segunda Turma - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - Dje 11.03/2014 - RIOBTP vol. 299, p. 157 - grifo nosso).

Nesse diapasão, deve ser dada oportunidade à demandante de comprovar a caracterização de atividade especial e assim, permitir a aferição dos requisitos legais necessários à concessão da benesse.

Colaciono aos autos, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

"PROCESSUAL CIVIL. ART. 130 DO CPC. PROVAS. VALORAÇÃO. INDEFERIMENTO IMOTIVADO DA REALIZAÇÃO DE PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REAPRECIÇÃO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE. TRATAMENTO IGUALITÁRIO ÀS PARTES NO PROCESSO.

1. Ação de obrigação de fazer cominada com reparação de danos em que a parte autora postula, na fase instrutória, realização de provas pericial, testemunhal e documental. Indeferimento da realização das provas pelo juiz de primeira instância. Julgamento antecipado da lide, com entendimento de ser dispensável a realização das referidas provas por haver elementos suficientes para a solução da contenda.

2. Apelação provida para anular a sentença por julgar ter havido cerceamento de defesa. Retorno dos autos à fase de instrução.

(...)

6. O indeferimento de realização de provas, possibilidade oferecida pelo art. 130 do CPC, não está ao livre arbítrio do juiz, devendo ocorrer apenas, e de forma motivada, quando forem dispensáveis e de caráter meramente protelatório.

7. Verificado, pela Corte revisional, o cerceamento de defesa pelo indeferimento da realização de prova requerida pela parte somada à insuficiência dos fundamentos de seu indeferimento, há de se reparar o erro, garantindo-se o constitucional direito à ampla defesa.

(...)

11. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ, Resp. 637547/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, v.u., DJ 13.09.04, p. 186).

Confira-se, ainda:

"Não obstante a fundamentação da r. sentença, nesse caso, faz-se necessária a produção de prova pericial para a comprovação dos agentes agressivos e, assim, possibilitar o exame do preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria especial ou aposentadoria por tempo de contribuição (...) Assim, ao julgar parcialmente procedente o feito, sem franquear ao requerente a oportunidade de comprovar o labor especial, o MM. Juiz a quo efetivamente cerceou o seu direito de defesa, de forma que a anulação da r. sentença é medida que se impõe" (TRF3 - AC n.º 2010.61.13.003392-9/SP - Rel. Des. Fed. Tânia Marangoni - j. 22.04.2015).

Cabe por fim delimitar os interstícios de labor a serem periciados, considerando o quanto requerido pela ora apelante e os vínculos de labor constantes do CNIS: de 06.03.1997 a 08.09.1999, de 16.03.2000 a 13.11.2009, de 20.01.2010 a 28.01.2010, de 02.02.2010 a 28.02.2010, de 26.04.2010 a 11.01.2011, de 08.02.2011 a 23.10.2013, de 21.11.2013 a 08.01.2014, de 13.01.2014 a 01.07.2014, de 08.09.2014 a 15.05.2015, de 07.01.2016 a 12.02.2016, de 18.10.2016 a 08.01.2017 e de 24.04.2017 a 06.06.2017.

Diante do exposto, **ACOLHO A MATÉRIA PRELIMINAR** para anular a r. sentença, determinando o retorno dos autos à vara de origem, com a devida reabertura da instrução processual para a realização da prova requerida nos limites definidos, **RESTANDO PREJUDICADAS, NO MÉRITO, AS APELAÇÕES.**

Publique-se.

Intimem-se.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à vara de origem

scorea

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5016655-39.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ISABEL RAMOS SOARES

Advogados do(a) AGRAVANTE: ELAYNE DOS REIS NUNES PEREIRA - SP209872-A, ANDRE SOUTO RACHID HATUN - SP261558-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença ofertada e determinou o regular prosseguimento da execução de conformidade com os cálculos elaborados pela autarquia (fls. 42/43 do doc. de Id nº 135058232).

Alega a agravante, em preliminar, que, ao não remeter os cálculos para conferência pelo Contador Judicial, a decisão agravada cerceou seu direito de defesa.

No mérito, aduz, em síntese, a necessidade de reforma da decisão agravada, eis que seus cálculos estão em conformidade com o Tema 810, bem como com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, não prosperando a adoção da TR, para fins de correção monetária do débito, tendo em vista de declaração de sua inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*.

Requeru a concessão de efeito suspensivo, a fim de determinar o sobrestamento do feito, para que não sejam expedidas requisições de pagamento, até julgamento do agravo.

No mais, requer o acolhimento da preliminar arguida, determinando-se a remessa dos autos ao contador judicial, para a conferência dos cálculos, nos termos da fundamentação acima, pugnano, no mérito, pelo provimento do agravo, homologando-se os cálculos do agravante.

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Preliminarmente, não se verifica o cerceamento de defesa, eis que a sentença fundamentou a rejeição dos cálculos do exequente na necessidade de observância das disposições do título executivo, o qual expressamente determinou a aplicação da Resolução nº 134/2010 do CJF.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito empregatício e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devendo guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: *"As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991."* (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJE 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que os cálculos homologados pelo Juízo a quo aplicaram a TR, para fins de correção monetária do débito.

De outra parte, os cálculos elaborados pela parte autora estão em conformidade com as disposições da Resolução nº 267/2013, devendo a execução prosseguir pelos valores por ela apurados (RS 93.890,71, atualizado até 07/2018).

Tendo em vista o resultado de improcedência da impugnação oferecida, condeno a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre a diferença entre os valores ora homologados e aqueles apontados como devidos pela autarquia, nos termos do art. 85 do NCP.

Diante do exposto, REJEITO a preliminar arguida e DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para, julgando improcedente a impugnação à execução, determinar o prosseguimento da execução pelos valores apurados pela parte autora (RS 93.890,71, atualizado até 07/2018), condenando a autarquia ao pagamento de honorários de sucumbência, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

São Paulo, 24 de junho de 2020.

prfeman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006900-88.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: REGINALDO SANDRO GONCALVES

Advogados do(a) AGRAVANTE: ADRIANA ACESSOR COSTA FERNANDEZ - SP199498-A, RODRIGO VICENTE FERNANDEZ - SP186603-A, ADEMIR TEODORO SERAFIM JUNIOR - SP362678-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face de decisão que, emanação previdenciária, indeferiu o pedido de tutela antecipada para imediato restabelecimento do benefício de auxílio-doença.

Alega o agravante, motorista carreteiro, nascido 25.10.1969, que não possui condições para trabalhar como motorista, "em razão de estar acometido de insuficiência venosa profunda e superficial de membro inferior esquerdo - CID I 87.2, I 83.1 e I 87.2".

Narra que sua incapacidade laborativa existe desde 01/03/2002, quando houve a concessão de auxílio-doença (NB/1231714350), convertido, na data de 02/10/2006, em aposentadoria por invalidez (NB/1398964082), sendo este suspenso em 01/07/2019.

Sustenta que, apesar do parecer contrário da perícia médica realizada na revisão da aposentadoria de invalidez, a qual não constatou incapacidade, a sua incapacidade laborativa permanece, conforme atestado médico particular datado de 31/10/2018.

Aduz que o laudo da perícia judicial "apesar de concluir pela ausência de incapacidade laborativa atual, apresenta inúmeras contradições, razão pela qual não tem o condão de invalidar inúmeros atestados e exames da lavra de médicos especialistas que acompanham o tratamento do segurado, com conhecimento aprofundado do caso".

Pugna pela concessão da tutela de urgência.

Agravante beneficiário da justiça gratuita (ID 128044383).

É o relatório.

Dispõe a Lei n.º 8.213/93 no artigo 59 que o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Extrai-se dos autos que o agravante recebeu o auxílio-doença desde 01/03/2002, o qual foi convertido, na data de 02/10/2006, em aposentadoria por invalidez, sendo esta cessada, após exame médico pericial realizado pelo INSS em 05/11/2018, por não ter sido constatada a persistência da invalidez (ID 128044113).

No feito de origem, em 25/10/2019, foi realizada perícia médica (ID 128044408), que concluiu pela inexistência de incapacidade atual.

Sobreveio, então, a decisão agravada (ID 128044421):

“Vistos.

Diante da conclusão do laudo pericial, indefiro o pedido de tutela antecipada requerido pelo (a) autor (a) na inicial. Cite-se o requerido consignando-se as advertências legais. Intime-se.”

Presente esse contexto, não vislumbro a plausibilidade das alegações.

Para a concessão de auxílio-doença em antecipação da tutela, a prova da incapacidade laborativa deve ser consistente o bastante para evidenciar a probabilidade do direito invocado, o que não ocorre no caso concreto.

Diante do exposto, indefiro o pedido de antecipação da tutela recursal.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

Publique-se. Intimem-se. Comuniquem-se.

ccc

São Paulo, 25 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003567-65.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: ANTONIO CARLOS DE PROENÇA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO GOMES SERRAO - SP255252-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face da decisão que, proferida em cumprimento de sentença (processo n. 0010796-92.2018.8.26.0269, considerou correto o cálculo da autarquia (id. 32635562), a qual se utilizou da TR, para a correção do débito, por entender representativo do julgado na ação de conhecimento - documento id. n. 32635565.

Alega a parte agravante que está pacificada a jurisprudência do STF, no sentido de afastar a TR, como índice de correção monetária.

Requer a reforma da decisão agravada, para acolher como corretos os seus cálculos de liquidação.

Intimada, a parte agravada não ofereceu resposta.

É o relatório.

O presente recurso comporta julgamento nos termos do art. 932, IV, b, do CPC.

No dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devem-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC).

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se, por fim, que no dia 03.10.2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

A utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista nas disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

À vista desse entendimento, é de ser reformada a decisão agravada, no sentido de serem aplicadas com as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF.

A questão dos consectários não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao agravo de instrumento, para determinar que os cálculos sejam refeitos, nos termos da fundamentação.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

mmma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013122-43.2018.4.03.0000

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 1812/2089

RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO AURELIO FAUSTINO - SP264663-N
AGRAVADO: CLAUDIO DE SOUZA PEDROSA
Advogados do(a) AGRAVADO: DEBORA PORTEL FURLAN REDO - SP276410-N, LEIRSON HENRIQUE MACHADO RICARDO - SP326259-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se o embargado para que se manifeste sobre os embargos de declaração opostos, no prazo legal.

Após, tomem conclusos para o julgamento.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002356-57.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: DIVINO DOS REIS LIMA
Advogado do(a) AGRAVANTE: EMERSOM GONCALVES BUENO - SP190192-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face da decisão que indeferiu a tutela de urgência requerida para a concessão do benefício de justiça gratuita.

Aduziu a parte agravante que possui todos os requisitos para a concessão da medida urgente.

Requeru a tutela antecipada em sede recursal. Pedido deferido parcialmente, para que fosse oportunizada à parte agravante a comprovação, no feito principal em primeira instância, do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 2º, do art. 99, do CPC.

É o relatório.

Consoante se verifica em consulta ao sistema eletrônico de informações e andamento processual na primeira instância, em face dos documentos juntados, fora deferida à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Presente esse contexto, inegável a perda do objeto do recurso, por falta de interesse recursal.

Diante do exposto, não conheço do agravo de instrumento, nos termos do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Dê-se ciência.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029848-92.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: NAIR DE SOUZA SOARES
Advogado do(a) AGRAVANTE: SUZILAINÉ BERTON CARDOSO - MS16334-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face da decisão que indeferiu a tutela de urgência requerida para a concessão de benefício previdenciário.

Aduziu a parte agravante que possui todos os requisitos para a concessão da medida urgente.

Requeru a tutela antecipada em sede recursal, para a imediata implantação do benefício.

É o relatório.

Consoante se verifica em consulta ao sistema eletrônico de informações e andamento processual na primeira instância, fora proferida sentença nos autos originários do agravo de instrumento.

"Posto isso, julgo PROCEDENTE o pedido, para fim de condenar o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS restabelecer em prol da requerente Nair de Souza Soares o benefício de aposentadoria por invalidez (art. 42 da Lei n.º 8.213/91) com DIB a contar de 15/12/2018, devendo o pagamento das prestações vencidas ser feito numa só parcela, com correção monetária segundo os índices INPC a contar do vencimento de cada prestação e juros legais moratórios incidentes a partir da citação à luz dos critérios do art. 1º-F da Lei 9.494/97, e assim o faço com resolução do mérito nos moldes do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Condeno a autarquia requerida ao pagamento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios, sendo que a apuração de percentuais e valores fica relegada para o momento da liquidação da sentença, nos termos do inciso II do §4º do art. 85 do Código de Processo Civil (não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado), estabelecendo desde já que incidirá apenas sobre o valor das parcelas vencidas (Súmula 111 do STJ: Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas). Presentes os requisitos legais, concedo a antecipação de tutela postulada na petição inicial, ordenando seja expedido ofício ao Setor de Benefícios do INSS para que em 30 (trinta) dias implemente ao favor do autor a aposentadoria por invalidez (art. 42 da Lei n.º 8.213/91), na forma determinada neste dispositivo de sentença, sob pena de multa de R\$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso no cumprimento de tal obrigação, sem prejuízo da possibilidade de outras sanções legais. Requisite-se o pagamento dos honorários periciais. P.R.I. Oportunamente, arquivem-se com as cautelas devidas. "

Presente esse contexto, inegável a perda do objeto do recurso, por falta de interesse recursal.

Diante do exposto, não conheço do agravo de instrumento, nos termos do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil, eis que prejudicado.

Dê-se ciência.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5030388-43.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FELIPE FIGUEIREDO SOARES - SP218957-N
AGRAVADO: LUIZ CLAUDIO DE CAIRES
Advogado do(a) AGRAVADO: ELIAS LUIZ LENTE NETO - SP130264-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL em face da decisão que, em fase de cumprimento de sentença, rejeitou a impugnação à execução oferecida pelo ora agravante (fls. 01 do doc. de ID nº 8263421)

Alega o agravante, em síntese, que a parte autora verteu contribuições, na qualidade de contribuinte individual, conforme comprovam os extratos CNIS acostados aos autos, impondo-se o desconto desse período, no cálculo dos atrasados, haja vista a impossibilidade de recebimento simultâneo de remuneração como o benefício por incapacidade laborativa.

Aduz que, no caso dos autos, houve o labor, no período de 05/2015 a 01/2016, caracterizando-se o excesso de execução alegado, inexistindo, por consequência, base de cálculo para a apuração de honorários advocatícios.

Aduz que não prospera a adoção do INPC, para fins de correção monetária do débito, devendo ser reconhecida a aplicabilidade da TR, tendo em vista que não houve a declaração de sua inconstitucionalidade para a fase de atualização da condenação.

Requer o provimento do agravo, a fim de, reformando a decisão agravada, considerar corretos os cálculos ofertados pelo agravante.

Intimada, a agravada não ofereceu contraminuta (ID nº 32619537).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.235.513/AL), pacificou o entendimento no sentido de que "nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada", *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86% COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.

2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%.

3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis.

Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o exaurimento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se 'deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido'.

8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012).

In casu, o título judicial concedeu à parte autora o benefício de auxílio-doença, desde a data da citação, inexistindo qualquer menção a respeito da necessidade de desconto do período em que o segurado continuou trabalhando.

Na presente impugnação à execução, o INSS alega que, após o termo inicial do benefício, a parte autora continuou trabalhando, tendo vertido contribuições à Previdência Social, na qualidade de contribuinte individual, conforme comprovamos extratos CNIS acostados aos autos.

No mais, pela análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que a parte autora recebeu seguro-desemprego, no período de 04/03/2016 a 05/07/2016 (ID 8263419 – fls. 11).

Segundo a autarquia previdenciária, há incompatibilidade de recebimento simultâneo do benefício com a remuneração devida pelo trabalho, impondo-se a compensação de tais valores.

Contudo, embora conhecida, o INSS não alegou, na fase de conhecimento, a compensação pretendida, não prosperando, portanto, o seu conhecimento em sede de impugnação à execução, ante a necessidade de preservação da coisa julgada produzida nos presentes autos.

Ainda que assim não fosse, não há se falar em desconto das prestações correspondentes ao período em que a parte autora tenha recolhido contribuições à Previdência Social, após a data do termo inicial, eis que a parte autora foi compelida a laborar, ainda que não estivesse em boas condições de saúde.

Na mesma linha de entendimento, destacam-se os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DURANTE O PERÍODO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA SUBSISTÊNCIA CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator:

2 - Concessão de benefício por incapacidade. Indevido é o desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias. Retorno ao trabalho para necessidade de sua manutenção enquanto não concedido o benefício.

3 - Agravo provido.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0008310-92.2013.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 28/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/10/2015)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DURANTE O PERÍODO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA SUBSISTÊNCIA CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator:

2- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

3- A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante enfrentados pela decisão recorrida.

4- No entanto, indevido é o desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias. Retorno ao trabalho para necessidade de sua manutenção enquanto não concedido o benefício.

5 - Agravo provido, para afastar a determinação de desconto dos períodos em que o demandante verteu contribuições como contribuinte individual.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0018829-58.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA, julgado em 17/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2015)

Contudo, relativamente ao período em que o segurado recebeu seguro-desemprego (de 04/03/2016 a 05/07/2016), não se pode desconsiderar a existência de óbice legal à sua percepção conjunta com o benefício de aposentadoria, previsto no art. 124, parágrafo único, da Lei 8.213/91.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devem-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, não prospera a reforma pretendida pela autarquia, eis que a adoção do INPC, para fins de correção monetária do débito, está em conformidade as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, qual seja, o Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal em vigor, devendo ser reconhecida sua aplicabilidade ao caso, dada a conformidade dos critérios nele previstos como o decidido no RE nº 870.947 e no RESp nº 1.495.146-MG.

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento interposto pelo INSS, tão somente, para excluir do período de cálculos as competências em que houve o recebimento de seguro-desemprego pelo segurado (de 04/03/2016 a 05/07/2016).

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 15 de junho de 2020.

prferman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017602-64.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: VALDECI ANTONIO DA SILVA
Advogados do(a) AGRAVADO: JULIANA FERNANDA SEABRA MORENO - SP236841, HELOISA CREMONEZI PARRAS - SP231927-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

ID 3559332: pedido de devolução de prazo para contrarrazão. Indeferido, tendo em vista a determinação expressa na decisão contida no ID 6541153.

Chamo o feito a ordem.

Acerca do tema - possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria - mais vantajosa concedida administrativamente pelo INSS - cabe pontuar que, em 21/06/2019, a 1ª Seção do STJ afeiou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1018 - REsp 1767789/PR e 1803154/RS), determinando-se a suspensão do processamento de todos os feitos ainda sem trânsito em julgado, individuais ou coletivos em trâmite no território nacional.

De se salientar, ainda, que no caso, o pedido de tutela recursal merece ser analisado, visto que o agravante está na iminência de sofrer a cobrança, uma vez que rejeitada em parte a sua impugnação e determinado o recálculo do valor exequendo.

Diante do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo. Determino, ainda, a suspensão do feito até o julgamento final, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Comuniquem-se e intimem-se.

São Paulo, 15 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018717-86.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: DENISE MARIA D'AMBROSIO
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N, DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão oriunda da 6ª VARA DE ACIDENTES DO TRABALHO, contida no documento id. n.º 83093930 - f. 53, que indeferiu tutela de urgência para concessão o auxílio-doença acidentário da parte autora.

Alega a parte agravante que estão presentes os requisitos para a concessão do pedido.

É o relatório.

Nos termos da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

A norma contida no art. 932, III, do NCPC, permite ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, em sede de julgamento monocrático.

Ante o exposto, não conheço do presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, III, do Novo Código de Processo Civil, c.c. art. 33, XII, do Regimento Interno desta Corte, determinando o seu encaminhamento ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Intimem-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013706-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ELIAS VEIGA DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVADO: IVONETE APARECIDA DE OLIVEIRA - SP79703-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da decisão contida às fls. 51-52, do documento id. n.º 133039273 (fl. 77), que, em sede de cumprimento de sentença oriundo de astreinte fixada no processo de conhecimento de n. 0000150-11.2017.8.26.0543, homologou os valores indicados pelo parecer contábil, quais sejam, mRS 45.975,49, como sendo os valores devidos neste incidente.

Aduz que o cálculo homologado apresenta equívoco quanto à multa diária, visto que foi considerado como termo inicial da multa a data da citação, o que é incorreto, pois a citação não se confunde com a intimação pessoal do Réu (Súmula 410 do STJ) para cumprimento de decisão/ordem, destacando-se que a AGU - Advocacia Geral da União tem atribuição de representação processual do INSS, não se confundindo com este, de modo que não tem competência para implantação do benefício. Na realidade, a intimação do Réu se deu apenas em 07/10/2011, que prontamente atendeu à ordem e implantou o benefício em apenas 3 (três) dias.

o § 1º do art. 537 do CPC estabelece alguns critérios exatamente para que o valor da multa seja razoável e proporcional ao objeto da execução, prevendo: "Art. 537 (...) § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tomou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento".

Sustenta que mesmo que se entenda pela manutenção da multa, temos que o valor não poderia ser aquele que foi fixado, porque não se mostra razoável, motivo pelo qual pugna pela fixação do valor da multa diária corresponde a 1/30 do valor do salário mínimo, guardando, deste modo, relação de equilíbrio com o objeto da obrigação adimplida a destempo.

Requer a concessão do efeito suspensivo, bem como seja provido o presente agravo de instrumento, para que seja reconhecido o excesso de execução para estabelecer que nada é devido a título de multa diária ou, subsidiariamente, reduzindo o seu valor na forma pleiteada acima.

É o relatório.

É cabível a imposição da multa pecuniária à autarquia pelo atraso no cumprimento da obrigação judicial consistente em implantar benefício previdenciário, com função intimidatória, na hipótese em tela, com 1.034 dias de atraso (fl. 6 do id. 133039273).

Acerca da questão, a jurisprudência, não obstante afirme a possibilidade de fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, também é clara quanto à necessidade de ponderar a proporcionalidade e razoabilidade na sua fixação, a fim de afastar um enriquecimento sem causa:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DIÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. COISA JULGADA. VALOR GLOBAL. PROPORCIONALIDADE.

1. É possível a cominação de multa diária como fim de compelir o INSS ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na implantação de benefício previdenciário. Precedentes do e. STJ.

2. O valor global da multa estimado em R\$ 5.000,00 não fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030139-92.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal PAULO OCTAVIO BAPTISTA PEREIRA, julgado em 04/03/2020, Intimação via sistema DATA: 06/03/2020)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA PELO ATRASO NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. REDUÇÃO. VALOR EXCESSIVO. CABIMENTO.

- Com efeito, as ações previdenciárias nas quais o INSS é vencido acarretam duas obrigações distintas. A obrigação de implantar o benefício (Obrigação de Fazer) e a obrigação de pagar os valores atrasados (Obrigação de Pagar Quantia Certa).

- Nesse passo, é possível a fixação de multa diária por atraso na implantação de benefício previdenciário, em razão de tratar-se de obrigação de fazer, não existindo qualquer ilegalidade quanto à sua aplicação, já que se trata de meio coercitivo autorizado por lei, que visa assegurar a efetividade no cumprimento da ordem expedida (art. 536, §1º, do CPC), desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, podendo ser modificada, tanto no valor quanto no prazo, até mesmo de ofício pelo Magistrado, se se mostrar excessiva, nos termos do art. 461, § 6º do CPC/73 e art. 537, § 1º do atual CPC.

- No caso dos autos, observa-se que o valor diário da multa fixado na sentença (R\$ 500,00) mostrou-se excessivo frente ao valor do benefício implantado (R\$ 1.380,89), justificando, ao final, que o montante total fosse readequado para um patamar mais razoável, a fim de afastar um enriquecimento sem causa.

- Vale ressaltar que a imposição de multa pecuniária demanda obediência a determinados parâmetros, e sua função é meramente intimidatória, não podendo ser aplicada como reparadora de danos.

- Assim, a r. decisão agravada deve ser mantida, prosseguindo a execução das astreintes da forma em que nela foi estipulada (R\$ 5.000,00).

- Agravo de instrumento não provido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5019533-68.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, julgado em 10/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 12/03/2020)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. INSS. MULTA POR DIA DE ATRASO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. A imposição de multa diária como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC/73, e art. 536, §1º, do atual CPC, visando garantir o atendimento de ordem judicial, com a devida intimação do representante legal da autarquia a respeito da sentença que fixou a referida multa, nos termos da Súmula 410 do E. STJ, assim ementada: "A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."

2. A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser possível a cominação de multa diária como fim de compelir o INSS ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na implantação de benefício previdenciário. Precedentes.

3. A cominação de astreintes deve ser compatível com a obrigação de fazer imposta à autarquia previdenciária, já que tem como objetivo de compelir a ao efetivo cumprimento do encargo, não podendo, contudo, servir ao enriquecimento sem causa.

4. No presente caso, a decisão agravada não está em sintonia com a orientação adotada por esta E. Corte, no sentido de que a multa diária deve ser fixada em 1/30 (um trinta avos) do valor do benefício, por dia de atraso, o que é compatível com a obrigação de fazer imposta ao INSS.

5. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5024509-21.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 10/03/2020, e - DJF3 Judicial I DATA: 16/03/2020)

Deve-se levar em consideração jurisprudência acerca da matéria, acerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Presentes os elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC), é cabível a concessão da tutela de urgência, no âmbito do agravo de instrumento (art. 1.019, I, do CPC).

A alegação exposta neste agravo de instrumento é relevante, na medida em que se deve levar em consideração jurisprudência acerca da matéria.

Ante o exposto, defiro parcialmente pedido de efeito suspensivo, em relação à decisão agravada, no que tange aos valores objeto de controvérsia.

Comuniquem-se.

Intimem-se, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020196-17.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIO DI CROCE - SP154028

AGRAVADO: ANA MARIA PONTALI VALENTE, JANE PONTALI VALENTE

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

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

OUTROS PARTICIPANTES:

DE C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, contra decisão proferida em sede de cumprimento de sentença, tendo em vista o trânsito em julgado nos autos da Ação Civil Pública nº 0011237.82.2003.403.6183, ajuizada pelo MPF, condenando o ente previdenciário a revisar os benefícios previdenciários concedidos no Estado de São Paulo aos segurados residentes nesse Estado, referente a variação integral do IRSM do mês de fevereiro de 1994 (39,67%), bem como a pagar os valores não prescritos, com incidência de juros de mora e correção monetária - id. 32148801, do feito de origem.

Alega a parte agravante que a decisão agravada não reconheceu a ilegitimidade ativa ao herdeiro do segurado já falecido, anteriormente à propositura da execução.

Eventualmente, em caso de não acolhimento da preliminar, afirma a parte agravante que os juros e a correção monetária dos valores devidos pela Fazenda Pública em decorrência de condenações judiciais devem observar o disposto na Lei nº 9494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Requer a concessão da tutela recursal, para obstar a expedição de ofícios requisitórios.

É o relatório.

A decisão agravada está assim fundamentada - id. 32148801, do feito de origem:

"(...) Não obstante o acerto da contabilidade em seus cálculos, bem como os argumentos apresentados pela parte exequente no ID: 32145960, observo que, na data da conta das partes (ID: 30666463), apurou montante superior ao pleiteado pela exequente. Destarte, como o valor apresentado pelas partes limita a presente execução, a qual não pode ocorrer de ofício, a execução deve prosseguir pelo valor requerido pela parte exequente.

É importante destacar que se pleiteia na presente demanda direito individual disponível e que a parte exequente está em pleno gozo de seus direitos, de modo que, no momento em que apresenta os cálculos dos valores que entende devidos, ainda que eventualmente inferiores aos apurados posteriormente pela contabilidade, ocorre a preclusão. Colaciono recente julgado do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região acerca do referido tema:

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE JULGADO. ACOLHIMENTO DO CÁLCULO DA CONTADORIA. SENTENÇA ULTRA PETITA. REDUÇÃO DOS VALORES AO CRÉDITO COBRADO. PROVIMENTO DO RECURSO. Em atenção ao princípio da congruência, deve-se reduzir a r. sentença aos limites do crédito efetivamente pretendido pela parte credora (artigos 141 e 492 do CPC/2015). Desse modo, a execução deverá prosseguir para a satisfação do crédito de R\$ 11.474,06, atualizado até 01/2008, em conformidade aos cálculos da parte segurada. Agravo de instrumento provido.

(AI 5018688-36.2019.4.03.0000, Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, TRF3 - 8ª Turma, e - DJF3 Judicial I DATA: 18/12/2019.)

Assim, o presente cumprimento de sentença deve prosseguir pelos cálculos da parte exequente. Tratando-se de valor inferior à impugnação do INSS, reconsidero o despacho ID: 31170137, já que, nos termos dos artigos 523 e 524, a responsabilidade dos cálculos de liquidação é do credor, não sendo razoável determinar o pagamento de valor superior ao pretendido. Reputo, portanto, prejudicada a impugnação apresentada pelo INSS.

Destaco, por fim, que a alegação da parte exequente de que, nos pedidos da exordial há o requerimento da atualização do cálculo com a inclusão de juros de mora e correção monetária, bem como solicitação de remessa dos autos a Contadoria para a então aplicação dos consectários legais não transfere a este juízo a responsabilidade de realizar os cálculos de liquidação nem de acolher valor superior à pretensão do autor, ora exequente.

Diante do exposto, **JULGO PREJUDICADA DA IMPUGNAÇÃO**, devendo a execução prosseguir pelo valor de R\$ R\$ 3.938,41 (três mil, novecentos e trinta e oito reais e quarenta e um centavos), atualizados até 01/10/2018, conforme cálculos ID: 11694486.

Não há que se falar em condenação a honorários sucumbenciais, eis que os valores requeridos pela parte exequente foram inferiores aos apresentados pelo INSS.

Intimem-se."

No dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente que deve guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC).

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se, por fim, que no dia 03.10.2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

A utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista nas disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJE 02/03/2018 - Tema 905)

À vista desse entendimento, não prospera o recurso da autarquia, eis que os cálculos homologados pelo Juízo estão em conformidade com as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, conforme entendimento acima.

A questão dos consectários não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

Por fim, no que toca à ilegitimidade da parte autora, a matéria é de ordem pública, e embora a questão não tenha sido suscitada na primeira instância, a jurisprudência assinala no seguinte sentido:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO ORIGINÁRIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Falta legitimidade da autora para a propositura da ação, pois não pode a recorrente, em nome próprio, pleitear direito personalíssimo não exercido pelo segurado/pensionista.
 2. Eventual entendimento contrário implicaria reconhecer que todos os sucessores/herdeiros, indeterminadamente no tempo, terão direito de litigar sobre as expectativas de direito dos falecidos, o que não se pode admitir.
 3. Também não há qualquer relação entre o caso presente e o art. 112 da Lei 8.213/91, pois este regula levantamento de valores não recebido em vida pelo segurado, independentemente de inventário ou arrolamento, pelos dependentes habilitados à pensão por morte, ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil.
 4. Com efeito, não se referindo a valores incontroversos, incorporados ao patrimônio do de cujus, ou que ao menos já tivessem sido pleiteados administrativamente ou judicialmente pelo titular, ainda em vida, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade da parte autora, para postular o recebimento de valores referentes à revisão do benefício previdenciário do falecido, com fulcro na decisão proferida na Ação Civil Pública nº 0011237-82.2003.403.6183.
 5. Apelação improvida.
- (TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5017564-30.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal TORU YAMAMOTO, julgado em 01/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 09/06/2020)

Presentes os elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC), é cabível a concessão da tutela de urgência, no âmbito do agravo de instrumento (art. 1.019, I, do CPC).

Ante o exposto, defiro o pedido de tutela antecipada recursal.

Comuniquem-se.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC

Intimem-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015889-83.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ALMIR FERREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: EDUARDO AUBREY SILVA NOGUEIRA - SP273502
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face de decisão contida no documento id. n.º 134535590, que concedeu tutela de urgência para restabelecer o auxílio-doença acidentário da parte autora.

Alega a parte agravante que há apenas declaração da parte autora sobre a manutenção da incapacidade, quando o INSS, por sua vez, tomou a decisão administrativa (que goza de presunção de veracidade) em sentido contrário, portanto, a decisão deve ser reformada.

É o relatório.

Nos termos da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

A norma contida no art. 932, III, do NCP, permite ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, em sede de julgamento monocrático.

Ante o exposto, não conheço do presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, III, do Novo Código de Processo Civil, c.c. art. 33, XII, do Regimento Interno desta Corte, determinando o seu encaminhamento ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Intímem-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022534-95.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FRANCISCO CARVALHO DE ARRUDA VEIGA - SP170592-N
AGRAVADO: SUSANA APARECIDA MARCAL
Advogado do(a) AGRAVADO: MARIA ADRIANA DE OLIVEIRA - SP322504-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face de decisão que homologou o cálculo da contabilidade judicial e rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença.

Em suas razões, o agravante alega que o excesso de execução, provocado pela não aplicação da Lei 11.960/09 ou mesmo pela não observância da redação original da Resolução 134 do Conselho da Justiça Federal, deve ser excluído da conta.

Sustenta que ainda não houve o trânsito em julgado da decisão proferida no aludido RE nº 870.947/SE, e, ainda, que haverá a necessidade de modulação de seus efeitos, tal como sucedeu com as ADIs 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425.

Aduz que deverão ser descontados, nos cálculos de liquidação, os períodos em que o segurado exerceu atividade laborativa após a data de início do benefício reconhecido na ação, diante da incompatibilidade entre a percepção do benefício por incapacidade e o labor do segurado.

Por fim informa que o autor executa o valor devido de auxílio-doença NB 617.927.910-5 no intervalo correto de 21/02/2014 a 30/06/2016, no entanto, nos seus cálculos de execução dos valores em atraso, não descontou benefício não-cumulável, qual seja, auxílio-doença previdenciário recebido parcialmente no período – NB 608.423.173-3, com RMI de R\$ 762,51, percebido de 01/11/2014 a 28/02/2017, consoante comprova o documento 6092808.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão recorrida, mantendo-se a conta apresentada pelo INSS.

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (fls. 01/03 do doc. de Id nº 24288329).

Certificado o decurso do prazo para a agravante apresentar recurso, bem como para a agravada oferecer contraminuta (ID nº 68520315).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de recurso representativo da controvérsia (REsp nº 1.235.513/AL), pacificou o entendimento no sentido de que "nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objeto no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada", *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86% COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.

2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%.

3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis.

Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o exaurimento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido.

8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008."

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012).

In casu, o título judicial concedeu à parte autora o benefício de auxílio-doença, desde a data do indeferimento administrativo (21/02/2014), inexistindo qualquer menção a respeito da necessidade de desconto do período em que o segurado continuou trabalhando.

Na presente impugnação à execução, o INSS alega que, após o termo inicial do benefício, a parte autora continuou trabalhando, tendo vertido contribuições à Previdência Social, conforme comprovam os extratos CNIS acostados aos autos (ID nº 6092808).

Segundo a autarquia previdenciária, há incompatibilidade de recebimento simultâneo do benefício com a remuneração devida pelo trabalho, impondo-se a compensação de tais valores.

Contudo, embora conhecida, o INSS não alegou, na fase de conhecimento, a compensação pretendida, não prosperando, portanto, o seu conhecimento em sede de impugnação à execução, ante a necessidade de preservação da coisa julgada produzida nos presentes autos.

Ainda que assim não fosse, não há se falar em desconto das prestações correspondentes ao período em que a parte autora tenha recolhido contribuições à Previdência Social, após a data do termo inicial, eis que a parte autora foi compelida a laborar, ainda que não estivesse em boas condições de saúde.

Na mesma linha de entendimento, destacam-se os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DURANTE O PERÍODO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA SUBSISTÊNCIA CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

2 - Concessão de benefício por incapacidade. Indevido é o desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias. Retorno ao trabalho para necessidade de sua manutenção enquanto não concedido o benefício.

3 - Agravo provido.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0008310-92.2013.4.03.9999, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 28/09/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/10/2015)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PAGAMENTO DAS PARCELAS ATRASADAS E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DURANTE O PERÍODO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA SUBSISTÊNCIA CARACTERIZADA. RECURSO PROVIDO.

1- O artigo 557 do Código de Processo Civil consagra a possibilidade de o recurso ser julgado pelo respectivo Relator.

2- Segundo entendimento firmado nesta Corte, a decisão do Relator não deve ser alterada quando fundamentada e nela não se vislumbrar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em dano irreparável ou de difícil reparação para a parte.

3- A decisão agravada abordou todas as questões suscitadas e orientou-se pelo entendimento jurisprudencial dominante enfrentados pela decisão recorrida.

4- No entanto, indevido é o desconto do período em que foram vertidas contribuições previdenciárias. Retorno ao trabalho para necessidade de sua manutenção enquanto não concedido o benefício.

5 - Agravo provido, para afastar a determinação de desconto dos períodos em que o demandante verteu contribuições como contribuinte individual.

(TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC 0018829-58.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA, julgado em 17/08/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/08/2015)

Contudo, conforme comprovam os extratos colacionados aos autos, o segurado recebeu administrativamente o benefício auxílio-doença (NB nº 6084231733), no período de 01/11/2014 a 28/02/2017 (fs. 13/15 do doc. de ID nº 6092808), impondo-se o desconto de tais parcelas, do período de cálculos, sob pena de pagamento em duplicidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devem-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgamento do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, não prospera a reforma pretendida pela autarquia, eis que a adoção do INPC, para fins de correção monetária do débito, está em conformidade as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, qual seja, o Manual de Orientação e Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal em vigor, devendo ser reconhecida sua aplicabilidade ao caso, dada a conformidade dos critérios nele previstos como decidido no RE nº 870.947 e no REsp nº 1.495.146-MG.

Posto isso, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento interposto pelo INSS, tão somente, para determinar o desconto, do período de cálculos, dos valores pagos administrativamente ao segurado, a título de auxílio-doença, no período de 01/11/2014 a 28/02/2017, conforme fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004918-73.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: NANJI DE JESUS SIQUEIRA PINTO, DENIS SIQUEIRA BARBOSA

Advogados do(a) AGRAVANTE: PATRICIA CROVATO DUARTE - SP226041-A, RENATA JARRETA DE OLIVEIRA - SP177497-A

Advogados do(a) AGRAVANTE: PATRICIA CROVATO DUARTE - SP226041-A, RENATA JARRETA DE OLIVEIRA - SP177497-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelos autores, em face de decisão que, em fase de cumprimento de julgado, determinou a remessa dos autos à Contadoria Judicial, a fim de elaborar cálculos de liquidação, aplicando-se, para fins de atualização do débito, a TR, no período de 30/06/2009 a 25/03/2009, quando então passará a ser aplicado o INPC.

Alegam os agravantes, em síntese, que não prospera a determinação de aplicação da Lei 11.960/2009, para fins de atualização do débito, ante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade no julgamento do RE nº 870.947, devendo ser reconhecida sua aplicabilidade imediata, ante a ausência de modulação de seus efeitos.

Requererama concessão de efeito suspensivo, bem como o provimento do agravo, a fim de reformar a decisão agravada, nos termos da fundamentação acima.

Intimada, a agravada não ofereceu contraminuta (ID nº 123356172).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devem-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que descabe a aplicação da TR, para fins de correção monetária do débito, ainda que com a limitação temporal estabelecida pelo Juízo *a quo*.

Os cálculos de liquidação devem ser elaborados observando-se os índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, aplicando-se, portanto, o INPC, nos moldes por ela determinados.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar que os cálculos de liquidação observem as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

São Paulo, 16 de junho de 2020.

prfeman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029464-32.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: PATRICIA BAPTISTINI KUMAGAE
Advogado do(a) AGRAVANTE: GUSTAVO MACLUF PAVIOTTI - SP253299-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face de decisão que, em ação previdenciária, indeferiu o pedido de gratuidade de justiça e determinou o recolhimento das custas processuais.

Recebido o recurso, o pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 28833354), por considerar que os documentos juntados pela parte autora não eram suficientes para comprovar a sua alegada hipossuficiência econômica. Isso porque, de acordo com a decisão agravada, verificou-se em consulta ao CNIS “que a autora é empregada da UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO, com salário no montante de R\$ 10.598,00 (dez mil, quinhentos e noventa e oito reais) – competência 05/2018, sem constar rescisão do contrato de trabalho”.

Contudo, na sequência, a parte agravante atravessou petição (ID 50274183), juntando documentos para demonstrar a sua dispensa do emprego, e, sob o fundamento de que “não terá condições de arcar com quaisquer custas e despesas processuais”, seja concedida a antecipação da tutela.

Decido.

O pedido de antecipação da tutela foi, inicialmente, negado em virtude da renda da agravante superar R\$ 3.000,00.

Contudo, na sequência, conforme relatado, a agravante informa que foi dispensada do seu emprego, anexando “carta de demissão”, datada de 16.01.2019.

Presente esse contexto, é de ser considerada a presunção da declaração do agravante, de que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família.

Diante do exposto, reconsidero a decisão contida no documento n.º 28833354, para deferir o pedido de tutela antecipada recursal, e conceder os benefícios da assistência gratuita, até o julgamento do presente agravo de instrumento.

Comunique-se o Juízo “a quo”.

Intimem-se, inclusive para contramínuta, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

ccc

São Paulo, 12 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000959-31.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: MICHAEL VITOR FERREIRA DA SILVA
Advogados do(a) AGRAVANTE: MARCOS ANTONIO MARIN COLNAGO - SP147425-N, DANILLO LOZANO BENVENUTO - SP359029-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Michael Victor Ferreira da Silva, com base no art. 1015, parágrafo único, do CPC, em face de decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença, homologando os cálculos ofertados pelo INSS (documento id.n.º 1608783).

Alega a parte agravante, em síntese, a impossibilidade de utilização da TR e aplicabilidade à hipótese do Manual de Cálculos da Justiça Federal em vigor.

Requer, ainda, sejam deferidos juros de mora, no período entre a data da conta de liquidação e a data da expedição do precatório ou RPV, em face do julgamento do RE nº 579.431/RS (Tema 96) perante o C. STF.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, para, julgando improcedente a impugnação à execução, homologar os cálculos do credor, condenando a autarquia ao pagamento de honorários de sucumbência, deferindo-se, no mais, o cômputo dos juros moratórios em continuação.

O pedido de efeito suspensivo foi parcialmente deferido para determinar que a execução prossiga observando-se, para fins de correção monetária e juros de mora, nos moldes do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor (fls. 01/07 do doc. de ID nº 1641930).

Certificado o decurso do prazo para a agravante apresentar pedido de reconsideração e para a agravada apresentar pedido de reconsideração/resposta (ID nº 3104371).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inserção do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devendo guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que os cálculos homologados pelo Juízo a quo aplicaram TR, para fins de correção monetária do débito.

De outra parte, os cálculos elaborados pela parte autora estão em conformidade com as disposições da Resolução nº 267/2013, devendo a execução prosseguir pelos valores por ela apurados (R\$ 38.756,85, atualizado até 11/2016).

Tendo em vista o resultado de improcedência da impugnação oferecida, condeno a autarquia ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre a diferença entre os valores ora homologados e aqueles apontados como devidos pela autarquia, nos termos do art. 85 do NCP.

No mais, são devidos juros de mora no lapso transcorrido entre a data da apresentação dos cálculos pelo exequente e a da expedição do precatório, conforme a iterativa jurisprudência desta Colenda Corte.

Apesar o Egrégio Supremo Tribunal Federal ter firmado entendimento no sentido de que não são devidos juros moratórios no período compreendido entre a data de expedição do precatório judicial e a do seu efetivo pagamento no prazo estabelecido na Constituição Federal, por não se caracterizar inadimplemento por parte do Poder Público (RE nº 298.616/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 3/10/2003), entre a data da elaboração da conta homologada e a data em que foi expedido o precatório, os juros não podem ser desconsiderados, porquanto a delonga do pagamento não deve resultar em vantagem para o devedor.

A propósito do tema, cumpre referir o seguinte precedente emanado da Terceira Seção deste Tribunal:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO/RPV. PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES PARCIALMENTE PROVIDOS.

I - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação envolveu a questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data do pagamento do precatório/RPV.

IV - Cabível a incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal. A apresentação da conta de liquidação em Juízo não cessa a incidência da mora, pois não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0020944-72.2003.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO DOMINGUES, julgado em 25/02/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/03/2016)

Cumpre sublinhar que o tema, de ordem constitucional, teve Repercussão Geral reconhecida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 579.431/RS (tema 96).

No julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão publicado em 30/06/2017, fixou, por maioria, a seguinte tese de repercussão geral: "Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório".

Com efeito, julgada a repercussão geral, nos termos do art. 927, III, do CPC em vigor, as decisões contrárias ao que foi decidido pela Suprema Corte não podem mais subsistir.

Ainda no que diz respeito aos juros de mora, conforme entendimento firmado por este Tribunal, a sua incidência, no período compreendido entre a data da elaboração da conta de liquidação e requisição/precatório, deve observar os critérios fixados no título exequendo, observadas as alterações promovidas no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da feitura dos cálculos. Nesse sentido: TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC 0001057-40.2000.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 25/04/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento para, julgando improcedente a impugnação à execução, determinar o prosseguimento da execução pelos valores apurados pela parte autora (R\$ 38.756,85, atualizado até 11/2016), condenando a autarquia ao pagamento de honorários de sucumbência, ficando, no mais, deferida a inclusão de juros moratórios, no período entre a data da elaboração da conta de liquidação e a da requisição/precatório, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 12 de junho de 2020.

prfman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006708-92.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: DIRCEU CLAUDIO VIEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO GOMES SERRAO - SP255252-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face da decisão que, proferida em cumprimento de sentença (processo n. 0022271-93.2009.8.26.0161), considerou correto o cálculo da autarquia, o qual utilizou o Manual de Cálculos da Justiça Federal, Resolução nº 134/2010 sem as alterações da Resolução nº 267/13, por entender representativo do julgado na ação de conhecimento - págs 146-153 do feito originário.

Alega a parte agravante que está pacificada a jurisprudência do STF, no sentido de afastar a TR, como índice de correção monetária.

Requer a reforma da decisão agravada, para acolher como corretos os seus cálculos de liquidação.

Intimada, a parte agravada não ofereceu resposta.

É o relatório.

O presente recurso comporta julgamento nos termos do art. 932, V, b, do CPC.

No dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devendo-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC).

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se, por fim, que no dia 03.10.2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

A utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista nas disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

À vista desse entendimento, é de ser reformada a decisão agravada, no sentido de serem aplicadas com as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF.

A questão dos consectários não forma coisa julgada em vista da dinâmica do ordenamento jurídico e da evolução dos precedentes jurisprudenciais sobre o tema de cálculos jurídicos.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao agravo de instrumento, para determinar que os cálculos sejam refeitos, nos termos da fundamentação.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009113-67.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: CLEONICE DIAS DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVADO: ISABELE CRISTINA GARCIA DE OLIVEIRA - SP147808-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, interposto contra decisão que rejeitou a impugnação, em sede do incidente de cumprimento provisório referente à multa diária decorrente do atraso na implementação do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, concedido por tutela antecipada na sentença, a qual pendente de recurso perante este Tribunal, com determinação para expedição de ofício, requisitando-se o valor em execução - id. 130288457 (fls. 50-51).

Aduz a parte agravante que é público e notório que a Autarquia Previdenciária vem passando por dificuldades administrativas, sobretudo pela quantidade acentuada de servidores que se aposentaram, diminuindo massivamente o seu quadro de pessoal.

Ademais a manutenção da multa resultaria no enriquecimento indevido da parte contrária, visto que a função da astreintes, em nosso sistema jurídico, não é o de substituir às perdas e danos, ou punir a parte (tal como a multa prevista no art. 14 do Código de Processo Civil), mas, sim, coagir ao cumprimento da decisão judicial e, por outro lado, como medida caracterizadora de sanção contra devedor imputual, não pode ser banalizada como instrumento essencial à determinação judicial.

Requer a concessão do efeito suspensivo ao recurso, bem como seja acolhido o presente agravo, para que a multa seja extinta ou reduzida.

É o relatório.

De acordo com a decisão agravada:

"Trata-se de cumprimento de sentença iniciado por Cleonice Dias de Queiroz em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pleiteando o pagamento a título de multa diária por atraso na implantação do benefício de R\$3.000,00, por inobservância do prazo fixado em sentença para cumprimento da tutela de urgência. O INSS apresentou impugnação (fls. 33/34). Relata, em suma, que cumpriu a tutela de urgência no prazo fixado. Juntou documentos (fls. 35/41). Sobre a impugnação, manifestou-se a parte autora às fls. 45/49. Decido. O INSS foi condenado, em primeira instância, a conceder em favor da parte autora o benefício aposentadoria por invalidez (fls. 111/115 dos autos principais), a contar da data de entrada do início da incapacidade laborativa, ocasião em que ficou deferida a tutela de urgência, a fim de que o ente ora impugnante implantasse a benesse no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias corridos, sob pena de multa no valor único de R\$ 3.000,00. Como se depreende dos autos primários, a certidão de fl. 116 atesta a disponibilização do decisum, no DJE, em 03/09/2019, considerando-se a publicação na data correspondente ao primeiro dia útil subsequente em relação à data acima, nos termos do artigo 224, §§2º e 3º, do CPC. Pois bem apreciando os fatos postos em questão, tem-se que o ente impugnante veio aos autos informar a implantação da benesse supramencionada tão somente em janeiro de 2020, como se extrai do ofício recebido às fls. 147/149 (autos principais), não havendo elementos que respaldem a arguição de que havia implantado o benefício, ao qual a parte autora faz jus, dentro do prazo entabulado em sentença. Isto posto, é certo que o prazo de 45 dias corridos ofertado em sentença não foi observado, sendo excedido de forma a ser justa a aplicação de astreintes, da forma prevista. Nessa toada, é devida a multa estipulada em sede de concessão de benefício em tutela de urgência, de modo que se conclui ser plausível a pretensão da parte impugnada. Sendo assim, REJEITO a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pelo INSS e, por conseguinte, ACOLHO a pretensão da parte impugnada, e DECLARO como devida a importância de R\$ 3.000,00. Condeno a parte executada ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em R\$ 800,00. Decorrido o prazo sem interposição de recurso, oficie-se ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, requisitando-se o valor em execução, nos termos das Resoluções em vigor. "

De acordo com o art. 537, §3º, do CPC, § 3º, a decisão que fixa a multa (na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução), é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

Em hipótese semelhante à dos autos, no julgado abaixo colacionado, o relator, em seu voto, interpreta referido dispositivo legal em consonância com o art. 100, § 1º da Constituição da República que apenas admite a inscrição das ordens de pagamento em desfavor das Fazendas Públicas após o trânsito em julgado - grifamos:

PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. ATRASO NA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXCESSO RECONHECIDO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.

1. Resta pacificado nesta Corte Regional entendimento segundo o qual é possível a imposição de multa diária contra a Fazenda Pública na hipótese de atraso no cumprimento de decisão judicial.

2. Consta-se que o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição a que faz jus a agravada perfaz a renda mensal de R\$ 2.134,23 (dois mil, cento e trinta e quatro reais e vinte e três centavos). Conclui, neste sentido, haver excesso, tendo em conta a renda mensal da prestação previdenciária (R\$ 2.134,23) e o montante pleiteado a título de multa (R\$ 2.700,00), sendo de rigor a fixação da multa diária em 1/30 (um trinta avos) do valor do benefício.

3. Diante da interposição de recurso de apelação pelo INSS, apenas se mostra possível, por ora, a aferição do valor a ser pago a tal título nos moldes definidos, restando impossibilitada sua inscrição em precatório ou em requisição de pequeno valor até a formação da coisa julgada.

4. Os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% (dez por cento) da diferença entre o valor pleiteado pelo exequente e o efetivamente devido, isto é, com as alterações ora determinadas em favor do INSS, considerando o parcial acolhimento da pretensão veiculada em sua impugnação.

5. Agravo de instrumento parcialmente provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000544-77.2020.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, julgado em 15/04/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 23/04/2020)

Assim, a inscrição da ordem de pagamento, somente deve ocorrer após a sentença favorável ao autor, com trânsito em julgado.

Presentes os elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300 do CPC), é cabível a concessão da tutela de urgência, no âmbito do agravo de instrumento (art. 1.019, I, do CPC).

Ante do exposto, defiro o pedido de tutela antecipada recursal, para suspender a determinação de expedição do ofício requisitório.

Comuniquem-se.

Dê-se ciência e intím-se para contraminuta – art. 1019 do CPC.

Após, conclusos para julgamento.

São Paulo, 11 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017433-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ADELICE CARVALHO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVADO: ROSIANA APARECIDA DA SILVA OLIVEIRA - SP303559
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS, em face de decisão que rejeitou a sua impugnação ao cumprimento de sentença, no qual o autor busca executar parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS, a qual entendeu mais vantajosa.

Em suas razões, o agravante alega que a decisão agravada contraria a jurisprudência acerca da matéria e que possibilitar ao autor a percepção das parcelas decorrentes de benefício a que expressamente renunciou resultaria em desaposestação, vedada pelo ordenamento jurídico.

Requeru a concessão de efeito suspensivo em face da r. decisão, e, ao final, o provimento do agravo de instrumento.

É o relatório.

Acerca do tema - possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria mais vantajosa concedida administrativamente pelo INSS - cabe pontuar que, em 21/06/2019, a 1ª Seção do STJ afetou a matéria à sistemática dos recursos repetitivos (Tema 1018 - REsp 1767789/PR e 1803154/RS), determinando-se a suspensão do processamento de todos os feitos ainda sem trânsito em julgado, individuais ou coletivos em trâmite no território nacional.

De se salientar, ainda, que no caso, o pedido de tutela recursal merece ser analisado, visto que o agravante está na iminência de sofrer a cobrança, uma vez que rejeitada em parte a sua impugnação e determinado o recálculo do valor exequendo.

Diante do exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo. Determino, ainda, a suspensão do feito até o julgamento final, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Comuniquem-se e intím-se.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017563-96.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: HELIO LEANDRO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRENO BORGES DE CAMARGO - SP231498-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Hélio Leandro da Silva contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara Previdenciária de São Paulo/SP que, nos autos do processo nº 5013429-38.2019.4.03.6183, indeferiu a realização de prova pericial.

Considerando-se que a decisão agravada não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 1015, do CPC, não conheço do presente agravo de instrumento, com fundamento no art. 932, inc. III, do CPC. Comunique-se. Int. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017782-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: FRITZ HARTER
Advogado do(a) AGRAVANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - RJ189680-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Fritz Harter contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Limeira/SP que, nos autos do processo nº 5001429-92.2020.4.03.6143, indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita.

Afirma o agravante *"a simples afirmação da parte Autora de que é incapaz de arcar com as custas processuais, tendo em vista a situação econômica, é suficiente para a obtenção da assistência judiciária gratuita"* (ID 135901262 - Pág. 5)

Na análise perfunctória que me é possível fazer no presente momento não vislumbro a probabilidade do direito da parte agravante.

A Terceira Seção desta C. Corte, em 23 de fevereiro de 2017, passou a adotar como parâmetro para a concessão de pedidos de assistência judiciária gratuita a quantia de 3 salários mínimos, observando o valor utilizado pela Defensoria Pública da União para a prestação de serviço a quem se declara necessitado (Resolução CSDPU Nº 85 DE 11/02/2014).

Nesse aspecto, destaco que o mencionado ato normativo foi revogado pela Resolução CSDPU nº 133, de 07/12/2016, tendo a Resolução nº 134, de 07/12/2016, passado a estabelecer o *quantum* de R\$ 2.000,00 para o atendimento acima referido.

Contudo, entendo que o critério de 3 salários mínimos -- mero referencial por mim adotado -- é o que melhor observa ao disposto no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, de modo que o mantenho.

No caso, os rendimentos do agravante superam a quantia de 3 salários mínimos e não foram colacionados documentos que comprovem gastos que justifiquem mudança no entendimento adotado pelo Juízo *a quo*.

Isso posto, considero ausentes os pressupostos para recebimento deste com efeito suspensivo que, por isso, fica negado. Comunique-se. Dê-se ciência ao agravante. Intime-se o INSS para apresentar resposta.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5269958-57.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: B. E. R.
REPRESENTANTE: TATIANE BRAGA ROQUE
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO DA SILVA CHIMENES - SP243434-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: B. E. R.
REPRESENTANTE: TATIANE BRAGA ROQUE

O processo nº 5269958-57.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: E. M. M.

REPRESENTANTE: ESTEFANIA MARIA MUNIZ SILVA

Advogado do(a) APELADO: ALINE ORSETTI NOBRE - SP177945-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: E. M. M.

REPRESENTANTE: ESTEFANIA MARIA MUNIZ SILVA

O processo nº 5184190-66.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 03/08/2020 14:00:00

Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004055-59.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO JOSE DA SILVA

Advogado do(a) APELADO: WELITTON FABIANO DA SILVA - MS19078-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO JOSE DA SILVA

O processo nº 5004055-59.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 03/08/2020 14:00:00

Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5237116-24.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: A. J. M. D. S.

Advogado do(a) APELADO: JANAINA MARTINS ALCAZAS - SP264819-N

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: A. J. M. D. S.

O processo nº 5237116-24.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 03/08/2020 14:00:00

Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004440-65.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: SANDRA CRISTINA VIEIRA DO PRADO DA FONSECA

Advogados do(a) AGRVANTE: MANOEL EDSON RUEDA - SP124230-N, MIRELLA ELIARA RUEDA - SP293863-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que, em fase de cumprimento de julgado, acolheu a impugnação à execução oferecida pelo INSS, acolhendo os cálculos por ele elaborados (fls. 71/72 do doc. de ID nº 34642841).

Alega o agravante, em síntese, que não prospera a adoção da TR, para fins de correção monetária do débito, devendo ser observado o entendimento no Tema 810, conforme jurisprudência aplicável à espécie.

Requeru a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo, acolhendo-se os cálculos do agravante ou do perito judicial, bem como condenando o INSS ao pagamento do ônus de sucumbência.

Intimada, a agravada não ofereceu contramutua (ID nº 123356179).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

O presente recurso comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, IV, b, do CPC.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devem-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJE 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que descabe a aplicação da TR, para fins de correção monetária do débito.

Contudo, não é possível o acolhimento dos cálculos apontados como devidos pelo agravante, eis que há necessidade de observância dos índices previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, aplicando-se, portanto, o INPC, para fins de correção monetária do débito, e não o IPCA-E.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, em conformidade com a Resolução nº 267/2013 do CJF, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem

São Paulo, 30 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5000058-52.2016.4.03.6105
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
PARTE AUTORA: MARIA JOSE DA SILVA
JUÍZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 6ª VARA FEDERAL
Advogado do(a) PARTE AUTORA: OLÍVIA WILMA MEGALE BERTI - SP35574-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: PARTE AUTORA: MARIA JOSE DA SILVA
JUIZO RECORRENTE: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE CAMPINAS/SP - 6ª VARA FEDERAL
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

O processo nº 5000058-52.2016.4.03.6105 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5272699-70.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JANDIRA DE JESUS LIMA
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO DA SILVA ARAUJO - SP413802-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JANDIRA DE JESUS LIMA

O processo nº 5272699-70.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5016559-70.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JOSE GONCALVES
Advogado do(a) APELANTE: IVY GRACIELLE DE FAVARI TONASSI - SP218443-A
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: JOSE GONCALVES
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 5016559-70.2018.4.03.6183 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0001688-96.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: CARLOS BENTO DIAS FARIAS
Advogado do(a) APELANTE: LUCIANA CONFORTI SLEIMAN - SP121737-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Tendo em vista o quanto decidido no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas N° 5022820-39.2019.4.03.0000, por maioria, pela Terceira Seção deste TRF, Relatoria da Des. Federal Inês Virginia, na forma dos artigos 979 c.c. 1.036, § 1º, do CPC/2015, a implicar a suspensão do trâmite de todos os feitos pendentes, alusivos ao tema da elevação dos tetos previstos nas Emendas Constitucionais n.s 2098 e 41/03 aos benefícios concedidos anteriormente à Constituição Federal, bem como à utilização do menor ou maior valor teto para fins de aplicação dos referidos tetos, SUSPENDO ESTE PROCESSO, até ulterior deliberação.

Intimem-se. Comunique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) N° 5007977-79.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: CLAUDEMIR CREPALDI SILVA
Advogado do(a) APELANTE: KARINA FRANCISCO DE SOUZA - SP261673-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: CLAUDEMIR CREPALDI SILVA
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo n° 5007977-79.2018.4.03.6119 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5031161-88.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: CICERO APARECIDO SANTANA
Advogado do(a) AGRAVANTE: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face de decisão que, em ação previdenciária, indeferiu o pedido de gratuidade de justiça e determinou o recolhimento das custas processuais.

Recebido o recurso, o pedido de efeito suspensivo foi indeferido (ID 28796831), por considerar que os documentos juntados pela parte autora não eram suficientes para comprovar a sua alegada hipossuficiência econômica. Isso porque, em consulta ao CNIS, foi possível verificar que a sua remuneração fora, em 11/2018 e 12/2018, respectivamente nas quantias de R\$ 5.541,43 e R\$ 7.420,17, referente ao vínculo de emprego com a AGRICOLA MORENO DE LUIZ ANTONIO LTDA.

Contudo, em 10.06.2020, a parte agravante atravessa petição (ID 134204348), juntando documentos para demonstrar a sua dispensa do emprego, e, sob o fundamento de que *"não terá condições de arcar com quaisquer custas e despesas processuais"*, seja concedida a antecipação da tutela.

Decido.

O pedido de antecipação da tutela foi, inicialmente, negado em virtude da renda do agravante superar R\$ 3.000,00.

Contudo, na sequência, conforme relatado, o agravante informa que foi dispensado do seu emprego, anexando termo de rescisão do contrato de trabalho, datado de 22.05.2020, o que, alega, demonstra que *"não terá condições de arcar com quaisquer custas e despesas processuais, ainda mais levando-se em consideração a atual situação mundial em razão da pandemia do COVID19"*.

Presente esse contexto, é de ser considerada a presunção da declaração do agravante, de que não possui condições de arcar com as custas processuais sem prejuízo próprio ou de sua família.

Diante do exposto, reconsidero a decisão contida no documento n.º 28796831, para deferir o pedido de tutela antecipada recursal, e conceder os benefícios da assistência gratuita, até o julgamento do presente agravo de instrumento.

Comunique-se o Juízo "a quo".

Intimem-se, inclusive para contraminuta, nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

ccc

São Paulo, 12 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027538-16.2018.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDA ZAFFALON - SP318963

AGRAVADO: MARCOS ANTONIO DOMINGUES

PROCURADOR: DANILO BONO GARCIA, GUSTAVO PAGLIARINI DE OLIVEIRA, WALDEMIR RONALDO CORREA, CIBELE RODRIGUES DOS SANTOS, ALLAN FRANCISCO

FARIAS COSTA, SUZILAIN BERTON CARDOSO

Advogados do(a) AGRAVADO: ALLAN FRANCISCO FARIAS COSTA - MS19079, DANILO BONO GARCIA - MS9420, GUSTAVO PAGLIARINI DE OLIVEIRA - MS8756, WALDEMIR

RONALDO CORREA - MS10680-A, CIBELE RODRIGUES DOS SANTOS - MS17071-A, SUZILAIN BERTON CARDOSO - MS16334-A

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARCOS ANTONIO DOMINGUES

PROCURADOR: DANILO BONO GARCIA, GUSTAVO PAGLIARINI DE OLIVEIRA, WALDEMIR RONALDO CORREA, CIBELE RODRIGUES DOS SANTOS, ALLAN FRANCISCO

FARIAS COSTA, SUZILAIN BERTON CARDOSO

O processo nº 5027538-16.2018.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

Data: 03/08/2020 14:00:00

Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020079-26.2019.4.03.0000

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

AGRAVANTE: EURIDES NOVAES DOS REIS

Advogados do(a) AGRAVANTE: RENATA MOCO - SP163748-A, JOICE BITENCORTE BIELSA MARCATO - MS10576-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que, em fase de cumprimento de julgado, homologou os cálculos apresentados pelo INSS em sede de execução invertida, fundamentando-se na ausência de impugnação pela exequente (fls. 25 do doc. de Id nº 87540116).

Alega o agravante, em síntese, que não há se falar em ausência de impugnação ou manifestação da parte credora, eis que, após a apresentação dos cálculos pela autarquia, a parte autora promoveu a execução dos valores que entende corretos, especificando em sua planilha de cálculo os parâmetros utilizados para correção dos valores em atraso, notadamente no que se refere à atualização monetária.

Aduz, no mais, que não prospera o acolhimento dos cálculos elaborados pela autarquia, ante a declaração de inconstitucionalidade da TR, no julgamento do RE nº 870.947, devendo ser utilizado o INPC ou IPCA-E, para fins de atualização monetária do débito.

Requer, ao final, o provimento do agravo, a fim de homologar os cálculos apresentados pelo agravante, expedindo-se, no mais, ofício requisitório de pagamento dos valores devidos.

Intimada, a agravada não ofereceu contraminuta (ID nº 123356167).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

O presente recurso comporta julgamento monocrático, nos termos do art. 932, IV, b, do CPC.

Inicialmente, observo que, o INSS, em execução invertida, apresentou os valores que entendia devidos.

Intimada, a parte autora apresentou novos cálculos de liquidação, nos quais se verifica a apuração de valores superiores àqueles apontados como devidos pela autarquia, em razão da adoção de parâmetros diversos de correção monetária e juros de mora.

Assim, ao contrário do considerado pelo Juízo *a quo*, ao apresentar novos cálculos de liquidação, a exequente manifestou seu inconformismo com os valores apurados em execução invertida, verificando-se que a divergência entre os cálculos reside nos critérios de correção monetária e juros de mora que foram empregados pelas partes.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Visiondo a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação a demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJe em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJe 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que descabe a aplicação da TR, para fins de correção monetária do débito.

Contudo, não é possível o acolhimento dos cálculos do agravante, sobretudo porque aplicou juros de mora, à taxa de 1% ao mês, em desconformidade, portanto, com a fundamentação acima.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, observando-se, para fins de correção monetária e juros de mora, as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

prfman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020828-77.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: TERESA BARBOSA
Advogado do(a) AGRAVANTE: GESLER LEITAO - SP201023-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que acolheu a impugnação ao cumprimento de sentença ofertada e determinou o regular prosseguimento da execução de conformidade com os cálculos elaborados pela autarquia (fls. 01 do doc. de ID nº 4864100).

Alega a agravante, em síntese, que não prospera a determinação de aplicação da Lei 11.960/2009, para fins de atualização do débito, ante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade no julgamento do RE nº 870.947, devendo ser reconhecida, até 29/06/2009, a aplicação dos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal e, após, o IPCA-E.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, nos termos da fundamentação acima, invertendo-se o ônus de sucumbência.

Intimada, a agravada não ofereceu contraminuta (ID nº 68539212).

É o relatório.

De início, observo que a decisão impugnada foi proferida na vigência do CPC/2015.

Considerando presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ nº 568 - O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016) -, assim como, por interpretação sistemática e teleológica, aos artigos 1º a 12º, c.c o artigo 932, todos do Código de Processo Civil/2015, concluo que no caso em análise é plenamente cabível decidir-se monocraticamente, mesmo porque o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, sendo ainda passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947 (Tema 810), com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, afastou a aplicação da TR, como índice de correção monetária, precedente em relação devendo-se guiar os demais órgãos do Poder Judiciário (artigos 927, III e 1.040, ambos do CPC):

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

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

Acrescente-se que, no dia 03/10/2019, ao julgar os embargos de declaração interpostos em face do v. acórdão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida, conforme acórdão publicado no DJE em 03/02/2020, tendo sido certificado o seu trânsito em julgado em 31/03/2020.

Assim, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que não há modulação dos efeitos do julgado do Supremo Tribunal Federal, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005.

Ademais, a utilização do INPC, como índice de correção monetária, prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 267/2013 do CJF, foi corroborada no julgamento do REsp 1.495.146-MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, no qual o Superior Tribunal de Justiça, ao firmar teses a respeito dos índices aplicáveis a depender da natureza da condenação, expressamente consignou, no item 3.2, que: "As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.340/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/1991." (REsp 1.495.146-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 22/02/2018, DJE 02/03/2018 - Tema 905)

No caso dos autos, há necessidade de reforma da decisão agravada, eis que os cálculos homologados pelo Juízo a quo aplicaram a TR, para fins de correção monetária do débito.

De outra parte, não é possível o acolhimento dos cálculos elaborados pela parte autora, porquanto, conforme reconhecido na decisão agravada, a exequente incluiu, em seus cálculos, parcelas pagas administrativamente (relativas ao período de 17/07/2014 a 31/07/2014 e abono anual de 2014), impondo-se o seu desconto, sob pena de pagamento em duplicidade. Trata-se de aspecto que não foi objeto de insurgência recursal pela exequente, caracterizando-se, portanto, a preclusão quanto ao tema.

Ademais, ao contrário do aduzido pela agravante, deve ser empregados os índices de correção monetária previstos na Resolução nº 267/2013 do CJF, aplicando-se, portanto, o INPC, para fins de correção monetária do débito, até a data final dos cálculos, e não o IPCA-E, como pretende o agravante.

Diante do exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento para determinar o refazimento dos cálculos de liquidação, observando-se, para fins de correção monetária do débito e juros de mora, as disposições da Resolução nº 267/2013 do CJF, mantendo-se, no mais, o desconto dos valores pagos administrativamente, nos termos da fundamentação acima.

Intimem-se.

Transitada em julgado a presente decisão, remetam-se os autos ao MM. Juízo de origem.

São Paulo, 16 de junho de 2020.

prfeman

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000740-63.2014.4.03.6105
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: MARCOS ANTONIO FLORIANO

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: MARCOS ANTONIO FLORIANO
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 0000740-63.2014.4.03.6105 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017556-07.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: JOSE LAERCIO MARCUSSI
Advogado do(a) AGRAVADO: SIMONE APARECIDA GOUVEIA - SP122469-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de São Joaquim da Barra/SP que, nos autos do processo nº 0002809-32.2019.8.26.0572, rejeitou a impugnação aos cálculos.

Afirma a autarquia que deversem descontados os períodos de recebimento de auxílio-doença e de seguro-desemprego.

Na análise perfunctória que me é possível fazer no presente momento vislumbro a probabilidade do direito do agravante.

Isso porque, em razão de expressa previsão legal -- nos termos do art. 124, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91 --, inviável o pagamento do benefício nas competências em que o agravado recebeu seguro desemprego e auxílio-doença.

Dessa forma, defiro o pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.019, inc. I, do CPC. Dê-se ciência ao INSS. Comunique-se. Intime-se o recorrido para apresentar resposta.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0008687-36.2011.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: SINEZIO ANTONIO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: MAISA CARMONA MARQUES - SP302658-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: SINEZIO ANTONIO DA SILVA
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0008687-36.2011.4.03.6183 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002584-13.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: DERALDINO FRANCISCO PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: ANA CAROLINA PINHEIRO TAHAN - SP213850-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5005039-43.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: ZILDA RIBEIRO
Advogado do(a) APELANTE: FABIANE BRITO LEMES - MS9180-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se “ *o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*”.

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5283571-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ADIVA ROSA DOS SANTOS CORREIA
Advogados do(a) APELADO: LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - SP111577-A, GABRIEL DE OLIVEIRA DA SILVA - SP305028-N, RODOLFO DA COSTA RAMOS - SP312675-N, DENISE DURAN MORO - SP343275-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se “ *o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*”.

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5005257-95.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: JOSE EURICO FISCHER NOGUEIRA JUNIOR
Advogado do(a) AGRAVADO: AUREO ARNALDO AMSTALDEN - SP223924-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 135450608: Manifestem-se as partes sobre a informação da Contadoria Judicial, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6244631-30.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: IRACEMA SALVINI MARCHINI
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL DE OLIVEIRA DA SILVA - SP305028-N, LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - SP111577-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDel no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000340-33.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: DIMAS GOMES DE OLIVEIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCIO FERNANDES CARBONARO - SP166235-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5162279-95.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA EULALIA ANTUNES LAUREANO
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS DE QUEVEDO JUNIOR - SP286413-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5260862-18.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: NAIR MARIA VIEIRA
Advogado do(a) APELANTE: LICELE CORREA DA SILVA FERNANDES - SP129377-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007441-36.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: OSVALDO GRANADO TAPPIZ
Advogados do(a) APELANTE: JOSI PAVELOSQUE - SP357048-A, ELENICE PAVELOSQUE GUARDACHONE - PR72393-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação na qual se discute sobre a aplicação dos novos limites máximos instituídos pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 41/03 a benefício previdenciário concedido antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista o julgamento proferido pela Terceira Seção desta E. Corte, no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5022820-39.2019.4.03.0000, de relatoria da Exma. Desembargadora Federal Inês Virginia, na qual decidiu-se pela "suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a temática posta neste incidente e que tramitam nesta 3ª Região, inclusive dos feitos que correm nos Juizados Especiais Federais (artigo 982, I, do CPC/2015)".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5183300-30.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: EDNA OLIVEIRA DOS SANTOS COELHO
Advogado do(a) APELANTE: MARCIA DE OLIVEIRA MARTINS DOS SANTOS - SP124741-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Tendo em vista o parecer do Ministério Público Federal de fls. 219/222 (id. 132476142 – págs. 1/4), no tocante à incapacidade total e permanente da autora para o trabalho e para os atos da vida civil atestada pelo laudo pericial, intime-se a I. Procuradora da requerente a fim de que regularize a sua representação processual, juntando aos autos instrumento de mandato nos termos do art. 71 do CPC/15. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5239819-25.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA APARECIDA DOS SANTOS SILVA
Advogado do(a) APELADO: ABDO KARIM MAHAMUD BARACAT NETTO - SP303680-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versam sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000388-89.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
AGRAVADO: NILSON RODRIGUES GOMES

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: NILSON RODRIGUES GOMES

O processo nº 5000388-89.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003470-31.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: ERICH AUGUSTO HAEMMERLE
Advogado do(a) AGRAVADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5030658-43.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: NEUSADOS SANTOS PEREIRA
Advogado do(a) APELANTE: MARCOS ANTONIO CHAVES - SP62413-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016306-78.2012.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: ANTONIO GONCALVES
Advogado do(a) APELANTE: ANA CAROLINA DA COSTA - SP279894
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: JOSE LEVY TOMAZ - SP357526-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: ANTONIO GONCALVES
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 0016306-78.2012.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008080-65.2017.4.03.6105
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MARIA TERUKO HARIMA
Advogado do(a) APELANTE: JORGE SOARES DA SILVA - SP272906-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007010-22.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MARIA DAS GRACAS GOBBI
Advogado do(a) APELANTE: FELIPE MARQUES VIEIRA MARCELO - SP316455-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198)Nº 5006420-57.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MARIA APARECIDA DE OLIVEIRA NEVES
Advogado do(a) APELANTE: MARCIA ALVES ORTEGA - MS5916-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA(1728)Nº 5239703-19.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DOMIRCIO DIAS DA ROCHA
Advogados do(a) APELADO: RENATA MANFIO DOS REIS SPRICIDO - SP167573-N, ROBILAN MANFIO DOS REIS - SP124377-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JAIME NOGUEIRA PIMENTEL
Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO GOULART PEREIRA - SP296386-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação ajuizada em 12/7/18 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando ao restabelecimento da aposentadoria por invalidez acidentária.

Alega o autor que estava afastado do trabalho "por incapacidade laborativa desde 2003, quando lhe foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez. Em 25/06/2018, após uma simples perícia feita pela autarquia ré, constatou-se capacidade para o trabalho pelo perito e assim o benefício foi cessado" (fls. 5 – id. 125091428 – pág. 2).

Em comunicado de decisão de fls. 16 (id. 132497289 – pág. 1), informa o INSS que, em atenção ao exame médico pericial revisional de aposentadoria por invalidez realizado no dia 25/6/18, a mesma será cessada, conforme o art. 49, incisos I e II do Decreto nº 3.048/99, tendo em vista que não foi constatada a persistência da invalidez.

Verifica-se do extrato de consulta realizada no "CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais", acostado a fls. 61 (id. 132497339 – pág. 1), que, de fato, o demandante recebeu o "AUXÍLIO DOENÇA POR ACIDENTE DO TRABALHO", Espécie "91", NB 128.029.898-4, no período de 15/5/03 a 12/6/08 e "APOSENT. INVALIDEZ ACIDENTE TRABALHO", Espécie "92", NB 544.287.775-8, no período de 13/6/08 a 25/12/19.

Cabe salientar que a competência da Justiça Federal tem caráter absoluto, uma vez que é determinada em razão da matéria e da qualidade das partes. O art. 109, inc. I, da Constituição Federal estabelece que as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, são de sua competência.

É oportuno ressaltar que o dispositivo constitucional refere-se a causas que tenham por fundamento a ocorrência de acidente de trabalho.

Com supedâneo na norma constitucional vieram a lume as Súmulas nºs 15 do C. Superior Tribunal de Justiça e 501 do C. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

"Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho." (grifos meus)

"Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente de trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista." (grifos meus)

Quadra mencionar, a propósito, o julgamento, em sessão de 9/6/11, da Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 638.483, pelo Plenário do C. Supremo Tribunal Federal, no qual foi reafirmada a jurisprudência no sentido de que compete à Justiça Comum Estadual julgar as ações acidentárias que, propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), visem à prestação de benefícios relativos a acidentes de trabalho.

Tratando-se, *in casu*, de restabelecimento de benefício decorrente de acidente relacionado ao trabalho, parece inafastável o reconhecimento da incompetência desta E. Corte para o exame do recurso interposto.

Ante o exposto, e com fundamento no §1º, do art. 64, do CPC/15, determino a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Int. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a respectiva baixa.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5217676-76.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MARIA BENEDITA ALVES RADI
Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anotar-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5708230-89.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: VALDENETE ISOLINA CANSIAN MARINELLI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
Advogado do(a) APELANTE: DANIEL BELZ - SP62246-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS, VALDENETE ISOLINA CANSIAN MARINELLI
Advogado do(a) APELADO: DANIEL BELZ - SP62246-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002992-23.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: MAURILIO MARCOS PEREIRA DO PRADO
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUPERCIO PEREZ JUNIOR - SP290383-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Maurílio Marcos Pereira do Prado contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Novo Horizonte/SP que, nos autos do processo nº 0001574-73.2019.8.26.0396, acolheu a impugnação aos cálculos, com atualização monetária pela TR.

Pretende a aplicação, no que se refere à correção monetária, do IPCA-E.

Em 13/12/2018, indeferi o pedido de efeito suspensivo.

Devidamente intimada, a parte agravada não apresentou resposta.

É o breve relatório.

Razão parcial assiste ao recorrente.

Isso porque, com relação aos **índices de atualização monetária**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que "a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de benefício de prestação continuada (BPC), o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária." Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: "Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – **INPC** e **IPCA-E** tiveram **variação muito próxima** no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação." (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

Considerando os julgados acima referidos – bem como objetivando não dificultar ainda mais a prestação jurisdicional do Estado – passei a adotar o posicionamento no sentido de que, tratando o feito subjacente de benefício de natureza previdenciária, ainda que constante índice diverso no título executivo, deve ser aplicado o INPC, ressalvando, contudo, o meu posicionamento em sentido contrário.

Eventual pleito relativo a honorários advocatícios -- em razão do provimento do presente agravo de instrumento -- deverá ser submetido à análise do Juízo *a quo* após a apresentação dos valores, conforme critérios estabelecidos neste pronunciamento.

Ante o exposto, e com fundamento no art. 932, V, do CPC, dou parcial provimento ao recurso.

Comunique-se. Int. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a devida baixa.

São Paulo, 1º de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5072602-25.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: CARLINDA SOARES DE AMORIM GONCALVES
Advogado do(a) APELANTE: LIAMARA BARBUI TEIXEIRADOS SANTOS - SP335116-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDeI no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se “ o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais”.

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017686-94.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: ANTONIO DA SILVA SANTOS
Advogados do(a) AGRAVANTE: ANTONIO MANUEL DE AMORIM - SP252503, THAISE MARQUES GONCALVES - SP380367
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Antônio da Silva Santos contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Osasco/SP que, nos autos do processo nº 5002073-74.2020.4.03.6130, indeferiu o pedido de assistência judiciária gratuita.

Afirma o agravante “*que percebe aposentadoria com renda mensal de R\$ 1.532,18 (um mil quinhentos e trinta e dois reais e dezoito centavos), além de manter vínculo empregatício com remuneração, auferindo rendimentos em média de R\$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos reais)*” (ID 135776225 - Pág. 7)

Na análise perfunctória que me é possível fazer no presente momento não vislumbro a probabilidade do direito da parte agravante.

A Terceira Seção desta C. Corte, em 23 de fevereiro de 2017, passou a adotar como parâmetro para a concessão de pedidos de assistência judiciária gratuita a quantia de 3 salários mínimos, observando o valor utilizado pela Defensoria Pública da União para a prestação de serviço a quem se declara necessitado (Resolução CSDPU Nº 85 DE 11/02/2014).

Nesse aspecto, destaco que o mencionado ato normativo foi revogado pela Resolução CSDPU nº 133, de 07/12/2016, tendo a Resolução nº 134, de 07/12/2016, passado a estabelecer o *quantum* de R\$ 2.000,00 para o atendimento acima referido.

Contudo, entendo que o critério de 3 salários mínimos -- mero referencial por mim adotado -- é o que melhor observa ao disposto no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, de modo que o mantenho.

No caso, os rendimentos do agravante superam a quantia de 3 salários mínimos e não foram colacionados documentos que comprovem gastos que justifiquem mudança no entendimento adotado pelo Juízo *a quo*.

Isso posto, considero ausentes os pressupostos para recebimento deste com efeito suspensivo que, por isso, fica negado. Comunique-se. Dê-se ciência ao agravante. Intime-se o INSS para apresentar resposta.

São Paulo, 1º de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5504781-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: ELIZONETE MARIA DE CASTRO
Advogados do(a) APELANTE: RONALDO ARDENGHE - SP152848-N, LEANDRO LOMBARDI CASSEB - SP329583-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006926-86.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: JOSE SEBASTIAO FILHO
Advogado do(a) AGRAVADO: MARION SILVEIRA REGO - SP307042-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra a decisão proferida pelo Juízo Federal da 1ª Vara de Barretos/SP que, nos autos do processo nº 5015950-87.2018.4.03.6183, rejeitou a impugnação aos cálculos.

Pretende a autarquia, no que se refere à atualização monetária e aos juros de mora, a aplicação da Lei nº 11.960/09.

Em 30/3/20, deferi parcialmente o pedido de efeito suspensivo.

A parte agravada apresentou resposta.

É o breve relatório.

Razão parcial assiste ao recorrente.

Isso porque, com relação aos **índices de atualização monetária**, devem ser observados os posicionamentos firmados na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (**Tema 810**) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (**Tema 905**), adotando-se, dessa forma, o IPCA-E nos processos relativos a benefício assistencial e o INPC nos feitos previdenciários. Quadra ressaltar haver constado expressamente do voto do Recurso Repetitivo que "a adoção do INPC não configura afronta ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 870.947/SE). Isso porque, naquela ocasião, determinou-se a aplicação do IPCA-E para fins de correção monetária de **benefício de prestação continuada (BPC)**, o qual se trata de benefício de natureza assistencial, previsto na Lei 8.742/93. Assim, é imperioso concluir que o INPC, previsto no art. 41-A da Lei 8.213/91, abrange apenas a correção monetária dos benefícios de natureza previdenciária." Outrossim, como bem observou o E. Desembargador Federal João Batista Pinto Silveira: "Importante ter presente, para a adequada compreensão do eventual impacto sobre os créditos dos segurados, que os índices em referência – **INPC e IPCA-E** tiveram **variação muito próxima** no período de julho de 2009 (data em que começou a vigorar a TR) e até setembro de 2019, quando julgados os embargos de declaração no RE 870947 pelo STF (IPCA-E: 76,77%; INPC 75,11), de forma que a adoção de um ou outro índice nas decisões judiciais já proferidas não produzirá diferenças significativas sobre o valor da condenação." (TRF-4ª Região, AI nº 5035720-27.2019.4.04.0000/PR, 6ª Turma, v.u., j. 16/10/19).

Assim, tratando o feito subjacente de benefício de natureza previdenciária, forçosa a aplicação do INPC.

A taxa de juros deve incidir de acordo com a remuneração das cadernetas de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), conforme determinado na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 870.947 (Tema 810) e no Recurso Especial Repetitivo nº 1.492.221 (Tema 905).

Observo, por oportuno, que inexistiu violação à coisa julgada, tendo em vista que a decisão que fixou a taxa de juros em 1% ao mês foi proferida em momento anterior à vigência da Lei nº 11.960/09, entendimento este que está em consonância com o adotado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1112743/BA, de relatoria do Min. Castro Meira, julgado em 12/08/2009 (DJe 31/08/2009).

Ante o exposto, e com fundamento no art. 932, V, do CPC, dou parcial provimento ao recurso. Comunique-se. Int. Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a devida baixa.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0000799-11.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: JOSE CARLOS WENCESLAU, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE CARLOS WENCESLAU, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: JOSE CARLOS WENCESLAU, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE CARLOS WENCESLAU, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0000799-11.2014.4.03.6183 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007331-83.2010.4.03.6104
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JORGE ALVES DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: PAULO RODRIGUES FAIA - SP223167-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: ALVARO MICCHELUCCI - SP163190-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: JORGE ALVES DA SILVA
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0007331-83.2010.4.03.6104 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5242961-37.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MARIA GRACIOSA TURCO CREPALDI
Advogados do(a) APELANTE: LEANDRO LOMBARDI CASSEB - SP329583-N, RONALDO ARDENGHE - SP152848-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se " o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5176211-53.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OSVALDO CEZARETO
Advogado do(a) APELADO: THAMIRIS GIANINI ALVARES - SP342437-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: OSVALDO CEZARETO

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5176211-53.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5271293-14.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: SEBASTIAO LARANJEIRA E SILVA
Advogado do(a) APELADO: FABIO ROCHA RODRIGUES CILLI - SP399634-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SEBASTIAO LARANJEIRA E SILVA

São Paulo, 6 de julho de 2020

O processo nº 5271293-14.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5562747-28.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: APARECIDA DURANTIS CAMPANINI
Advogado do(a) APELANTE: LUCIANO CALOR CARDOSO - SP181671-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anotem-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5097836-72.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: HILDA BENEDITA BUENO SERGIO
Advogado do(a) APELANTE: HENRIQUE ROBERTO LEITE - SP321076-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anotem-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RONALDO MORAES DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: SIMONE AZEVEDO LEITE GODINHO - SP111453-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RONALDO MORAES DOS SANTOS

O processo nº 6210634-56.2019.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5376270-91.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: DELFINA MARIA CUSTODIO
Advogado do(a) APELANTE: DERCY VARA NETO - SP263848-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009516-79.2010.4.03.6109
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: SERGIO JOSE BRANCO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: AILTON SOTERO - SP80984-A
Advogado do(a) APELANTE: REINALDO LUIS MARTINS - SP312460-N
APELADO: SERGIO JOSE BRANCO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: AILTON SOTERO - SP80984-A
Advogado do(a) APELADO: REINALDO LUIS MARTINS - SP312460-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: SERGIO JOSE BRANCO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SERGIO JOSE BRANCO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0009516-79.2010.4.03.6109 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015467-45.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: WALDEMIR SILVERIO
Advogado do(a) AGRAVANTE: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, em face de decisão que, em sede de cumprimento de sentença, deixou de receber e apreciar os embargos de declaração opostos, julgando-os prejudicados - id. 71314343.

Aduz a parte agravante que a sentença de fls. 315/320, prolatada, publicada do DOU em 25/04/2019, acolheu parcialmente o pedido do autor e determinou a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição e que o Advogado Fabiano T. Zinader, substabeleceu seus poderes SEM RESERVAS ao advogado que subscreve o presente recurso, CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA, conforme documento de fl. 329 dos autos.

Sustenta que, diante dos poderes substabelecidos pelo advogado Fabiano, no dia 26/04/2019, foi interposto por este advogado Carlos Eduardo Zaccaro Gabarra, EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, tendo em vista que a sentença foi omissa num determinado ponto. As razões dos embargos de declaração encontram-se nas fls. 346/347 dos autos.

Acontece que, segundo também narra, no dia 07/05/2019, o advogado Rafael Miranda Gabarra interpôs recurso de apelação fls. 336/345, mesmo o autor já tido interposto embargos de declaração, pendente de julgamento.

Assim, no Dia 30/05/2019 DOU, o juízo, ao invés de determinar o desentranhamento do recurso de apelação dos autos e julgar os embargos de declaração, proferiu decisão interlocutória à fl. 368 dos autos, ignorando o recurso embargos de declaração, afirmando que tal recurso resta prejudicado ante o recurso de apelação interposto pelo advogado Rafael Miranda Gabarra.

Ressalta que ao deixar de julgar o recurso, houve ofensa a diversos princípios constitucionais, motivos pelo qual requer a reforma da decisão interlocutória, determinando que o juízo julgue primeiramente os embargos de declaração interpostos, desentranhando-se o recurso de apelação para que esta seja interposta somente após julgamento dos ED, determinando, outrossim, que este advogado também possa acompanhar a demanda, realizando atos processuais nos exatos termos dos poderes outorgados pela procuração e substabelecimento sem reservas, sem revogação até a presente data, tudo no intuito de preservar as prerrogativas deste advogado.

Parte agravante beneficiária da justiça gratuita - fl. 7 do id. 24938197.

É o relatório.

O recurso de apelação mencionado encontra-se pautado para julgamento, de forma que se verifica, neste momento processual, a presença dos requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Ante o exposto, defiro o pedido de efeito suspensivo ao recurso.

Comunique-se o Juízo *a quo*, nos termos do art. 1019, inc. I, do CPC.

Dê a Subsecretaria cumprimento ao disposto no artigo 1.019, inc. II, do CPC.

Junte-se cópia desta decisão no processo n. 0008212-03.2009.4.03.6102.

Intimem-se.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

mma

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001724-31.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ALEXANDRE FREITAS DOS SANTOS - SP119743-N
AGRAVADO: ANTENOR MAGALHAES OLIVEIRA
PROCURADOR: MIRELA SECHIERI COSTANEVES DE CARVALHO
Advogado do(a) AGRAVADO: MIRELA SECHIERI COSTANEVES DE CARVALHO - SP120241-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: ANTENOR MAGALHAES OLIVEIRA
PROCURADOR: MIRELA SECHIERI COSTANEVES DE CARVALHO

O processo nº 5001724-31.2020.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5110148-17.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: DIRCEVAL BARALDI
Advogado do(a) APELANTE: THAIS FIORUCI D ANTONIO - SP363116-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: ANDREA TERLIZZI SILVEIRA - SP194936-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se " *o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5429644-22.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: MESSIAS FERREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JOSE LUIZ GOTARDO - SP176267-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se " *o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5158989-72.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: NEIDE DO PRADO PALHUCA
Advogados do(a) APELANTE: CARLOS CESAR DO PRADO CASTRO - SP342953-N, FABIO JUNIOR APARECIDO PIO - SP275674-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se " *o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais*".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0037083-21.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE CARLOS DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS NASSER - SP23445-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 6 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE CARLOS DE SOUZA

O processo nº 0037083-21.2011.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5267876-53.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA DAS DORES GARCIA BUENO
Advogado do(a) APELADO: JULIANA CHILIGA - SP288300-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5261504-88.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: FARIDES RODRIGUES DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: ALTEVIR NERO DE PETRIS BASSOLI - SP160800-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5237656-72.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: LUIZ DOS REIS CARDOSO
Advogados do(a) APELANTE: GIZELLE DE SOUZA MENEZES - SP405036-N, ANA LUIZA POLETINE PEROBELI - SP395658-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação ajuizada em 18/7/19 em face do INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, visando à concessão de auxílio acidente.

O Juízo *a quo*, em 19/9/19, deferiu à parte autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, e julgou **liminarmente improcedente** o pedido, com fundamento no art. 332, inc. II, do CPC/15, vez que a parte autora deduziu pretensão de benefício acidentário ignorando o requisito legal relativo à existência do fator acidentário como causa da seqüela incapacitante, "contra expresso texto de lei, além de estar em manifesto confronto com os julgados dos Tribunais Superiores submetidos ao regime de recursos repetitivos". Sem condenação na verba sucumbencial.

Embargos de declaração opostos pelo demandante foram rejeitados, em 22/10/19.

Informada, apelou a parte autora em 25/10/19 (fs. 59/67 – id. 130853998 – pág. 1/9), requerendo, em síntese:

a) Preliminarmente:

- a nulidade do *decisum*, por cerceamento de defesa, devendo retomar os autos à Vara de Origem para a realização de perícia médica com especialista em neurologia.

b) No mérito:

- a reforma da R. sentença, para conceder o auxílio acidente desde a data de cessação do auxílio doença, vez que em razão de tumor cerebral e após procedimento cirúrgico, ficou com sequelas funcionais, como paralisia facial, expressiva perda auditiva e diminuição da acuidade visual não havendo lubrificação em olho direito por perda do movimento de abertura e fechamento, apresentando redução da capacidade laborativa para o exercício de sua atividade habitual, pouco importando ser a causa da referida limitação acidentária ou patológica, devendo ser levada em consideração a proteção social ao segurado e o princípio constitucional da isonomia. Por fim, argui o prequestionamento da matéria.

A fls. 69/77 (id. 130854000 – págs. 1/9), interpôs em 26/10/19, novamente, recurso de apelação.

Devidamente intimado o INSS, e certificado o decurso do prazo legal sem apresentação de contrarrazões, subiram os autos a esta E. Corte.

É o breve relatório.

Inicialmente, observo que a parte autora interpôs o seu recurso de apelação em 25/10/19 e, posteriormente, protocolou novo recurso em 26/10/19, motivo pelo qual deixo de conhecer deste segundo recurso, tendo em vista a ocorrência da preclusão consumativa. Neste sentido: "Interpostos dois recursos pela mesma parte contra a mesma decisão, não se conhece daquele apresentado em segundo lugar, por força do princípio da inirrecorribilidade e da preclusão consumativa." (EDcl no AgRg no AREsp nº 799.126/RS, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 2/6/16, v.u., DJe 9/6/16).

Passo ao exame do recurso conhecido.

A preliminar arguida confunde-se como mérito e com ele será analisada a seguir.

O art. 86, da Lei nº 8.213/91, em sua redação original, estabeleceu:

"Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar sequela que implique:

I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

§ 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício.

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

§ 4º Quando o segurado falecer em gozo do auxílio-acidente, a metade do valor deste será incorporada ao valor da pensão se a morte não resultar do acidente do trabalho.

§ 5º Se o acidentado em gozo do auxílio-acidente falecer em consequência de outro acidente, o valor do auxílio-acidente será somado ao da pensão, não podendo a soma ultrapassar o limite máximo previsto no § 2º do art. 29 desta lei."

Posteriormente, sobreveio a Medida Provisória nº 1.596/97, convertida na Lei nº 9.528/97, que alterou o artigo 86 da Lei nº 8.213/91, determinando o seguinte:

"Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia."

Impende salientar que o demandante está dispensado do cumprimento da carência.

In casu, consoante relatório médico datado de 27/9/18 e acostado a fls. 21 (id. 130853985 – pág. 4), o autor "realizou cirurgia em 25/11/14 para retirar schwannoma do ângulo pontocelular à direita. Persiste sequela de paralisia do VII par craniano, impedimento a movimentação normal da pálpebra e músculos faciais (à direita)".

Não obstante tenha o autor sequelas que eventualmente possam resultar em redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (gerente de posto de combustível), a incapacidade parcial alegada não decorreu de acidente de qualquer natureza, tal como exigido no art. 86 da Lei de Benefícios, por se tratar de patologia de causas naturais, adquirida (tumor cerebral). Assim, despicinda a realização de perícia médica judicial na área de neurologia, ficando rejeitada a preliminar de nulidade do *decisum* por cerceamento de defesa.

Com relação aos requisitos para a concessão do auxílio acidente, o C. STJ, no julgamento de **Recurso Especial Representativo de Controvérsia** (Tema 213/STJ), fixou a tese transcrita a seguir, *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REQUISITOS: COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE E DA REDUÇÃO PARCIAL DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. DESNECESSIDADE DE QUE A MOLÉSTIA INCAPACITANTE SEJA IRREVERSÍVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Nos termos do art. 86 da Lei 8.213/91, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1o da Lei 8.213/91), tenha redução permanente da sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza.

2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei 8.213/91 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos.

3. Da leitura dos citados dispositivos legais que regem o benefício acidentário, constata-se que não há nenhuma ressalva quanto à necessidade de que a moléstia incapacitante seja irreversível para que o segurado faça jus ao auxílio-acidente.

4. Dessa forma, será devido o auxílio-acidente quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e a atividade profissional desenvolvida, sendo irrelevante a possibilidade de reversibilidade da doença.

Precedentes do STJ.

5. Estando devidamente comprovado na presente hipótese o nexo de causalidade entre a redução parcial da capacidade para o trabalho e o exercício de suas funções laborais habituais, não é cabível afastar a concessão do auxílio-acidente somente pela possibilidade de desaparecimento dos sintomas da patologia que acomete o segurado, em virtude de tratamento ambulatorial ou cirúrgico.

6. Essa constatação não traduz, de forma alguma, reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte.

7. Recurso Especial provido."

(REsp nº 1.112.886/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/11/09, v.u., DJe 12/2/10, grifos meus)

Ante o exposto, e com fundamento no art. 932 do CPC/15, rejeito a matéria preliminar e, no mérito, nego provimento à apelação da parte autora, e não conheço do recurso de fls. 69/77 (id. 130854000 – págs. 1/9).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, promova-se a devida baixa. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0006598-60.2009.4.03.6102
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: AIRTON VIEIRA DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: KLEBER ALLAN FERNANDEZ DE SOUZA ROSA - SP248879-A
Advogado do(a) APELANTE: CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA - SP153965-N
APELADO: AIRTON VIEIRA DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: KLEBER ALLAN FERNANDEZ DE SOUZA ROSA - SP248879-A
Advogado do(a) APELADO: CAROLINA BELLINI ARANTES DE PAULA - SP153965-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação na qual se discute a possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, em período posterior a 28/4/95.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista o julgamento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça na **Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.831.371/SP**.

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5333372-63.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: HULDA VALERIO DA SILVA AZUMA
Advogado do(a) APELANTE: KALILLA SOARES MARIZ - SP375306-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDel no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5001126-79.2018.4.03.6133
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JOILSON CARDOSO SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: EDIMAR HIDALGO RUIZ - SP206941-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação na qual se discute a possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, em período posterior a 28/4/95.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista o julgamento proferido pelo C. Superior Tribunal de Justiça na **Proposta de Afetação no Recurso Especial nº 1.831.371/SP**.

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029618-16.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: K. G. C. B., A. C. D. N.
REPRESENTANTE: MARIA DA CONCEICAO COSTA
Advogado do(a) AGRAVADO: RUTE MATEUS VIEIRA - SP82062-N,
Advogado do(a) AGRAVADO: RUTE MATEUS VIEIRA - SP82062-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos,

Não se faz possível consulta ao processo de origem, na forma do artigo 1.017, parágrafo 5º, do CPC, considerando que a *actio* fora proposta no Foro de Igarapava/SP, cujo sistema eletrônico não se comunica como utilizado neste TRF.

Destarte, com fundamento no artigo 932, parágrafo único, do CPC/2015, converto o julgamento em diligência, a fim de determinar a intimação da parte agravante para traga cópia integral dos autos subjacentes, inclusive da ação de conhecimento, atentando-se ao disposto no art. 5º-B, V e §4º da Resolução nº 88, de 24/01/2017, da Presidência deste Tribunal.

Prazo: 15 (quinze) dias.

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

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5373484-74.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELVIO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: JOAO NASSER NETO - SP233462-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação visando à concessão de aposentadoria por idade, conjugando-se períodos de atividades rural e urbana.

Dessa forma, determino a suspensão do presente feito, tendo em vista a decisão proferida pela E. Vice Presidência do C. Superior Tribunal de Justiça, no **RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1.674.221/SP**, no qual admitiu-se "o recurso extraordinário como representativo de controvérsia, determinando a **manutenção da suspensão** de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais".

Anote-se e, oportunamente, voltem-me os autos conclusos. Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

Newton De Lucca
Desembargador Federal Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012956-40.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: JOSIMAR FRANCISCO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CORREA NASARIO DA SILVA - SP242054-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por JOSIMAR FRANCISCO DA SILVA em face de decisão oriunda da 4ª VARA DE ACIDENTES DO TRABALHO, que indeferiu o pedido tutela de urgência para concessão o auxílio-doença acidentário da parte autora.

Alega a parte agravante que estão presentes os requisitos para a concessão do pedido.

É o relatório.

Nos termos da Constituição da República:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

A norma contida no art. 932, III, do NCP, permite ao Relator não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, em sede de julgamento monocrático.

Ante o exposto, não conheço do presente agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, III, do Novo Código de Processo Civil, c.c. art. 33, XII, do Regimento Interno desta Corte, determinando o seu encaminhamento ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Intimem-se. Publique-se. Comunique-se.

São Paulo, 23 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000979-51.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARILIA CASTANHO PEREIRA DOS SANTOS - SP253065-N
AGRAVADO: CELIA JORGINA PEGAHANE CAETANO
Advogado do(a) AGRAVADO: SIMONE SOUZA DOS SANTOS - SP275234
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos,

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela autarquia, com pedido de efeito suspensivo, contra a r. decisão que acolheu em parte a impugnação ao cumprimento de sentença com base no cálculo elaborado pelo Perito Judicial.

A recorrente pleiteia reforma da r. sentença, a fim de que sejam acolhidos seus cálculos quanto à apuração da RMI; necessária, destarte, a utilização da regra contida no parágrafo 1º do artigo 188-A do Decreto 3.048/99, pois a segurada possui menos de sessenta por cento de contribuições durante todo o período básico de cálculo. Pleiteia a retificação do cálculo dos juros de mora e que seja carreada à beneficiária o pagamento dos honorários periciais.

Decisão deste Relator recebeu o recurso no duplo efeito.

Intimada, a parte recorrida não apresentou resposta.

DECIDO.

Por estarem presentes os requisitos estabelecidos na Súmula/STJ n.º 568 e nos limites defluentes da interpretação sistemática das normas fundamentais do processo civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente, em sistemática similar do que ocorria no artigo CPC/73.

O julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na novel legislação processual civil, e tal qual no modelo antigo, é passível de controle por meio de agravo interno (artigo 1.021 do CPC/2015), cumprindo o princípio da colegialidade.

DO CÁLCULO DA RMI

Relativamente ao benefício deferido, determinou-se o cálculo de seu salário de benefício com período básico de cálculo de 07/1994 a 04/2009.

Em que pese o escoreito critério constante das alegações do Instituto, entendo que as apurações devem-se ater ao decidido nos autos.

É que a perícia judicial procedeu ao cálculo do benefício concedido judicialmente, cuja RMI decorre de um período básico de cálculo de 07/1994 a 04/2009, realizada a média aritmética dos salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo (artigo 3º da Lei n. 9.876/99); não se aplica *in casu* inexorável a aplicação do disposto no parágrafo 2º do citado artigo, *in verbis*:

"Art. 3º. (...) "

§ 1º (...)

§ 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d, do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1º não poderá ser inferior a 60% (sessenta por cento) do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a 100% (cem por cento) de todo o período contributivo."

Transcrevo, ainda, o dispositivo invocado pelo INSS, do Decreto 3.048/99:

"Art. 188-A Para o segurado filiado à previdência social até 28 de novembro de 1999, inclusive o oriundo de regime próprio de previdência social, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput e § 14 do art. 32."

§ 1º No caso das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo."

Como ponderado pelo Instituto em seu recurso, o segurado conta 104 contribuições no período contributivo (05/1999 a 04/2009), que, salvo melhor juízo, é inferior a sessenta por cento das 178 mensalidades contadas de 07/94 a 04/09. Diante disso, aplica-se a determinação contida no § 1º do art. 188-A do Decreto Regulamentar, utilizando-se um divisor mínimo que corresponde a 107.

Nesse rumo, considerando-se que a aplicação do dispositivo legal indicado, como visto, é cogente e não vulnera o que estabeleceu o julgado, afigura-se necessário o refazimento do cálculo da renda mensal inicial e dos valores efetivamente devidos em atendimento ao título executivo judicial.

DOS JUROS DE MORA

O cálculo dos juros moratórios deve levar em consideração: até junho/2009 serão de 1,0% simples (Código Civil); de julho/2009 a abril/2012, 0,5% simples (Lei n. 11.960/2009); de maio/2012 em diante, o mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, capitalizados de forma simples, correspondentes a: a) 0,5% ao mês, caso a taxa SELIC ao ano seja superior a 8,5%; b) 70% da taxa SELIC ao ano, mensalizada, nos demais casos, Lei n. 11.960/2009, combinada com Lei n. 8.177/91, com alterações da MP n. 567, de 03 de maio de 2012, convertida na Lei n. 12.703, de 07 de agosto de 2012.

Não é demais observar que a atualização monetária e os juros de mora nas ações previdenciárias, em verdade, devem ser resolvidos na fase de cumprimento/execução do julgado, como sói ocorrer em casos que tais, dada a inegável dinâmica do ordenamento jurídico e constante modificação do entendimento jurisprudencial correlato, razão pela qual se homenageia, mais uma vez o entendimento no sentido de determinar a aplicação do critério de cálculos em vigor por ocasião da execução.

DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS

Consoante já expus em outras oportunidades, por força de lei, o assistido pela chamada justiça gratuita tem garantida a suspensão de exigibilidade de despesas e honorários, dada impossibilidade de arcar com ônus sucumbenciais "(...) sem prejuízo do sustento próprio ou da família (...)" (art. 12, Lei nº 1.060/50). Atualmente o tema é regulado pelo artigo 98 e seguintes do CPC de 2015. A título de ilustração:

"Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei."

In casu, verificou-se nos autos originários necessidade de perícia contábil, a fim de se confirmar a presença ou não de excesso de execução.

Sucedeu que os honorários periciais não ficam, *in casu*, a cargo da parte beneficiária, ainda que tenha ela requerido a produção de tal meio de prova.

A suspensão da exigibilidade do pagamento de despesas processuais, como é cediço, abrange a verba honorária pericial,

Outro não foi o entendimento já externado por esta E. Corte, *in verbis*:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. APLICAÇÃO DAS RESOLUÇÕES Nº 558 E 559 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.

I - A parte autora é beneficiária da justiça gratuita e, por isso, desfruta da isenção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei 1.060/50, não podendo ser obrigada a antecipar os honorários periciais mesmo que tenha requerido a perícia, pois a gratuidade deve ser integral.

II - Da mesma forma, não deve ser exigido o pagamento antecipado pela autarquia previdenciária, já que, antes de proferida sentença nos autos, não se pode atribuir responsabilidade pelo pagamento do ônus do processo a qualquer das partes, pois, nos termos do art. 27 do CPC, as despesas decorrentes da prática de atos processuais deverão ser pagas, ao final, pelo vencido.

III - O pagamento dos valores em questão deve observar o disposto na Resolução nº 559, cabendo ao Juiz da causa solicitar por ofício requisitório de pequeno valor; o pagamento dos honorários periciais constando no referido ofício: o assunto - honorários periciais, a natureza do crédito - alimentar, e o Juízo beneficiário, que, posteriormente, autorizará o levantamento do valor pelo perito competente.

IV - O INSS somente deverá reverter o valor correspondente aos honorários periciais aos cofres da União, se restar vencido no feito, conforme previsto no art. 6º da citada Resolução 558/2007.

V - Por fim, o valor arbitrado deve ser estabelecido entre os limites mínimo e máximo estabelecidos na Tabela II, da mencionada resolução, podendo, contudo, o Juiz ultrapassar em até três (3) vezes o limite máximo, atendendo ao grau de especialização do perito, à complexidade do exame e ao local de sua realização, comunicando-se ao Corregedor-Geral da Justiça Federal, em conformidade com o que dispõe a segunda parte do § 1º do art. 3º

VI - Agravo de instrumento a que se dá provimento."

(TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 388935 - 0037567-31.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, julgado em 10/05/2010, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/06/2010 PÁGINA: 829)

O recebimento da quantia devida pela autarquia - soma de rendas mensais de benefício previdenciário - não se traduz na mudança de situação econômica do segurado para fins de revogação da gratuidade processual, o que em tese ocorreria mediante demonstração pelo credor de que a situação de insuficiência de recursos deixou de existir (parágrafo 3º do artigo 98 do CPC/2015). Esclareça-se, enfim, que não houve pedido de redução do valor da honorária pericial.

Com tais considerações, reformam-se em parte o decisório recorrido.

Para fins de adequação da apuração valores devidos ao acima expandido, faz-se necessária a apresentação de nova memória de cálculo.

DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS ACIMA INDICADOS.

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

Decorrido o prazo recursal, tomemoa Juízo de origem.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012923-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
AGRAVANTE: EDSON WALTER FAVARO
Advogado do(a) AGRAVANTE: EMERSOM GONCALVES BUENO - SP190192-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Edson Wagner Favaro contra a decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Santa Adélia/SP que, nos autos do processo nº 1002389-36.2019.8.26.0531, indeferiu a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Na análise perfunctória que me é possível fazer no presente momento vislumbro a probabilidade do direito da agravante.

A Terceira Seção desta C. Corte, em 23 de fevereiro de 2017, passou a adotar como parâmetro para a concessão de pedidos de assistência judiciária gratuita a quantia de 3 salários mínimos, observando o valor utilizado pela Defensoria Pública da União para a prestação de serviço a quem se declara necessitado (Resolução CSDPU Nº 85 DE 11/02/2014).

Nesse aspecto, destaco que o mencionado ato normativo foi revogado pela Resolução CSDPU nº 133, de 07/12/2016, tendo a Resolução nº 134, de 07/12/2016, passado a estabelecer o *quantum* de R\$ 2.000,00 para o atendimento acima referido.

Contudo, entendo que o critério de 3 salários mínimos -- mero referencial por mim adotado -- é o que melhor observa ao disposto no art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal, de modo que o mantenho.

No caso, não há comprovação de rendimentos que superem 3 salários mínimos, de modo que demonstrada a probabilidade do direito da recorrente.

De outro lado, o perigo de dano é evidente, em face da iminência da extinção do processo.

Assim, defiro o pedido de efeito suspensivo, nos termos do art. 1.019, inc. I, do CPC. Dê-se ciência à agravante. Comunique-se. Intime-se o INSS para apresentar resposta.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

Newton De Lucca

Desembargador Federal Relator

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011539-91.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO
Advogados do(a) APELADO: KAREN REGINA CAMPANILE - SP257807-A, SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011539-91.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO
Advogados do(a) APELADO: KAREN REGINA CAMPANILE - SP257807-A, SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Antonio Lopes Fernandes Filho ajuizou a presente ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, objetivando o enquadramento de períodos de atividade especial e a sua conversão em tempo comum e o reconhecimento de atividade rural, para fins de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido (ID 8001627, fls. 181 a 185), condenando o INSS ao cômputo dos períodos de 01/02/1978 a 31/12/1981, 01/02/1982 a 15/12/1986 e 01/12/1992 a 05/03/1997 como especiais, e concedendo o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral ao autor, desde a DER (29/07/2011).

Não foi determinada a remessa necessária.

Apelou o autor (ID 8001627, fls. 190 a 210), alegando que deve ser reconhecido o período rural de 01/01/1971 a 31/12/1977. Ainda, requer a majoração dos honorários advocatícios.

E o INSS (ID 8001627, fls. 212 a 227), alegando a impossibilidade de cômputo dos períodos de 01/02/1978 a 31/12/1981, 01/02/1982 a 15/12/1986 e 01/12/1992 a 05/03/1997 como especiais, cuja averbação foi determinada na r. sentença. Caso mantida a condenação, requer a aplicação dos critérios de cálculo de juros moratórios e correção monetária fixados no art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09.

Contrarrazões da parte autora em ID 8001627, fls. 231 a 257.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0011539-91.2015.4.03.6183
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANTONIO LOPES FERNANDES FILHO
Advogados do(a) APELADO: KAREN REGINA CAMPANILE - SP257807-A, SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL

Dispõe o art. 201, parágrafo 1º da Constituição Federal:

“§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física** e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”.

Diante da possibilidade de concessão de aposentadoria em condições diferenciadas aos segurados que, em sua atividade laborativa, estiveram expostos a condições especiais que prejudicam sua saúde ou integridade física, a Lei de Benefícios (Lei 8.213/91) previu em seus artigos 57 e 58 a chamada aposentadoria especial.

Quanto aos agentes nocivos e atividades que autorizam o reconhecimento da especialidade, bem como quanto à sua comprovação, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a **legislação aplicável para a caracterização do denominado serviço especial é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida**.

Assim, deve ser levada em consideração a disciplina estabelecida pelos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até 05/03/1997, pelo Decreto nº 2.172/97 de 06/03/97 a 05/05/99, e pelo Decreto n. 3.048/99 a partir de 06/05/99, com as alterações feitas pelo Decreto 4.882 a partir de 19/11/2003.

Em relação aos períodos anteriores a 06/03/97 (quando entrou em vigor o Decreto 2.172/97), destaca-se que os Decretos n. 53.831/64 e 83.080/79 vigoraram de forma simultânea, não havendo revogação daquela legislação por esta, de forma que, verificando-se divergência entre as duas normas, deverá prevalecer aquela mais favorável ao segurado.

O E. STJ já se pronunciou nesse sentido, através do aresto abaixo colacionado:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUIÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.

1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre, ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei nº 9.032/95.

2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei nº 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto nº 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.

3. O art. 292 do Decreto nº 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados. Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.

4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto nº 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.

5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto nº 2.172/97, consoante norma inserida no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido". (STJ, Resp. nº 412351/RS; 5ª Turma; Rel. Min. Laurita Vaz; julgado em 21.10.2003; DJ 17.11.2003; pág. 355).

O art. 58 da Lei n. 8.213/91 dispunha, em sua redação original:

“Art. 58. A relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica”.

Assim, até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, que alterou a redação deste dispositivo, presume-se a especialidade do labor pelo simples exercício de **profissão** que se enquadre em uma das **categorias profissionais** previstas nos anexos dos regulamentos acima referidos.

Caso a atividade desenvolvida pelo segurado não se enquadre em uma das categorias profissionais previstas nos referidos Decretos, cabe-lhe alternativamente a possibilidade de comprovar sua exposição a um dos agentes nocivos neles arrolados.

Nesse sentido, entre 28/04/95 e 10/10/96, restou consolidado o entendimento de ser suficiente, para a comprovação da exposição, a apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030, com a ressalva dos agentes nocivos ruído, calor e poeira, para os quais sempre fora exigida a apresentação de laudo técnico.

Em 11/10/96, com a edição da Medida Provisória nº 1.523/96, o art. 58 da Lei de Benefícios passou a ter a redação abaixo transcrita, com a inclusão dos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º:

“Art. 58. A **relação dos agentes nocivos** químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior **será definida pelo Poder Executivo**.”

§ 1º a **comprovação** da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita **mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho**.

(...)

§ 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento”.

Verifica-se, pois, que tanto na redação original do art. 58 da Lei nº 8.213/91, como na estabelecida pela Medida Provisória nº 1.523/96 (reeditada até a MP nº 1.523-13, de 23/10/97 - republicada na MP nº 1.596-14, de 10/11/97, e finalmente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/97), não foram relacionados os agentes prejudiciais à saúde, sendo que tal relação foi definida mediante Decretos editados pelo Poder Executivo.

A nova redação do art. 58 da Lei 8.213/91 somente foi regulamentada com a edição do Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 (art. 66 e Anexo IV). Ocorre que em se tratando de matéria reservada à lei, tal Decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido, a jurisprudência:

“PREVIDENCIÁRIO - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM - POSSIBILIDADE - LEI 8.213/91 - LEI 9.032/95 - LAUDO PERICIAL INEXIGÍVEL - LEI 9.528/97.

(...) - A Lei nº 9.032/95 que deu nova redação ao art. 57 da Lei 8.213/91 acrescentando seu § 5º, permitiu a conversão do tempo de serviço especial em comum para efeito de aposentadoria especial. Em se tratando de atividade que expõe o obreiro a agentes agressivos, o tempo de serviço trabalhado pode ser convertido em tempo especial, para fins previdenciários.

- A necessidade de comprovação da atividade insalubre através de laudo pericial, foi exigida após o advento da Lei 9.528, de 10.12.97, que convalidando os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.523, de 11.10.96, alterou o § 1º, do art. 58, da Lei 8.213/91, passando a exigir a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos, mediante formulário, na forma estabelecida pelo INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico das condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. Tendo a mencionada lei caráter restritivo ao exercício do direito, não pode ser aplicada à situações pretéritas, portanto no caso em exame, como a atividade especial foi exercida anteriormente, ou seja, de 17.11.75 a 19.11.82, não está sujeita à restrição legal.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido, mas desprovido”. (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Desta forma, pode ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10/12/1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência vigente até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial o enquadramento pela categoria profissional (somente até 28/04/1995 - Lei nº 9.032/95), e/ou a comprovação de exposição a agentes nocivos por meio da apresentação dos informativos SB-40 e DSS-8030.

Para as atividades desenvolvidas a partir de 11/12/1997, quando publicada a Lei n. 9.528/97, a comprovação da exposição exige a apresentação de laudo técnico ou de Perfil Profissiográfico Previdenciário.

Ressalto que formulários assinados por engenheiro e que indiquem que o Laudo Técnico está arquivado junto ao INSS tem força probatória equiparada ao Laudo Técnico.

DA HABITUALIDADE E PERMANÊNCIA

O § 3º do art. 57 da Lei 8.213/91 exige a comprovação de que a exposição aos agentes nocivos se deu em caráter permanente, “*não ocasional nem intermitente*”.

Conforme art. 65 do Decreto 3.048/99, considera-se exposição permanente aquela que é indissociável da prestação do serviço ou produção do bem. Isto não significa que a exposição deve ocorrer durante toda a jornada de trabalho, mas é necessário que esta ocorra todas as vezes em que este é realizado.

É necessário destacar que a ausência da informação da habitualidade e permanência no PPP não impede o reconhecimento da especialidade.

Isto porque o PPP é formulário padronizado pelo próprio INSS, conforme disposto no §1º do artigo 58 da Lei 8.213/91. Assim sendo, é de competência do INSS a adoção de medidas para reduzir as imprecisões no preenchimento do PPP pelo empregador. Como os PPPs não apresentam campo específico para indicação de configuração de habitualidade e permanência da exposição ao agente, o ônus de provar a ausência desses requisitos é do INSS.

DA ATIVIDADE DE MOTORISTA

Para ser considerada atividade especial, necessária a prova de que o labor foi realizado como **motorista** de caminhão ou de ônibus, ou ainda como cobrador de ônibus ou ajudante de caminhão, atividades enquadradas como especiais no código 2.4.2, do quadro Anexo do Decreto nº 53.831/64.

Consoante legislação acima fundamentada, o enquadramento por categoria profissional ocorreu somente até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, sendo necessária, após essa data, a comprovação da exposição aos agentes agressivos considerados insalubres ou penosos, nos termos legais.

DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL E SUA COMPROVAÇÃO PARA FINS DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Para fins de concessão da presente modalidade de aposentadoria por tempo de contribuição, é necessário que o segurado comprove períodos de atividade rural, os quais deverão ser somados aos períodos urbanos comprovados.

Ademais, é necessário esclarecer que após a edição da lei nº 8.213/91, o segurado deve comprovar os efetivos recolhimentos previdenciários.

A comprovação de atividade rural ocorrerá com a juntada de início de prova material corroborada por testemunhas, nos termos do artigo 55, §3º, da Lei nº 8.213/91, “in verbis”:

“A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.”

Ademais, é importante destacar os critérios de valoração das provas, já sedimentados pela jurisprudência pátria.

Nesse sentido, esta E. Oitava Turma vem decidindo, “in verbis”:

“[...] Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais fazem prova do quanto nelas alegado, desde que devidamente homologadas pelo Ministério Público ou pelo INSS, órgãos competentes para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 106, III, da Lei nº 8.213/91, seja em sua redação original, seja com alteração levada a efeito pela Lei nº 9.063/95.”

Na mesma seara, declarações firmadas por supostos ex-empregadores ou subscritas por testemunhas, noticiando a prestação do trabalho na roça, não se prestam ao reconhecimento então pretendido, tendo em conta que equivalem a meros depoimentos reduzidos a termo, sem o crivo do contraditório, conforme entendimento já pacificado no âmbito desta Corte.

Igualmente não alcançam os fins pretendidos, a apresentação de documentos comprobatórios da posse da terra pelos mesmos ex-empregadores, visto que não trazem elementos indicativos da atividade exercida pela parte requerente.

Já a mera demonstração, pela parte demandante, de propriedade rural, só se constituirá em elemento probatório válido desde que traga a respectiva qualificação como lavrador ou agricultor. No mesmo sentido, a simples filiação a sindicato rural só será considerada mediante a juntada dos respectivos comprovantes de pagamento das mensalidades.

Têm-se, por definição, como início razoável de prova material, documentos que tragam a qualificação da parte autora como lavrador, v.g., assentamentos civis ou documentos expedidos por órgãos públicos. Nesse sentido: STJ, 5ª Turma, REsp nº 346067, Rel. Min. Jorge Scartezzini, v.u., DJ de 15.04.2002, p. 248.

Da mesma forma, a qualificação de um dos cônjuges como lavrador se estende ao outro, a partir da celebração do matrimônio, consoante remansosa jurisprudência já consagrada pelos Tribunais.

Na atividade desempenhada em regime de economia familiar, toda a documentação comprobatória, como talonários fiscais e títulos de propriedade, é expedida, em regra, em nome daquele que faz frente aos negócios do grupo familiar. Ressalte-se, contudo, que nem sempre é possível comprovar o exercício da atividade em regime de economia familiar através de documentos. Muitas vezes o pequeno produtor cultiva apenas o suficiente para o consumo da família e, caso revenda o pouco do excedente, não emite a correspondente nota fiscal, cuja eventual responsabilidade não está sob análise nesta esfera. O homem simples, oriundo do meio rural, comumente efetua a simples troca de parte da sua colheita por outros produtos, de sua necessidade, que um sítio vizinho eventualmente tenha colhido, ou a entrega, como forma de pagamento, pela parceria na utilização do espaço de terra cedido para plantar.

De qualquer forma, é entendimento já consagrado pelo C. Superior Tribunal de Justiça (AG nº 463855, Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, j. 09/09/03) que documentos apresentados em nome dos pais, ou outros membros da família, que os qualifiquem como lavradores, constituem início de prova do trabalho de natureza rústica dos filhos.

Ressalte-se que o trabalho urbano de membro da família não descaracteriza, por si só, o exercício de trabalho rural em regime de economia familiar de outro.

O art. 106 da Lei nº 8.213/91 apresenta um rol de documentos que não configura *numerus clausus*, já que o "sistema processual brasileiro adotou o princípio do livre convencimento motivado" (AC nº 94.03.025723-7/SP, TRF 3ª Região, Rel. Juiz Souza Pires, 2ª Turma, DJ 23.11.94, p. 67691), cabendo ao Juízo, portanto, a prerrogativa de decidir sobre a sua validade e sua aceitação.

No que se refere ao recolhimento das contribuições previdenciárias, destaco que o dever legal de promover seu recolhimento junto ao INSS e descontar da remuneração do empregado a seu serviço, compete exclusivamente ao empregador, por ser este o responsável pelo seu repasse aos cofres da Previdência, a quem cabe a sua fiscalização, possuindo, inclusive, ação própria para haver o seu crédito, podendo exigir do devedor o cumprimento da legislação. No caso da prestação de trabalho em regime de economia familiar, é certo que o segurado é dispensado do período de carência, nos termos do disposto no art. 26, III, da Lei de Benefícios e, na condição de segurado especial, assim enquadrado pelo art. 11, VII, da legislação em comento, caberia o dever de recolher as contribuições, tão-somente se houvesse comercializado a produção no exterior, no varejo, isto é, para o consumidor final, para empregador rural-pessoa física, ou a outro segurado especial (art. 30, X, da Lei de Custeio).

DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE PERÍODO ANTERIOR À DATA DO DOCUMENTO MAIS ANTIGO APRESENTADO

O E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP nº 1348633/SP sedimentou o entendimento de que é possível o reconhecimento de tempo de serviço rural exercido em momento anterior àquele retratado no documento mais antigo juntado aos autos como início de prova material, desde que tal período esteja evidenciado por prova testemunhal idônea.

Esse entendimento sedimentou-se, em 2016, com a aprovação da Súmula 577 do Superior Tribunal de Justiça, "in verbis":

"É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob contraditório."

DA CARÊNCIA EM RELAÇÃO AO PERÍODO RURAL

Finalmente, consigno também que eventuais períodos rurais reconhecidos sem contribuições anteriores à 24/07/1991 não são computados como período de carência, nos termos do artigo 55, §2º da Lei nº 8.213/91, "in verbis":

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

Portanto, para efeito de carência, serão computados tão somente os períodos rurais posteriores ao advento da Lei nº 8.213/91, desde que comprovadas as devidas contribuições.

DA IDADE MÍNIMA PARA RECONHECIMENTO DE LABOR RURAL

Ressalte-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado, no sentido de que o reconhecimento do tempo de atividade rural só pode ser feito a partir dos doze anos de idade.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRADO. ART. 557, § 1º, CPC. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RECONHECIMENTO DE TEMPO RURAL A PARTIR DOS 12 ANOS DE IDADE. CONTAGEM RECÍPROCA. AGRADO DESPROVIDO.

- A decisão agravada está em consonância com o disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, visto que supedaneada em jurisprudência consolidada do C. STJ e desta Corte. - Presente in casu, a existência de início de prova material corroborado por prova testemunhal para o fim de reconhecer o direito da parte autora à averbação de tempo de serviço prestado na atividade rural.

- Não há que se falar em reconhecimento do tempo de atividade rural prestado pela parte autora somente após os 14 anos de idade, tendo em vista que o autor pode ter reconhecido seu pedido a partir de seus 12 anos de idade. Precedentes dos Tribunais Superiores.

- Somente o regime próprio de servidor público instituidor do benefício poderia exigir prova da indenização das contribuições concernentes à contagem de tempo de serviço recíproca, mencionada no artigo 201, § 9º, da Constituição Federal e art. 96, IV, da Lei nº 8.213/91, quando da compensação financeira. - As razões recursais não contrapõem tal fundamento a ponto de demonstrar o descerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando a rediscussão da matéria nele contida. - Agravo desprovido (TRF-3 - AC: 5704 SP 2010.03.99.005704-8, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL DIVA MALERBI, Data de Julgamento: 07/06/2011, DÉCIMA TURMA,)

PREVIDENCIÁRIO. AGRADO LEGAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RECONHECIMENTO DO TEMPO DE TRABALHO RURAL PRESTADO A PARTIR DOS 12 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EXPLICITADA. AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A questão vertida no recurso consiste no reconhecimento do tempo de trabalho rural laborado pelo autor, no período 01.01.1963 a 28.02.1976, para, somado aos períodos incontroversos de registro em CTPS, propiciar a concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

- Nos termos da Lei nº 8.213/91 e consoante a Súmula nº 149 do Superior Tribunal de Justiça, a comprovação do tempo de serviço para fins previdenciários só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal. É necessária a existência de um início razoável de prova material, que não significa prova exauriente, mas apenas seu começo.

- In casu, no que diz respeito ao exercício da atividade rural, o conjunto probatório revela razoável início de prova material, tendo em vista a seguinte documentação: título eleitoral, emitido em 22.06.1972, onde consta a profissão do autor como lavrador (fls.11); certidão de casamento, contraído em 14.02.1976, onde consta a profissão do autor como lavrador (fls.12).

- A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, diante da dificuldade do rústico na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, o rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo, inclusive que estejam em nome de membros do grupo familiar ou ex-patrão.

- As testemunhas inquiridas em audiência, sob o crivo do contraditório e não contraditadas, deixam claro o exercício da atividade rural do autor no período pleiteado (fls.107/108).

- Entretanto, é devido o reconhecimento do tempo de atividade rural prestado pelo autor somente a partir de 07.11.1965, quando completou 12 anos de idade (fls. 10). Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. - Presente razoável início de prova material corroborado por prova testemunhal, é de se reconhecer o direito do autor à averbação do tempo de serviço prestado na atividade rural, no período de 07.11.1965 a 28.02.1976. - Por sua vez, quanto à correção monetária dos salários-de-contribuição, deve ser observado o disposto no artigo 29 e seguintes da Lei nº 8.213/91. - Agravo legal parcialmente provido.

(TRF-3 - AC: 39317 SP 0039317-78.2008.4.03.9999, Relator: JUÍZA CONVOCADA CARLA RISTER, Data de Julgamento: 18/03/2013, SÉTIMA TURMA,)

DA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR INSUFICIÊNCIA/DEFICIÊNCIA DE PROVAS

É entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, exarado nos autos do Resp nº 1.352.721/SP, representativo de controvérsia, que, à míngua de elementos aptos à demonstração de início de prova material do exercício de atividade rústica, deve o feito ser julgado extinto sem resolução do mérito, a fim de possibilitar ao segurado hipossuficiente, como é o caso do trabalhador rural, colher novas provas mais robustas à comprovação do seu direito, exatamente o caso destes autos.

Sobre o tema, trago os precedentes que seguem:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LEI 8.213/1991. AUSÊNCIA DE EFICAZ PRINCÍPIO DE PROVA MATERIAL DO LABOR CAMPESINO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTIGOS 485, IV, E 320, DO NCPC. - A aposentadoria por invalidez é devida ao segurado que, cumprida a carência mínima, quando exigida, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. - O laudo apresentado considerou a parte autora total e permanentemente incapacitada para o desempenho de suas atividades habituais, por ser portadora de artrite reumatoide em estágio avançado. - A despeito da qualificação da autora na presente demanda como rurícola e dos depoimentos das testemunhas confirmando o exercício de atividade campestre desde longa data, nota-se que a promovente não trouxe aos autos qualquer início de prova material capaz de demonstrar o exercício de labor rural em período anterior ao início de suas contribuições como segurada facultativa, em 01/08/2007, de modo que o cumprimento dos requisitos pertinentes à carência e à qualidade de segurado não restou devidamente comprovado. - Não se pode olvidar do advento de precedente oriundo do colendo Superior Tribunal de Justiça (Resp [201202342171](#), Napoleão Nunes Maia Filho, STJ - Corte Especial, DJE 28/04/2016), tirado na sistemática dos recursos representativos de controvérsia, precisamente o Resp nº 1.352.721/SP, no âmbito do qual se deliberou que a falta de eficaz princípio de prova material do labor campestre traduz-se em ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, abrindo ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito. Entendimento que vem sendo adotado pela egrégia Terceira Seção desta Corte. - Extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 485, IV, e 320, do NCPC, restando prejudicada a apelação do INSS. (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2275097, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL ANA PEZARINI, Origem TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador NONA TURMA Data 01/08/2018 Data da publicação 15/08/2018 Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 DATA:15/08/2018)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL. REQUISITOS NÃO SATISFEITOS. SÚMULA 149. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (RESP Nº 1.352.721/SP). - Não há nos autos provas suficientes que justifiquem o reconhecimento do exercício de atividade rural para efeito de aposentadoria por idade. - Cédula de identidade (nascimento em 03.09.1948). - Certidão de casamento em 16.12.1967, qualificando a autora como industrial e o marido como pedreiro. - Conta de luz Elektro, informando endereço no Sítio Barra do Braco, emissão em 13.02.2015. - Declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, não homologada pelo órgão competente, informando que a autora exerce atividade rural, em regime de economia familiar, "informação prestada pela segurada, conforme escritura pública de propriedade, ITR, nota fiscal de produtor e insumos." - A Autarquia juntou consulta efetuada ao Sistema Dataprev constando que o marido possui cadastro como contribuinte individual/empresário empregador, de 01.01.1985 a 31.01.1988, e como período de atividade de segurado especial, CAFIR, de 31.12.1993 a 22.06.2008, exerce atividade urbana, de 01.12.2008 a [30.04.2009](#). - Em nova consulta ao Sistema Dataprev consta nos detalhes de período CAFIR duas propriedades, O sítio Barra do Braco, com área de 67,00 hectares, módulos fiscais, 4,19, lugar onde reside a requerente, e o sítio Baixa do Sauthim, com área de 4,50 hectares. - Os documentos juntados não apresentam qualquer informação de que o requerente tenha desenvolvido o trabalho rural. - A certidão de casamento qualifica a requerente como industrial e o marido como pedreiro. - A declaração do Sindicato dos Trabalhadores Rurais, informando que a autora é trabalhadora rural, não foi homologada pelo órgão competente, portanto, não pode ser considerada como prova material da atividade rurícola alegada. - Há nos autos uma conta de luz informando a residência da autora no Sítio Barra do Braco, entretanto não há sequer um documento referente ao imóvel rural, quais sejam ITR, CCIR, escritura, matrícula, registro ou contrato de parceria agrícola. - Não foi apresentado qualquer documento em que se pudesse verificar a produção, como notas de insumos ou produção, e a existência, ou não de empregados da propriedade rural onde alega ter laborado. - Da consulta do extrato do Sistema Dataprev consta CAFIR de duas propriedades, O sítio Barra do Braco, com uma grande extensão com área de 67,00 hectares, módulos fiscais, 4,19, lugar onde reside a requerente e o sítio Baixa do Sauthim, com área de 4,50 hectares, entretanto, no depoimento pessoal da requerente informa que plantam para subsistência em sítio que tem energia elétrica e a água da fonte, recebem ajuda dos filhos e doação de roupas da igreja. - Os documentos juntados não trazem nenhum indício de que a autora tenha desenvolvido trabalho rural em regime de economia familiar e nem podem ser considerados como início de prova material e da consulta ao Sistema Dataprev não há a devida elucidação dos fatos. - Súmula 149, do S.T.J., "a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário". - Recurso Representativo de Controvérsia nº 1.352.721/SP, de Relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, firmou entendimento no sentido de que a ausência de prova material apta a comprovar o exercício de atividade rural, implica a extinção do processo, sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, possibilitando ao segurado o ajuizamento de nova demanda, caso reúna os elementos necessários à concessão do benefício. - De ofício, o processo foi extinto, sem resolução do mérito. - Prejudicada a apelação do INSS. - Tutela antecipada cassada. (Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2293746 Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI Origem TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador OITAVA TURMA Data 11/06/2018 Data da publicação 25/06/2018 Fonte da publicação e-DJF3 Judicial 1 DATA:25/06/2018).

Ademais, esta Corte também vem entendendo que a insuficiência da prova oral, deixando de corroborar a prova material trazida em juízo, é causa de extinção do processo sem resolução do mérito.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHO RURAL SEM REGISTRO. PROVA TESTEMUNHAL NÃO ALCANÇA O PERÍODO QUE SE QUER COMPROVAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. O labor rural deve ser comprovado por meio de início de prova material corroborado por idonea prova testemunhal. 2. Não se prestando a prova oral a corroborar o início de prova material apresentado, é de ser extinto o feito sem resolução de mérito, a fim de se oportunizar a realização de prova oral idonea. 4. Apelação prejudicada. (Processo nº 00283427920174039999 Classe APELAÇÃO CÍVEL - 2265116 (ApCiv) Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA Origem TRF - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador DÉCIMA TURMA Data 10/09/2019 Data da publicação 18/09/2019)

PREVIDENCIÁRIO: APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR RURAL. CNIS. LONGO PERÍODO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE URBANA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL INSUFICIENTE. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RESP REPETITIVO 1352721/SP. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. 1. A sentença recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o qual afasta a submissão da sentença proferida contra a União e suas respectivas autarquias e fundações de direito público ao reexame necessário quando a condenação imposta for inferior a 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475, inciso I e parágrafo 2º). Desta forma, considerando o valor do benefício e o lapso temporal desde a sua concessão, a hipótese dos autos não demanda reexame necessário. 2. O exercício de atividade urbana por longo período descaracteriza a condição de rurícola. 3. Ainda que assim não fosse, emerge dos autos que foi decretada a preclusão da prova testemunhal (fl. 67), não tendo as partes arrolado testemunhas no prazo fixado às fls. 61. O autor apresentou o rol somente em 26/11/2013, véspera da audiência, restando preclusa a prova oral, o que torna inviável a concessão do benefício pleiteado. 4. Assim, tendo a parte autora deixado de produzir prova oral para ampliar a eficácia probatória dos documentos referentes à atividade rural por ela exercida, não há como ser reconhecido o período de trabalho rural para fins previdenciários. 5. A ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem resolução do mérito e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação, caso reúna os elementos necessários a tal iniciativa. 6. Inversão do ônus da sucumbência. Exigibilidade condicionada à hipótese prevista no artigo 12 da Lei nº 1.060/50. 7. Remessa oficial não conhecida. De ofício, processo extinto sem resolução do mérito. Prejudicada a apelação do INSS. (Processo nº 00111588120154039999, Classe APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2051885 (ApelRemNec) Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL INÊS VIRGÍNIA Origem TRF - TERCEIRA REGIÃO Órgão julgador SÉTIMA TURMA Data 27/08/2018 Data da publicação 06/09/2018)

Portanto, a ausência de provas materiais ou orais nos autos tem por consequência a extinção do processo sem resolução do mérito em relação ao período rural.

DO CASO DOS AUTOS

No caso em questão, há de se considerar inicialmente que o INSS reconheceu administrativamente o exercício de atividade especial pela parte autora nos períodos de 02/02/1987 a 18/03/1992, conforme resumos em ID 8001624, fls. 12 e 13.

Da atividade de frentista

No caso dos autos, para comprovação da atividade insalubre foram colacionadas informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais (ID 8001625, fl. 32) que demonstram que autor desempenhou suas funções nos períodos de 01/02/1978 e 31/12/1981 e 01/02/1982 e 15/12/1986, como **frentista**, exposto de modo habitual e permanente a agentes químicos, enquadrados no código 1.1.5 e 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Anexo IV dos Decretos nº 2.172/97 e 3.048/99.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

"PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE AGRESSIVO QUÍMICO. HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. TRABALHO DESENVOLVIDO EM ÁREA DE RISCO. UTILIZAÇÃO DO EPI EFICAZ. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO. REEXAME DISPOSTO NO ART. 543-B DO CPC. ARE 664.335/SC. NÃO CABIMENTO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO. 1. O STF, ao apreciar o RE 664.335/SC, definiu duas teses: a) - o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo à concessão constitucional da aposentadoria especial; b) - na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria. 2. Incidência da norma prevista no art. 543-B, tendo em vista o julgado do STF. 3. Quanto ao EPC - equipamento de proteção coletiva ou EPI - equipamento de proteção individual, cujo uso poderia afastar a presença do agente nocivo, essa interpretação só está autorizada a partir da edição da Lei 9.732, de 14/12/1998. 4. Analisada somente a questão controvertida por força do ARE citado, a saber, a utilização do EPI eficaz, em se tratando do agente agressivo químico e da periculosidade, a partir de 14/12/1998. 5. O Desembargador Federal Nelson Bernardes considerou que o autor estava submetido a condições especiais de atividade, pela seguinte exposição - 11/12/1998 a 10/01/2008 - frentista em posto de abastecimento, "fazia o abastecimento "álcool, diesel e gasolina" de veículos automotores e motocicletas" - exposição a vapores orgânicos (hidrocarbonetos aromáticos). Enquadramento com base nos códigos 1.0.17 e 1.0.19 do Decreto 2.172/97; além disso, a função é considerada perigosa, por se desenvolver em área de risco, nos termos da Portaria 3.214/78, NR-16, Anexo 2, item 1, letra "m" e item 3, letras "q" e "s". [...] (AC 00180001920114039999 AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1633072 Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS Siga do órgão TRF3 Órgão julgador NONA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/11/2015) - grifo nosso.

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO/ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. - Agravo da parte autora insurgindo-se contra o período de tempo de serviço não reconhecido pela decisão monocrática. - **É possível o reconhecimento da atividade especial nos interstícios de: 01/09/1983 a 10/02/1988 e de 01/08/1988 a 05/03/1997 - em que a CTPS e o PPP informam que a parte autora exerceu a atividade de frentista - Descrição da atividade: (...) opera as bombas de combustível, conectando a mangueira ao recipiente de veículos e controlando o funcionamento, para fornecer o combustível nas proporções requeridas (...).** Esclareça-se que o período de labor foi restringido até 05/03/1997, uma vez que, a partir de referida data foi editado o Decreto de nº 2.172/97 que, ao regulamentar a Medida Provisória nº 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97, determinou que somente a efetiva comprovação da permanente e habitual exposição do segurado a agentes nocivos à saúde, por laudo técnico (arts. 58, §s 1º e 2º da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97), poderia caracterizar a especialidade da atividade. De outro lado, observe-se que o PPP apresentado não se presta a comprovar a especialidade dos interstícios de 06/03/1997 a 25/01/1999 e de 02/08/1999 a 31/05/2002, uma vez que o referido documento encontra-se incompleto, sem indicação do profissional legalmente habilitado responsável pelos registros ambientais; e de 02/02/2004 a 27/08/2008 e de 02/03/2009 a 11/03/2014 (data do PPP) - **Atividade: frentista - agentes agressivos: umidade, vapores ácidos, álcalis e cáusticos e compostos de carbono** - PPP de fs. 27/28. Ressalte-se que o interregno de 12/03/2014 a 12/05/2014 não deve ser reconhecido, uma vez que o PPP não serve para comprovar a especialidade de período posterior a sua elaboração. - O requerente não cumpriu a contingência, ou seja, o tempo de serviço por período superior a 25 (vinte e cinco) anos, de modo a satisfazer o requisito temporal previsto no art. 57, da Lei nº 8.213/91, não fazendo jus à aposentadoria especial. [...]" (APELREEX 00055045220144036183 APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 2088414 Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador OITAVA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/02/2016) - grifei.

Ademais, a atividade de frentista deve ser considerada especial não apenas em razão da exposição do segurado a agentes químicos, mas também em razão da periculosidade dos locais de trabalho em que é exercida a atividade.

Tal periculosidade é reconhecida pelo STF na Súmula 212, ao dispor que "*tem direito ao adicional de serviço perigoso o empregado de posto de revenda de combustível líquido*". Nesse mesmo sentido, o Anexo 2 das Normas Reguladoras da CLT n. 16, aprovadas na Portaria do MTE n. 3.214/78, prevê que são consideradas perigosas as "*operações em postos de serviço e bombas de abastecimento de inflamáveis líquidos*", as atividades de "*abastecimento de inflamáveis*" e de "*armazenamento de vasilhames que contenham inflamáveis líquidos ou vazios não desgaseificados ou decantados, em locais abertos*".

É este o posicionamento deste Tribunal:

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. **FRENTISTA**. ATIVIDADE ESPECIAL. TEMPO SUFICIENTE PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA INTEGRAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DO INSS DESPROVIDA.

[...]

10 - Pretende o autor o reconhecimento do labor sob condições especiais nos períodos em que laborou como **frentista**, de 01/09/1978 a 01/10/1981, de 01/11/1981 a 15/01/1985 e de 01/04/1985 a 23/04/1987.

11 - Conforme laudo técnico pericial (fs. 62/71), nos períodos de 01/09/1978 a 01/10/1981, de 01/11/1981 a 15/01/1985 e de 01/04/1985 a 23/04/1987, laborados na empresa Auto Posto nº 9, como **frentista**, o autor exerceu "atividade e operações **perigosas** com inflamáveis".

12 - Diretamente afeto ao caso em questão, os Decretos nº 53.831/64 (código 1.2.11 do quadro Anexo) e nº 83.080/79 (código 1.2.10 do Anexo I) elencam os hidrocarbonetos como agentes nocivos para fins de enquadramento da atividade como insalubre, havendo, inclusive, referência expressa no item 1.2.11 do Decreto nº 53.831/64 a trabalhos permanentes expostos a "gasolina" e "álcools", o que se constitui a essência do trabalho do **frentista**.

[...]

19 - Remessa necessária parcialmente provida. Apelação do INSS desprovida."

(TRF3, SÉTIMA TURMA, APELAÇÃO CÍVEL 0001326-36.2006.4.03.6120, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS DELGADO, 12/03/2018)

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. TRABALHO RURAL SEM REGISTRO. ATIVIDADE RURAL SEM REGISTRO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. ATIVIDADE ESPECIAL. **FRENTISTA**. RÚIDO.

[...]

6. A atividade de frentista é considerada perigosa e a Súmula 212 do STF reconhece a periculosidade do trabalho do empregado de posto de revenda de combustível líquido.

[...]

8. Eventual período em que o autor tenha exercido atividade insalubre, após a citação ou a implantação do benefício, deve ser excluído das prestações vencidas de aposentadoria especial, nos termos dos Arts. 57, § 8º e 46, da Lei 8.213/91, tendo em vista que a antecipação da aposentadoria foi concebida como medida protetiva da saúde do trabalhador e, portanto, a permissão da manutenção de atividade insalubre reduziria o direito à aposentadoria especial a mera vantagem econômica, esvaziando o real objetivo da norma.

[...]

12. Remessa oficial desprovida e apelação provida em parte."

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2015483 - 0006302-18.2011.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 11/07/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/07/2017)

Por este motivo, o reconhecimento da especialidade pode ser feito mesmo após a vigência da Lei 9.032, em 29/04/1995, e sem a apresentação de laudo técnico ou PPP.

Da atividade de motorista

No caso dos autos, para comprovação da atividade insalubre no período de 01/12/1992 a 30/09/2000, a parte autora acostou cópia de sua CTPS e das Informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais, em que consta anotação de sua função como motorista de caminhão na empresa Gomes & Oliveira Terraplanagem Ltda.

Para ser considerada atividade especial, necessária a prova de que o labor foi realizado como motorista de caminhão ou de ônibus, ou ainda como cobrador de ônibus ou ajudante de caminhão, atividades enquadradas como especiais no código 2.4.4, do quadro Anexo do Decreto nº 53.831/64.

Consoante legislação acima fundamentada, o enquadramento por categoria profissional ocorreu somente até a promulgação da Lei 9.032/95, de 28 de abril de 1995, sendo necessária, após essa data, a comprovação da exposição aos agentes agressivos considerados insalubres ou penosos, nos termos legais.

A atividade alegada exercida pela parte autora – qual seja, de 01/12/1992 a 30/09/2000 – foi comprovada nos autos em ID 8001623, fl. 70, sendo que não há PPP's acostados apontando a exposição do demandante a agentes agressivos e, apesar de haver "Informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais" em ID 8001625, fl. 33, apontando para a exposição do demandante a agentes agressivos ruídos e calor, não há laudo técnico, necessário para aferição da especialidade do período laborado a partir de 28/04/1995.

Portanto, deve ser mantida a especialidade quanto ao período de 01/12/1992 a 28/04/1995, não sendo possível, contudo, o reconhecimento da especialidade por enquadramento quanto ao período de 29/04/1995 a 30/09/2000, consoante fundamentação supra.

Do período rural

Preliminarmente, ressalto que a parte autora completou a idade mínima de 12 anos em 17/01/1971 (ID 8001623, fl. 45).

No caso em questão, há de se considerar inicialmente que permanecem controversos os períodos rurais entre 01/01/1971 a 31/12/1977.

Como início de prova material de seu trabalho no campo, juntou a parte autora aos autos os seguintes documentos: escritura de compra e venda de propriedade rural em 22/04/1948 que consta como comprador o pai do autor (ID 8001625, fs. 30 e 31), certidão de casamento de Antonio Lopes Fernandes e Francisca Maria da Conceição realizado em 11/03/1959 (ID 8001625, fl. 26), certidão de nascimento de Valdirene do Nascimento Fernandes de 17/03/1975 (ID 8001625, fl. 2) e certidão de óbito de Antonio Lopes Fernandes com data de 15/07/2004 (ID 8001625, fl. 25), que constama profissão do pai do autor como agricultor, recibo de entrega de declaração do ITR constando Francisca Maria Fernandes como contribuinte, datado de 2010 (ID 8001625, fl. 21) e Declaração de Exercício de Atividade Rural do autor no período controverso, datado de 2012 (ID 8001625, fl. 4).

A prova documental apresentada aos autos quanto à atividade rural não possibilita a conclusão pelo efetivo exercício de atividade rural pela parte autora, pois a documentação apresentada não lhe pertence e a Declaração de Exercício de Atividade Rural do autor não deve ser considerada início de prova material apta a ser corroborada por testemunhas, eis que Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais fazem prova do quanto nelas alegado, desde que devidamente homologadas pelo Ministério Público ou pelo INSS, órgãos competentes para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 106, III, da Lei nº 8.213/91, seja em sua redação original, seja com a alteração levada a efeito pela Lei nº 9.063/95, conforme entendimento consolidado por esta Turma, o que não ocorreu no caso.

Portanto, não há como reconhecer o período rural controvertido.

DAAPOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO OU DE CONTRIBUIÇÃO

A aposentadoria por tempo de contribuição ao segurado do Regime Geral de Previdência Social é assegurada pelo art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

"§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;"

A redação atual do dispositivo foi fixada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Até então, o texto constitucional falava na concessão de aposentadoria "por tempo de serviço", e possibilitava sua concessão também na forma proporcional, ao segurado do sexo masculino que contasse com 30 anos de tempo de serviço ou à segurada do sexo feminino que contasse com 25 anos de tempo de serviço, sem exigência de idade mínima.

A regra de transição do art. 9º da EC 20/98 garante aos segurados filiados ao regime geral de previdência social antes da sua publicação o direito à obtenção do benefício proporcional se atendidos os requisitos ali fixados.

Nesse sentido, a Lei de Benefícios da Previdência Social prevê que a concessão da aposentadoria por tempo de serviço está condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 52 e 53 da Lei 8.213/91, "verbis":

"Artigo 52. A aposentadoria por tempo de serviço, cumprida a carência exigida nesta Lei, será devida ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do sexo masculino."

"Artigo 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no artigo 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço."

DAAPOSENTADORIA INTEGRAL

Concede-se a aposentadoria integral (i) pelas regras anteriores à EC nº 20/98 se comprovado o exercício de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou 30 (trinta) anos, se mulher, antes da vigência da Emenda, ou (ii) pelas regras permanentes estabelecidas pela referida Emenda, se preenchido o requisito temporal após a mencionada alteração constitucional (Lei nº 8.213/91, art. 53, I e II).

Com efeito, forçoso ressaltar que, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do § 7º do art. 201, da Constituição Federal, associava tempo mínimo de contribuição de 35 anos, para homem e 30 anos, para mulher à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Não sendo aprovada a exigência da idade mínima quando da promulgação da Emenda nº 20, a regra de transição para a aposentadoria integral restou inócua, uma vez que, no texto permanente (art. 201, § 7º, inc. I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de contribuição.

Nesse sentido, aliás, o próprio INSS reconheceu não serem exigíveis, para a aposentação na sua forma integral, quer a idade mínima, quer o cumprimento do tempo adicional de 20%, aos segurados já inscritos na Previdência Social em 16/12/1998. É o que se comprova dos termos postos pelo art. 109, I, da Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14.04.2005:

"Art. 109. Os segurados inscritos no RGPS até o dia 16 de dezembro de 1998, inclusive os oriundos de outro Regime de Previdência Social, desde que cumprida a carência exigida, atentando-se para o contido no § 2º, do art. 38 desta IN, terão direito à aposentadoria por tempo de contribuição nas seguintes situações:

I - aposentadoria por tempo de contribuição, conforme o caso, com renda mensal no valor de cem por cento do salário-de-benefício, desde que cumpridos:

a) 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem;

b) 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher".

DA CARÊNCIA

Além dos requisitos explicitados acima, o período de carência é também requisito legal para obtenção do benefício de aposentadoria por tempo de serviço, dispendo o artigo 25 da Lei 8.213/91, "verbis":

"Artigo 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no artigo 26:

[...] II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais."

Aos já filiados quando do advento da mencionada lei, aplica-se a tabela de seu art. 142 (norma de transição), em que se relaciona um número de meses de contribuição inferior aos 180 (cento e oitenta) exigidos pela regra permanente do citado art. 25, II, de acordo com o ano de implemento dos demais requisitos (tempo de serviço ou idade).

DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998, in verbis:

"RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 4º. DA LEI 5.890/1973, INTRODUZIDO PELA LEI 6.887/1980. CRITÉRIO. LEI APLICÁVEL. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DAAPOSENTADORIA.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.

2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor, e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJE 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

3. A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço. Na mesma linha: REsp 1.151.652/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 9.11.2009; REsp 270.551/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; Resp 28.876/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJE 5.10.2011.

4. No caso concreto, o benefício foi requerido em 24.1.2002, quando vigente a redação original do art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991, que previa a possibilidade de conversão de tempo comum em especial.

5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ."

(REsp 1310034/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJE 19/12/2012)

No mesmo sentido, a Súmula 50 da Turma Nacional de Uniformização Jurisprudencial (TNU), de 15.03.12:

"É possível a conversão do tempo de serviço especial em comum do trabalho prestado em qualquer período".

DO FATOR DE CONVERSÃO

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.310.034/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que a definição do fator de conversão deve observar a lei vigente no momento em que preenchidos os requisitos da concessão da aposentadoria (em regra, efetivada no momento do pedido administrativo) - diferentemente da configuração do tempo de serviço especial, para a qual deve-se observar a lei no momento da prestação do serviço.

Neste sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL . REQUERIMENTO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.035/95. INVIABILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.310.034/PR. CUNHO DECLARATÓRIO DA DEMANDA INCÓLUME. 1. Na origem, cuida-se de demanda previdenciária que visa a concessão de aposentadoria fundamentada em dois períodos basilares. O primeiro, o reconhecimento de que o autor exerceu, em período especificamente delineado, trabalho em condições especiais (eletricidade). O segundo pedido, e intrinsecamente ligado ao primeiro, é a conversão do tempo comum em especial para que, somado àquele primeiro tempo delineado, lhe seja deferida a concessão da aposentadoria especial ao autor. 2. Existem, na demanda, um cunho declaratório - reconhecer o trabalho exposto a fator de periculosidade - e um condenatório - promover a conversão e, preenchido o requisito contributivo temporal (25 anos), conceder a aposentadoria especial. 3. No julgamento do REsp 1.310.034/PR, Min. Herman Benjamin, submetido ao regime dos recursos repetitivos, concluiu a Primeira Seção que, para a configuração do tempo de serviço especial, deve-se observar a lei no momento da prestação do serviço (primeiro pedido basilar do presente processo); para definir o fator de conversão, observa-se a lei vigente no momento em que preenchidos os requisitos da concessão da aposentadoria (em regra, efetivada no momento do pedido administrativo). 4. Quanto à possibilidade de conversão de tempo comum em especial, concluiu-se que “A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço”. Com efeito, para viabilizar a conversão, imprescindível observar a data em que requerido o jubramento. 5. Na hipótese, o pedido fora formulado em 7.12.2009, quando já em vigor a Lei n. 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 e, conseqüentemente, revogou a possibilidade de conversão de tempo comum em especial, autorizando, tão somente, a conversão de especial para comum (§ 5º). Portanto, aos requerimentos efetivados após 28.4.1995 e cujos requisitos para o jubramento somente tenham se implementado a partir de tal marco, fica inviabilizada a conversão de tempo comum em especial para fazer jus à aposentadoria especial, possibilitando, contudo, a conversão de especial para comum. 6. A inviabilidade de conversão de comum para especial não afasta o cunho declaratório do qual se reveste a presente ação (primeiro pedido), de modo que ficam incólumes os fundamentos do acórdão que reconheceram ao segurado o período trabalhado em condições especiais, até para que, em qualquer momento, se legitime sua aposentadoria comum (convertendo tal período de especial em comum, consoante legitima o art. 57, §§ 3º e 5º, da Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.032/95) sem que, novamente, tenha o segurado que se socorrer à via judicial. Agravo regimental improvido.” (AEARESP 201500145910, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:22/10/2015 .DTPB:.)

“PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL . REQUERIMENTO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 9.032/1995. INVIABILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP 1.310.034/PR. CUNHO DECLARATÓRIO DA DEMANDA INCÓLUME. 1. Existem, na demanda, um cunho declaratório - reconhecimento de trabalho exposto a fator de periculosidade - e um condenatório - promover a conversão e, preenchido o requisito contributivo temporal (25 anos) -, a conceder a aposentadoria especial. 2. Para a configuração do tempo de serviço especial, deve-se observância à lei no momento da prestação do serviço (primeiro pedido basilar do presente processo); para definir o fator de conversão, observa-se a lei vigente no momento em que preenchidos os requisitos da concessão da aposentadoria (em regra, efetivada no momento do pedido administrativo). 3. Na hipótese, o pedido foi formulado quando já em vigor a Lei n. 9.032/95, que deu nova redação ao § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 e, conseqüentemente, revogou a possibilidade de conversão de tempo comum em especial, autorizando, tão somente, a conversão de especial para comum (§ 5º). 4. Aos requerimentos efetivados após 28.4.1995 e cujos requisitos para o jubramento somente tenham se implementado a partir de tal marco, fica inviabilizada a conversão de tempo comum em especial para fazer jus à aposentadoria especial, possibilitando, contudo, a conversão de especial para comum (REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 19/12/2012.). 5. Observa-se, contudo, que deve ser mantido, como deferido na origem, o reconhecimento dos períodos trabalhados em condições especiais. Agravo regimental improvido.” (AGARESP 201501035959, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:17/08/2015 .DTPB:.)

No caso dos autos, sendo o requerimento do benefício posterior à Lei n.º 8.213/1991, deve ser aplicado o fator de conversão de 1,4, como determina o art. 70 do Decreto n.º 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n.º 4.827/2003.

DO DIREITO AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

Tempo de serviço: Convertido o tempo especial ora reconhecido pelo fator de 1,4 (40%) e somados os períodos de labor urbano comum incontestados constantes do resumo de ID 8001624, fls. 12 e 13, o autor totaliza mais de 35 anos de tempo de contribuição até o requerimento administrativo, conforme tabela abaixo assim colacionada:

| Nº | Nome / Anotações | Início | Fim | Fator | Tempo | Carência |
|-----------|------------------|------------|------------|---------------|---------------------------|----------|
| 1 | - | 01/02/1978 | 31/12/1981 | 1.40 Especial | 5 anos, 5 meses e 24 dias | 47 |
| 2 | - | 01/02/1982 | 15/12/1986 | 1.40 Especial | 6 anos, 9 meses e 27 dias | 59 |
| 3 | - | 02/02/1987 | 18/03/1992 | 1.40 Especial | 7 anos, 2 meses e 6 dias | 62 |
| 4 | - | 01/12/1992 | 28/04/1995 | 1.40 Especial | 3 anos, 4 meses e 15 dias | 29 |
| 5 | - | 29/04/1995 | 30/09/2000 | 1.00 | 5 anos, 5 meses e 2 dias | 65 |
| 6 | - | 02/09/2003 | 21/11/2003 | 1.00 | 0 anos, 2 meses e 20 dias | 3 |
| 7 | - | 01/02/2005 | 29/07/2011 | 1.00 | 6 anos, 5 meses e 29 dias | 78 |
| Somatotal | | | | | 35 anos, 0 meses e 3 dias | 343 |

* Não há períodos concomitantes.

| Marco Temporal | Tempo de contribuição | Carência | Idade | Pontos (Lei 13.183/2015) |
|-------------------------------|----------------------------|----------|-----------------------------|--------------------------|
| Até 16/12/1998 (EC 20/1998) | 26 anos, 6 meses e 0 dias | 241 | 39 anos, 10 meses e 29 dias | - |
| Até 28/11/1999 (Lei 9.876/99) | 27 anos, 5 meses e 12 dias | 252 | 40 anos, 10 meses e 11 dias | - |
| Até 29/07/2011 (DER) | 35 anos, 0 meses e 3 dias | 343 | 52 anos, 6 meses e 12 dias | inaplicável |
| Pedágio (EC 20/98) | 1 anos, 4 meses e 24 dias | | | |

Carência: Observo que a parte autora também cumpriu o período de carência, nos termos do artigo art. 142 da Lei n.º 8.213/91, porquanto quando da implementação de todas as condições necessárias ao benefício, em 2011, comprovou ter vertido mais de 180 contribuições à Seguridade Social.

Considerando que cumprida a carência, supramencionada, e implementado tempo de 35 anos de serviço, após 16/12/1998, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998, a parte autora faz jus à aposentadoria integral por tempo de serviço, independentemente da idade, com fundamento no artigo 9º da EC nº 20/1998, c.c o artigo 201, § 7º, da Constituição Federal.

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM. TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À EC 20/98 PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. REGRAS DE TRANSIÇÃO. INAPLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 2. A Emenda Constitucional 20/98 extinguiu a aposentadoria proporcional por tempo de serviço. Assim, para fazer jus a esse benefício, necessário o preenchimento dos requisitos anteriormente à data de sua edição (15/12/98). 3. Com relação à aposentadoria integral, entretanto, na redação do Projeto de Emenda à Constituição, o inciso I do § 7º do art. 201 da CF/88 associava tempo mínimo de contribuição (35 anos para homem e 30 anos para mulher) à idade mínima de 60 anos e 55 anos, respectivamente. Como a exigência da idade mínima não foi aprovada pela Emenda 20/98, a regra de transição para a aposentadoria integral restou sem efeito, já que, no texto permanente (art. 201, § 7º, Inciso I), a aposentadoria integral será concedida levando-se em conta somente o tempo de serviço, sem exigência de idade ou pedágio. 4. Recurso especial conhecido e improvido.” (RESP 200501877220 RESP - RECURSO ESPECIAL – 797209 Relator(a) ARNALDO ESTEVES LIMA Sigla do órgão STJ Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJE DATA:18/05/2009).

DO TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO

O termo inicial da aposentadoria por tempo de contribuição deve ser mantido na data do requerimento administrativo, quando já estavam preenchidos os requisitos para concessão do benefício, nos termos do art. 54 c/c 49, I, “b” da Lei 8.213/91, sendo devidas as parcelas vencidas desde então, com acréscimo de juros e correção monetária.

Destaque-se que é irrelevante se a comprovação do direito ao benefício ocorreu somente em momento posterior, como já reconheceu o E. STJ, em relação ao reconhecimento de períodos especiais:

“PREVIDENCIÁRIO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUANDO JÁ PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. COMPROVAÇÃO DO TEMPO ESPECIAL DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. IRRELEVÂNCIA. [...] II - In casu, conforme asseverado pelo tribunal de origem, na data do requerimento administrativo o segurado já havia adquirido direito à aposentadoria por tempo de serviço, ainda que parte do tempo especial necessário para a concessão do benefício somente tenha sido reconhecido durante a instrução processual.

III - A comprovação extemporânea do tempo de serviço especial não afasta o direito do segurado à concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data do requerimento administrativo, quando preenchidos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário.

IV - Recurso Especial do segurado provido.”

(Resp 1610554/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017)

DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 10/12/2015, não há que se falar na ocorrência de prescrição quinquenal prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, uma vez que não transcorridos mais de 5 anos do julgamento do recurso administrativo (ID 8001626, fls. 52 a 56).

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

Com relação à correção monetária, cabe pontuar que o artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, foi declarado inconstitucional por arrastamento pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nos 4.357 e 4.425, mas apenas em relação à incidência da TR no período compreendido entre a inscrição do crédito precatório e o efetivo pagamento.

Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação, que se realiza após a conclusão da fase de conhecimento.

Vislumbrando a necessidade de serem uniformizados e consolidados os diversos atos normativos afetos à Justiça Federal de Primeiro Grau, bem como os Provimentos da Corregedoria desta E. Corte de Justiça, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da 3ª Região (Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005) é expressa ao determinar que, no tocante aos consectários da condenação, devem ser observados os critérios previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos da Justiça Federal.

A respeito do tema, insta considerar que, no dia 20/09/2017, no julgamento do RE nº 870.947, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da utilização da TR, também para a atualização da condenação.

No mesmo julgamento, em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

“In casu”, como se trata da fase anterior à expedição do precatório, e tendo em vista que a matéria não está pacificada, há de se concluir que devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005 (AC 00056853020144036126, DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016), observado o entendimento firmado pelo STF no RE 870.947.

DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS

Finalmente, no que diz respeito aos honorários sucumbenciais, também não merece acolhimento o recurso do autor, uma vez que, tratando-se de condenação da Fazenda Pública, os honorários podem ser fixados equitativamente pelo juiz, que, embora não fique adstrito aos percentuais de 10% a 20% previsto no art. 85, §2º do Código de Processo Civil de 2015, não está impedido de adotá-los de assim entender adequado de acordo como grau de zelo do profissional, bem como o trabalho realizado e o tempo exigido deste, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DO PERCENTUAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. VALOR EXCESSIVO OU IRRISÓRIO. SÚMULA 7/STJ. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A revisão do percentual fixado com verba honorária constitui exceção à regra, tendo em vista que esse procedimento implica exame dos critérios previstos no art. 20, § 3º, do CPC, o que demandaria análise do conjunto fático-probatório dos autos, vedada pela Súmula 7/STJ.

2. Este Tribunal firmou o posicionamento de que, sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo como previsto no art. 20, § 3º, do Diploma Processual, cabendo ao magistrado levar em consideração as circunstâncias elencadas nas alíneas a, b, e c do referido parágrafo, podendo, inclusive, fixar a verba honorária em percentuais tanto abaixo como acima do limite de 10% a 20%, estabelecido no caput do mesmo artigo, com base na apreciação equitativa.

3. Hipótese em que não restou configurada violação à Súmula 7/STJ o acórdão embargado. 4. Precedentes. 5. Agravo Regimental não provido. ...EMEN: (AERESP 200500223406, HERMAN BENJAMIN, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, DJ DATA:24/09/2007 PG:00233 ..DTPB:.)

No caso, a fixação da verba honorária no patamar de 10% do valor atualizado até a data da sentença mostra-se adequada quando considerados os parâmetros mencionados acima, e ademais é este o patamar reiteradamente aplicado por esta Oitava Turma nas ações previdenciárias, não sendo o caso de reforma do julgado.

Diante do exposto, **JULGO EXTINTA A AÇÃO sem resolução do mérito**, em relação ao pedido de reconhecimento do período rural laborado entre 01/01/1971 a 31/12/1977 e **NEGO PROVIMENTO** à apelação do autor e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** à apelação do INSS, apenas para conceder o período especial de 01/12/1992 a 28/04/1995.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ATIVIDADE ESPECIAL. FRENTISTA. MOTORISTA. RECONHECIMENTO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. DER. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS.

- Caracterização de atividade especial de **frentista**, em virtude da exposição do segurado a agentes químicos enquadrados no código 1.1.5 e 1.2.10 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e códigos 1.0.19 e 2.0.1 do Anexo IV dos Decretos nº 2.172/97 e 3.048/99.

- Possibilidade de enquadramento da atividade exercida até 28/04/1995, com fundamento na categoria profissional, como **motorista**, em face da previsão expressa contida no código 2.4.4 do quadro anexo a que se refere o art. 2º do Decreto nº 53.831/64, bem como no código 2.4.2 do anexo II do Decreto nº 83.080/79.

- A prova documental apresentada aos autos quanto à atividade rural não possibilita a conclusão pelo efetivo exercício de atividade rural pela parte autora, pois a documentação apresentada não lhe pertence e a Declaração de Exercício de Atividade Rural do autor não deve ser considerada início de prova material apta a ser corroborada por testemunhas, eis que Declarações de Sindicato de Trabalhadores Rurais fazem prova do quanto nelas alegado, desde que devidamente homologadas pelo Ministério Público ou pelo INSS, órgãos competentes para tanto, nos exatos termos do que dispõe o art. 106, III, da Lei nº 8.213/91, seja em sua redação original, seja com a alteração levada a efeito pela Lei nº 9.063/95, conforme entendimento consolidado por esta Turma, o que não ocorreu no caso.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte consolidou-se no sentido da possibilidade de transmutação de tempo especial em comum, nos termos do art. 70, do Decreto 3.048/99, seja antes da Lei 6.887/80, seja após maio/1998. Súmula 50 da TNU.

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.310.034/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento de que a definição do fator de conversão deve observar a lei vigente no momento em que preenchidos os requisitos da concessão da aposentadoria (em regra, efetivada no momento do pedido administrativo) - diferentemente da configuração do tempo de serviço especial, para a qual deve-se observar a lei no momento da prestação do serviço.

- Do direito à aposentadoria por tempo de contribuição integral.

- O termo inicial da aposentadoria por tempo de contribuição deve ser mantido na data do requerimento administrativo, quando já estavam preenchidos os requisitos para concessão do benefício, nos termos do art. 54 c/c 49, I, "b" da Lei 8.213/91.

- Tendo em vista que a presente ação foi ajuizada em 10/12/2015, não há que se falar na ocorrência de prescrição quinquenal prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, uma vez que não transcorridos mais de 5 anos do julgamento do recurso administrativo (ID 8001626, fls. 52 a 56).

- Com relação à correção monetária, devem ser aplicados os índices previstos pelo Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor por ocasião da execução do julgado, em respeito ao Provimento COGE nº 64, de 28 de abril 2005, observado o entendimento firmado pelo STF no RE 870.947.

- Em relação aos juros de mora incidentes sobre débitos de natureza não tributária, como é o caso da disputa com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em causa, o STF manteve a aplicação do disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009.

- A fixação da verba honorária no patamar de 10% do valor atualizado até a data da sentença mostra-se adequada quando considerados os parâmetros mencionados acima, e ademais é este o patamar reiteradamente aplicado por esta Oitava Turma nas ações previdenciárias, não sendo o caso de reforma do julgado.

- Apelação do autor a que se nega provimento. Apelação do INSS a que se dá parcial provimento.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, JULGAR EXTINTA A AÇÃO sem resolução do mérito, em relação ao pedido de reconhecimento do período rural laborado entre 01/01/1971 a 31/12/1977, NEGAR PROVIMENTO à apelação do autor e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu JULGAR EXTINTA A AÇÃO sem resolução do mérito, em relação ao pedido de reconhecimento do período rural, NEGAR PROVIMENTO à apelação do autor e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação do INSS, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000115-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
AGRAVADO: LAURINEZA DA SILVA DIAS
Advogados do(a) AGRAVADO: ARTHUR VIEIRA - SP260088-N, ADEMIR BARRUECO JUNIOR - SP226471-N
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000115-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
AGRAVADO: LAURINEZA DA SILVA DIAS
Advogados do(a) AGRAVADO: ARTHUR VIEIRA - SP260088-N, ADEMIR BARRUECO JUNIOR - SP226471-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da *decisum* que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de execução promovida pela autarquia em face da parte autora, fundamentando-se na necessidade de cobrar, em ação autônoma, os valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada, tendo determinado o retorno dos autos ao arquivo (fls. 172 do ID nº 1394721).

Alega o agravante, em síntese, a possibilidade de cobrança, nos próprios autos, dos valores pagos em decorrência da decisão antecipatória de tutela. Aduz, para tanto, que "aquele que se beneficia de decisão judicial de caráter não definitivo, naturalmente, tem pleno conhecimento de que o provimento que recebe é provisório, ou seja, precário por natureza, podendo ser revertido a qualquer momento" (fls. 05 do doc. de ID nº 116907546), impondo-se a devolução dos valores recebidos, consoante entendimento jurisprudencial sedimentado pelo STJ.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, permitindo-se, dentro dos próprios autos, a execução dos valores recebidos em razão de tutela, posteriormente cassada.

É o relatório.

prfman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5000115-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO NEGRAO DA SILVA - SP184474-N
AGRAVADO: LAURINEZA DA SILVA DIAS
Advogados do(a) AGRAVADO: ARTHUR VIEIRA - SP260088-N, ADEMIR BARRUECO JUNIOR - SP226471-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, determinou o arquivamento do feito, por falta de título executivo a legitimar a pretensão, nos termos do art. 513, § 1º do CPC, tendo consignado pela necessidade de se cobrar, em ação autônoma, os valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada.

Verifica-se que, *in casu*, a decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

Assim, o recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento do STJ, a decisão que põe fim ao cumprimento da sentença, extinguindo a obrigação, é passível de repressão pela via de apelação, e não de agravo de instrumento, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1141865/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019)

Deste modo, não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal.

Nesse sentido, a decisão monocrática proferida pela Exma. Des. Fed. Tania Marangoni, 8ª T, nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011106-75.2016.4.03.0000/SP, publicada em 12.07.2016.

No presente caso, o agravo de instrumento é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao seu cabimento.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

prfeman

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARQUIVAMENTO DO FEITO POR INEXISTÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. EXTINÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Agravo de instrumento contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, determinou o arquivamento do feito, por falta de título executivo a legitimar a pretensão, nos termos do art. 513, § 1º do CPC, tendo consignado pela necessidade de se cobrar, em ação autônoma, os valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada.

- Verifica-se que, *in casu*, a decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

- Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

- O recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

- Não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta C. Corte.

- No presente caso, o recurso de apelação é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao cabimento.

- Agravo de instrumento não conhecido.

prfeman

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022351-61.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
AGRAVADO: IRENE INOUE
Advogado do(a) AGRAVADO: GUILHERME RICO SALGUEIRO - SP229463-N
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022351-61.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: IRENE INOUE
Advogado do(a) AGRAVADO: GUILHERME RICO SALGUEIRO - SP229463-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da *decisum* que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu seu processamento, fundamentando-se na necessidade de se provar, em ação autônoma, a má-fé da parte autora para se falar em restituição de valores recebidos indevidamente, tendo determinado o arquivamento dos autos (fls. 172 do ID nº 1394721).

Alega o agravante, em síntese, o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em sede de cumprimento de sentença, impondo-se o conhecimento do agravo.

No mérito, aduz que o fato do pagamento do auxílio-doença decorrer de decisão antecipatória de tutela posteriormente revogada não afasta o dever da apelada de devolver o que recebeu a maior, nos termos do artigo 115, II e §1º, da Lei nº 8.213/91, c.c. artigo 154, II, do Decreto 3.048/99, bem como à luz dos precedentes jurisprudenciais aplicáveis à hipótese.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, para receber o pedido de cumprimento da sentença, dando-se continuidade aos atos de expropriação.

Certificado o decurso do prazo para a agravada oferecer contraminuta (ID nº 2177353).

É o relatório.

prferman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5022351-61.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: IRENE INOUE
Advogado do(a) AGRAVADO: GUILHERME RICO SALGUEIRO - SP229463-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, determinou o arquivamento do feito, por falta de título executivo a legitimar a pretensão, nos termos do art. 513, § 1º do CPC, de recebimento dos valores recebidos em tutela, posteriormente cassada, a serem devolvidos pela autora.

A C. Oitava Turma já decidiu que não é cabível aplicar a fungibilidade recursal, quando, em face da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar a impugnação ao cumprimento de sentença for interposta apelação, visto não se tratar de sentença (art. 203 do CPC/2015). Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO INCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO.

- A parte interpôs recurso de apelação em face de uma decisão interlocutória proferida em sede de impugnação de cumprimento do julgado.

- Tecnicamente, não se pode definir o decisório em questão como sentença. Caberia à parte, simplesmente, interpor agravo de instrumento (art. 1.015, do NCPC).

- Considera-se o manejo de tal recurso - apelação - verdadeiro erro grosseiro, nem sequer passível de incidência do princípio da fungibilidade recursal, como é cediço, dada a total ausência de dúvida objetiva a respeito de qual a espécie recursal cabível. Precedente do STJ.

- Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 591973 - 0021693-59.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 05/06/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/06/2017)

É cabível o agravo de instrumento contra a decisão que julga a impugnação ao cumprimento de sentença, sem extinguir a fase executiva:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EVOLUÇÃO FUNCIONAL. CONTAGEM DE PONTOS PARA PROMOÇÃO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. DECISÃO QUE JULGA IMPROCEDENTE E EXTINGUE A IMPUGNAÇÃO.

RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO APLICAÇÃO.

I - Execução individual da sentença proferida na ação coletiva ajuizada pelo Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Sorocaba (SP) contra o município. Impugnação apresentada pelo município, que foi julgada improcedente e extinta com base no art.

487, I, do CPC/2015, por decisão contra a qual o impugnante interpôs apelação, quando era cabível agravo de instrumento. Acórdão que deu provimento à apelação do município, superando, em nome da fungibilidade recursal, o erro na escolha do recurso, para, no mérito, declarar a ilegitimidade passiva do apelante no cumprimento da sentença. II - A decisão que julga improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença, sem extinguir a fase executiva em curso, desafia agravo de instrumento. Na presente hipótese, interposta apelação, não se aplica o princípio da fungibilidade recursal.

Precedentes: REsp n. 1.767.663/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 17/12/2018; REsp n.

1.698.344/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe 1º/8/2018; REsp n. 1.804.906/SP, Rel.

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/5/2019, DJe 30/5/2019 e REsp n. 1.803.176/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe de 21/5/2019.

III - Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

(AREsp 1428572/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019)

PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA LEI 11.960/09.

1. A decisão agravada, apesar da nomenclatura "sentença", apreciou os cálculos formulados pelas partes após impugnação do INSS, não tendo havido ainda a extinção do cumprimento de sentença, motivo pelo qual entendo, salvo melhor juízo, ser cabível a interposição de agravo de instrumento.

2. Considerando que a decisão que estipulou os juros de mora foi proferida antes da edição da Lei nº 11.960/09, deverá ser observado o índice de 1% (um por cento) ao mês no período anterior à sua vigência, e, após, o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, bem como a variação da taxa SELIC a partir da Medida Provisória 567/2012, convertida na Lei 12.703/2012, nos termos do Manual de Orientação e Procedimento para Cálculos da Justiça Federal vigente.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5033216-75.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFÍRIO JUNIOR, julgado em 01/04/2020, Intimação via sistema DATA: 03/04/2020)

Contudo, *in casu*, a decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

Assim, o recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTIÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento do STJ, a decisão que põe fim ao cumprimento da sentença, extinguindo a obrigação, é passível de repressão pela via de apelação, e não de agravo de instrumento, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1141865/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIAS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019)

Deste modo, não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal.

Nesse sentido, a decisão monocrática proferida pela Exma. Des. Fed. Tania Marangoni, 8ª T, nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011106-75.2016.4.03.0000/SP, publicada em 12.07.2016.

No presente caso, o agravo de instrumento é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao cabimento.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do agravo de instrumento.

prfeman

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARQUIVAMENTO DO FEITO POR INEXISTÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. EXTIÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO.

- Agravo de instrumento contra decisão que, em sede de cumprimento de sentença, determinou o arquivamento do feito, por falta de título executivo a legitimar a pretensão, nos termos do art. 513, § 1º do CPC, de recebimento dos valores recebidos em tutela, posteriormente cassada, a serem devolvidos pela autora.

- A decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

- Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

- O recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

- Não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta C. Corte.

- No presente caso, o recurso de agravo de instrumento é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao seu cabimento.

- Agravo de instrumento não conhecido.

prfeman

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0004555-70.2002.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
INTERESSADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) INTERESSADO: WILSON JOSE GERMIN - SP144097-A
INTERESSADO: FERNANDO DOS SANTOS - FALECIDO - CPF 937.484.938-00
Advogado do(a) INTERESSADO: DONIZETI LUIZ PESSOTTO - SP113419-A
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0004555-70.2002.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
INTERESSADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) INTERESSADO: WILSON JOSE GERMIN - SP144097-A
INTERESSADO: FERNANDO DOS SANTOS - FALECIDO - CPF 937.484.938-00
Advogado do(a) INTERESSADO: DONIZETI LUIZ PESSOTTO - SP113419
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de retratação encaminhado pela Vice-Presidência desta Corte, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil, para verificação da pertinência do juízo positivo de retratação, tendo em vista que o E. Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1.682.678/SP), vinculado ao tema 609, assentou o entendimento de que o segurado que tenha comprovado o desempenho de serviço rural em período anterior à vigência da Lei 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão do tempo de serviço para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito a computar o aludido tempo rural no órgão público empregador, para fins de contagem recíproca no regime estatutário, se juntar com a respectiva certidão de tempo de serviço rural o comprovante de recolhimento das contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada, conforme o disposto no art. 96, IV da Lei 8.213/1991.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0004555-70.2002.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
INTERESSADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) INTERESSADO: WILSON JOSE GERMIN - SP144097-A
INTERESSADO: FERNANDO DOS SANTOS - FALECIDO - CPF 937.484.938-00
Advogado do(a) INTERESSADO: DONIZETI LUIZ PESSOTTO - SP113419
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

De acordo com os autos, PEDRO APARECIDO BARBIERI ajuizou ação previdenciária objetivando o reconhecimento de tempo de serviço laborado como trabalhador rural, no período de janeiro de 1957 até maio de 1974. A ação foi julgada procedente, com trânsito em julgado certificado em 15.02.2000.

Baixados os autos do Superior Tribunal de Justiça, o autor requereu a citação do INSS para a expedição da certidão de contagem recíproca. A certidão foi expedida, com ressalva de que, para efeito de cômputo do tempo de serviço, deveriam ser apresentados os devidos recolhimentos referentes ao período reconhecido.

Não conformado, o autor peticionou ao Juízo, requerendo a expedição de nova certidão “*isenta de qualquer condicionamento para sua validade e cômputo*”, sobrevindo a decisão agravada, que acolheu o pedido.

Ainda de acordo com os autos, o autor, ora agravado, servidor público estadual, objetivou, e teve êxito, no reconhecimento e averbação do período de atividade rural, em regime de economia familiar, de janeiro de 1957 a maio de 1974, para fins de contagem recíproca em regime próprio de previdência social.

Sobre a matéria dos autos, após longo trâmite, o v. acórdão de fl. 141, entendeu ter ocorrido a coisa julgada, e que, assim, deveria ser mantida a decisão monocrática que reconhecera o direito do autor (agravado) ter averbado tempo de serviço rural, sem ressaltar a necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias relativas ao período.

Nota-se que o v. acórdão, assim proferido, não diverge, por não ter adentrado na discussão da questão, do entendimento consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.682.678/SP, vinculado ao tema 609, Relator Ministro OG FERNANDES, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018, no sentido de que “*O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rural em período anterior à vigência da Lei nº 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador; para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei nº 8.213/1991*”.

Afastada a possibilidade de retratação.

Diante do exposto, em juízo de retratação negativo, nos termos do artigo 1.040, II, do CPC, mantenho o v. acórdão, na forma da fundamentação.

Oportunamente, retomem-se os autos à Vice-Presidência desta Egrégia Corte

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART 1.040, II, DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. ATIVIDADE RURAL. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO COM RESSALVA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. CONTAGEM RECÍPROCA. DECISÃO QUE NÃO ADENTROU NA DISCUSSÃO DA QUESTÃO.

1. Incidente de juízo de retratação, nos termos do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil, diante do decidido no julgamento do REsp 1.682.678/SP.
2. PEDRO APARECIDO BARBIERI, ajuizou ação previdenciária objetivando o reconhecimento de tempo de serviço laborado como trabalhador rural, no período de janeiro de 1957 até maio de 1974. A ação foi julgada procedente, com trânsito em julgado certificado em 15.02.2000. Baixados os autos do Superior Tribunal de Justiça, o autor requereu a citação do INSS para a expedição da certidão de contagem recíproca. A certidão foi expedida, com ressalva de que, para efeito de cômputo do tempo de serviço, deveriam ser apresentados os devidos recolhimentos referentes ao período reconhecido. Não conformado, o autor peticionou ao Juízo, requerendo a expedição de nova certidão “*isenta de qualquer condicionamento para sua validade e cômputo*”, sobrevindo a decisão agravada, que acolheu o pedido.
3. O INSS interps o presente recurso de agravo de instrumento, e o v. acórdão de fl. 141, entendeu ter ocorrido a coisa julgada, e que, assim, deveria ser mantida a decisão monocrática que reconheceu o direito do autor (agravado) ter averbado tempo de serviço rural, sem ressaltar a necessidade de recolhimento de contribuições previdenciárias relativas ao período.
4. O v. acórdão não diverge, por não ter adentrado na discussão da questão, do entendimento consolidado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.682.678/SP, vinculado ao tema 609, Relator Ministro OG FERNANDES, julgado em 25/04/2018, DJe 30/04/2018.
5. Afastada a possibilidade de retratação. Determinada a remessa dos autos à Vice-Presidência desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu, em juízo de retratação negativo, nos termos do artigo 1.040, II, do CPC, manter o v. acórdão, nos termos do voto do Relator, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003096-83.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: SALVADOR SALUSTIANO MARTIM JUNIOR - SP150322-N
AGRAVADO: CINIRA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ALBERTO MARTINS - SP302561-N
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003096-83.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: SALVADOR SALUSTIANO MARTIM JUNIOR - SP150322-N
AGRAVADO: CINIRA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ALBERTO MARTINS - SP302561-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, em face da *decisum* que indeferiu liminarmente a petição inicial de cumprimento de sentença proposta pelo agravante, entendendo pela inviabilidade do pedido de devolução dos valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada, tendo expressamente determinado o cancelamento do incidente, bem como o traslado de cópia da inicial e desta decisão para os autos principais (fls. 21/22 do doc. de ID nº 1737148).

Alega o agravante, em síntese, o cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em sede de cumprimento de sentença, impondo-se o conhecimento do agravo.

No mérito, aduz que o fato do pagamento do benefício decorrer de decisão antecipatória de tutela posteriormente revogada não afasta o dever da apelada de devolver o que recebeu indevidamente, nos termos da legislação de regência, bem como à luz dos precedentes jurisprudenciais aplicáveis à hipótese. Argumenta ser impossível falar-se em boa-fé, quando a parte autora tinha pleno conhecimento de que estava recebendo em razão de provimento jurisdicional precário.

Pleiteia, desse modo, o provimento do agravo, reformando-se a decisão agravada, nos termos da fundamentação acima.

Certificado o decurso do prazo para a agravada oferecer contraminuta (ID nº 2696864).

É o relatório.

prfeman

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003096-83.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: SALVADOR SALUSTIANO MARTIM JUNIOR - SP150322-N
AGRAVADO: CINIRA FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: CARLOS ALBERTO MARTINS - SP302561-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a petição inicial de cumprimento de sentença, determinando o arquivamento do feito, tendo considerado a ausência de título executivo apto a legitimar a pretensão de devolução dos valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada.

In casu, a decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

Assim, o recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXTINÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Consoante o entendimento do STJ, a decisão que põe fim ao cumprimento da sentença, extinguindo a obrigação, é passível de repreensão pela via de apelação, e não de agravo de instrumento, sendo incabível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1141865/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019)

Deste modo, não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal.

Nesse sentido, a decisão monocrática proferida pela Exma. Des. Fed. Tania Marangoni, 8ª T, nos autos do AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011106-75.2016.4.03.0000/SP, publicada em 12.07.2016.

No presente caso, o agravo de instrumento é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao seu cabimento.

Ante o exposto, não conheço do agravo de instrumento.

prferman

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARQUIVAMENTO DO FEITO POR INEXISTÊNCIA DO TÍTULO EXECUTIVO. EXTINÇÃO. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- Agravo de instrumento contra decisão que indeferiu a petição inicial de cumprimento de sentença, determinando o arquivamento do feito, tendo considerado a ausência de título executivo apto a legitimar a pretensão de devolução dos valores recebidos pela parte autora, por força de tutela antecipada, posteriormente revogada.

- A decisão agravada considera a inexistência de título executivo judicial (art. 924, I, do CPC), embora sem menção ao dispositivo legal referente ao capítulo II, extinção do processo de execução, da lei processual civil, determinando arquivamento do feito.

- Reforçando a natureza jurídica de sentença do *decisum* ora impugnado, o art. 925 do CPC é expresso ao consignar que: "A extinção só produz efeito quando declarada por sentença". Essa extinção pode se operar com ou sem julgamento de mérito, enquadrando-se, neste último caso, a hipótese prevista no art. 924, I, do CPC.

- O recurso cabível em face da sentença que extingue os embargos à execução, a própria execução, ou o cumprimento de sentença, é o recurso de apelação - arts. 203, 1009 e 1015 do CPC.

- Não existindo dúvida a respeito do recurso cabível à espécie, a interposição de agravo de instrumento configura erro grosseiro, não se aplicando à hipótese o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes desta C. Corte.

- No presente caso, o recurso de agravo de instrumento é manifestamente inadmissível, ante a ausência de pressuposto de admissibilidade recursal atinente ao cabimento.

- Agravo de instrumento não conhecido.

prferman

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Oitava Turma, por unanimidade, decidiu não conhecer do agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0000271-09.2013.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: VITOR JAQUES MENDES - SP258362-N
APELADO: JOSE BUENO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: LUCIANE DE LIMA - SP219373-N

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE BUENO DE OLIVEIRA

O processo nº 0000271-09.2013.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0040077-17.2014.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, APARECIDA GONCALVES
Advogado do(a) APELANTE: ANDRE DE PAULA VIANA - SP236293-A
APELADO: JOAO PASTOR GONCALEZ
Advogado do(a) APELADO: ANDRE DE PAULA VIANA - SP236293-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, APARECIDA GONCALVES
APELADO: JOAO PASTOR GONCALEZ

O processo nº 0040077-17.2014.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0005409-22.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JOAO RICARDO AULER
Advogado do(a) APELANTE: FABIO LOPES VILELA BERBEL - SP264103-S
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: EDUARDO HARUO MENDES YAMAGUCHI - SP184650-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: JOAO RICARDO AULER
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0005409-22.2014.4.03.6183 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020629-21.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: NEIDE LIBERATO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVADO: GENILDO LACERDA CAVALCANTE - SP46403-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: NEIDE LIBERATO DA SILVA

O processo nº 5020629-21.2019.4.03.0000 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5255647-61.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: DERCY POCEBOM CORDEIRO
Advogado do(a) APELADO: JOAO FRANCISCO GUEDES DE MOURA - SP345481-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: DERCY POCEBOM CORDEIRO

O processo nº 5255647-61.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0019852-73.2014.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: NEUSAALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: JOAQUIM ARTUR FRANCISCO SABINO - SP119281-N
Advogado do(a) APELANTE: VITORINO JOSE ARADO - SP81864-N
APELADO: NEUSAALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARIA RITA ALVES FREITAS
Advogado do(a) APELADO: JOAQUIM ARTUR FRANCISCO SABINO - SP119281-N
Advogado do(a) APELADO: VITORINO JOSE ARADO - SP81864-N
Advogado do(a) APELADO: TATIANA CARINA LUDMILA GALBIATI E INOCENTE DE OLIVEIRA - SP186687
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: NEUSAALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: NEUSAALVES, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARIA RITA ALVES FREITAS

O processo nº 0019852-73.2014.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0002339-31.2015.4.03.6128
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: DIRCEU MESTRINER
Advogados do(a) APELANTE: JOAO ALBERTO COPELLI - SP22165-A, NATAL SANTIAGO - SP66880-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: DIRCEU MESTRINER
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0002339-31.2015.4.03.6128 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0009348-42.2013.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: LIZANDRA LEITE BARBOSA MARIANO - SP172115-N
APELADO: MARIA ELIZABETI FERRO
Advogado do(a) APELADO: ANA CAROLINA SILVA MARQUES - SP291393
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA ELIZABETI FERRO

O processo nº 0009348-42.2013.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0002845-21.2016.4.03.6112
RELATOR: Gab. 29 - DES. FED. LUIZ STEFANINI
APELANTE: LAZARO CANUTO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDO ONO MARTINS - SP224553-N
APELADO: LAZARO CANUTO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: FERNANDO ONO MARTINS - SP224553-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: LAZARO CANUTO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LAZARO CANUTO DO NASCIMENTO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0002845-21.2016.4.03.6112 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0036570-55.2012.4.03.6301
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDNALDO ANTONIO DOS REIS
Advogado do(a) APELADO: GILSON KIRSTEN - SP98077-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: EDNALDO ANTONIO DOS REIS

O processo nº 0036570-55.2012.4.03.6301 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6209294-77.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: AMELIA DOS SANTOS JULIAO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARTA LUCIA BUCKERIDGE SERRA - SP123257-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, AMELIA DOS SANTOS JULIAO
Advogado do(a) APELADO: MARTA LUCIA BUCKERIDGE SERRA - SP123257-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: AMELIA DOS SANTOS JULIAO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, AMELIA DOS SANTOS JULIAO

O processo nº 6209294-77.2019.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5271349-47.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA AMALIA VIANA DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: MARIANE FAVARO MACEDO - SP245229-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA AMALIA VIANA DE SOUZA

O processo nº 5271349-47.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0032145-80.2011.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: JOSE OSVALDO PEREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: JOSE CARLOS NASSER - SP23445-A
APELADO: JOSE OSVALDO PEREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: JOSE CARLOS NASSER - SP23445-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: JOSE OSVALDO PEREIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0032145-80.2011.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0003593-05.2014.4.03.6183
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: ROBERTO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: SERGIO KIYOSHI TOYOSHIMA - SP108515-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: ROBERTO DA SILVA
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 0003593-05.2014.4.03.6183 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5148969-22.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: D. L. D. M.
REPRESENTANTE: ADRIANA APARECIDA DE LIMA DIAS

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: D. L. D. M.
REPRESENTANTE: ADRIANA APARECIDA DE LIMA DIAS
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

O processo nº 5148969-22.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5478777-33.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANA DE FATIMA DE ARAUJO
Advogado do(a) APELADO: SERGIO LUIS ALMEIDA BARROS - SP72030-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

São Paulo, 7 de julho de 2020

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANA DE FATIMA DE ARAUJO

O processo nº 5478777-33.2019.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5243563-28.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 26 - DES. FED. NEWTON DE LUCCA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE MESSIAS DE ANDRADE
Advogado do(a) APELADO: NEIL DAXTER HONORATO E SILVA - SP201468-N
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE MESSIAS DE ANDRADE

São Paulo, 7 de julho de 2020

O processo nº 5243563-28.2020.4.03.9999 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002658-75.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE CARLOS MELZANI JUNIOR
Advogado do(a) APELADO: RAQUEL MIRANDA FERREIRA FERNANDES - SP201481-A
OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE CARLOS MELZANI JUNIOR

São Paulo, 7 de julho de 2020

O processo nº 5002658-75.2018.4.03.6105 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

Sessão de Julgamento
Data: 03/08/2020 14:00:00
Local: OITAVA TURMA - Tribunal Regional Federal da 3ª Região - São Paulo/SP

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002425-72.2018.4.03.6107
RELATOR: Gab. 28 - DES. FED. DAVID DANTAS
REPRESENTANTE: DANILTO SIMAO ANTONIO, DANILCIO SIMAO ANTONIO, VALDETE SIMAO ANTONIO
APELANTE: ESPÓLIO DE ANICE SIMÃO ANTONIO - CPF 158.116.428-90
Advogados do(a) APELANTE: GABRIEL RECHE GELALETI - SP351862-N, JULIANA GRACIA NOGUEIRA DE SA - SP346522-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

INTIMAÇÃO DE PAUTA DE JULGAMENTO

Destinatário: REPRESENTANTE: DANILTO SIMAO ANTONIO, DANILCIO SIMAO ANTONIO, VALDETE SIMAO ANTONIO
APELANTE: ESPÓLIO DE ANICE SIMÃO ANTONIO - CPF 158.116.428-90
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

São Paulo, 7 de julho de 2020

O processo nº 5002425-72.2018.4.03.6107 foi incluído na Sessão abaixo indicada, podendo, entretanto, nesta ou nas subsequentes, serem julgados os processos adiados ou remanescentes.

SUBSECRETARIA DA 9ª TURMA

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 0009377-48.2015.4.03.0000
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: IRENE MARIA MARANGONI MIGNOLO
Advogado do(a) AGRAVADO: HILARIO BOCCHI JUNIOR - SP90916-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo INSS em face da decisão proferida em embargos à execução, que indeferiu a substituição da CDA, bem como o prosseguimento da marcha processual dos embargos, mantendo a suspensão do processo.

Discorre o agravante que não há mais óbice à retomada da marcha dos embargos à execução, pois em 01.04.20, a 7ª Turma Recursal do Juizado Especial Federal Cível da 3ª Região deu provimento ao recurso do INSS e negou provimento ao recurso da autora, ora agravada, julgando improcedente a ação de revisão/restabelecimento do benefício, e que todos os três possíveis recursos, eventualmente a serem interpostos, somente podem ser processados no efeito devolutivo, restando confirmada a higidez da certidão de dívida ativa que aparelha o executivo fiscal.

Sustenta o Agravante que resta configurado o erro material que autoriza a substituição da certidão de dívida ativa, pois em revisão ao processo administrativo onde se apuraram as irregularidades cometidas pela executada em face do RGPS, concluindo-se pela necessidade de correção de alguns vícios verificados no crédito inscrito, a seguir, alteração da natureza/nomenclatura do crédito (na CDA original consta "Dívida de Natureza Não-Previdenciária - Origem Não Fraudulenta" e na nova CDA, mais adequadamente, consta "Ressarcimento ao Erário - Crédito Decorrente de Pagamento por Fraude, Dolo ou Má-fé"); 2º - a inclusão do tipo do crédito (tipo 93 - crédito decorrente de pagamento por fraude, dolo ou má-fé. Na CDA original constava o tipo 92, que significa pagamento indevido por erro administrativo, o que obviamente não é o caso em tela na medida em que a agravada já até foi condenada pelo TRF3 por estelionato); 3º - inclusão dos juros moratórios SELIC (a partir de 12/2008); 4º - exclusão da multa moratória e dos encargos legais.

Requeru a concessão de efeito suspensivo-ativo ao recurso para afastar o risco que corre em decorrência do cumprimento da r. decisão, que inviabiliza a regularização do título executivo do INSS e mantém a suspensão do andamento dos embargos sem justa causa.

Em síntese, é o processado. Passo a decidir.

Os embargos à execução encontravam-se suspensos em razão da decisão proferida pelo Juízo de origem, por concordância das partes e em razão da decisão proferida nos autos nº 2006.63.02.003801, que tramitou no Juizado Especial Federal de Ribeirão Preto, ante o parcial deferimento dos efeitos da tutela, que concluiu que, embora alguns vínculos trabalhistas dos elencados na CTPS da autora/gravada (objetos, inclusive, de apuração em ação penal), havia tempo de serviço comprovado para concessão de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, determinando o restabelecimento do benefício cassado da autora/gravada, com readequação da Renda Mensal Inicial. (fls. 91/92 do ID 102668742).

A primeira aposentadoria obtida pela autora correspondente ao NB 42.105.169.169-6, se deu mediante o uso de vínculos de emprego com indícios de irregularidades ou não existentes de fato e de salários - de contribuição destoantes da realidade, que deu origem à ação penal 2004.61.02.006311-3, a qual condenou a autora/gravada a dois anos e 10 meses de reclusão, como incursa no artigo 171, § 3º do Código Penal, conforme sentença de fls. 6/13 do id.10266588.

Em grau de recurso, na ação previdenciária para restabelecimento de benefício de aposentadoria foi negado provimento à apelação da autora/gravada e dado provimento ao recurso do INSS para julgar improcedente o pedido e cancelar a concessão da aposentadoria, revogando-se a tutela antecipada.

Em análise da CDA original está consignado o tipo para 'pagamento indevido por erro administrativo', quando na verdade, restou apurado posteriormente que, ante a inexistência dos vínculos de emprego irregularmente lançados, a aposentadoria da autora/gravada foi cancelada, inclusive condenada por estelionato a dois anos e dez meses de reclusão, o que caracteriza má-fé.

Com efeito, resta configurado o erro material que autoriza a substituição da certidão de dívida ativa, pois houve alteração da situação fática durante a suspensão do processo, eis que várias foram as irregularidades apontadas, tanto na ação de revisão de benefício como na ação penal, o que leva a concluir-se pela necessidade da correção dos dados da CDA.

O STJ, inclusive em sede de recurso repetitivo, no julgamento do RESP 1.045.472/BA (Rel. Min. Luiz Fux) sedimentou entendimento no sentido de que em sede de execução fiscal é admitida a emenda ou a substituição da Certidão de Dívida Ativa-CDA nas hipóteses de erro material ou formal, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, até a prolação da sentença dos embargos à execução, em observância ao princípio da efetividade.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPTU. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. SOMENTE ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL OU FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAR O SUJEITO PASSIVO (SÚMULA 392 E RESP 1.045.472/BA, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 18.12.2009, JULGADO SOB O REGIME DO ARTIGO 543-C DO CPC). RECURSO INADMITIDO NA ORIGEM SOB O RITO DO ART. 543-C. AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL LASTREADA NO ART. 543-C. § 7º, I, DO CPC. INVIABILIDADE.

1. A Corte Especial do STJ entende não ser cabível o agravo de instrumento contra a decisão que nega seguimento ao recurso especial lastreada no art. 543-C. § 7º, I, do CPC, pois o acórdão recorrido estaria no mesmo sentido daquele proferido em recurso representativo de controvérsia por este Superior Tribunal.

2. Observa-se que é perfeitamente aplicável ao caso a orientação do STJ firmada sob o rito dos repetitivos (REsp. 1.045.472/BA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 18.12.2009) de que a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ).

Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no AREsp 718502/RN, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJE 17/08/2015)

Acrescento os julgados: (STJ, Primeira Seção, REsp 1372243/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, DJE 21/03/2014, maioria); (AgRg no Ag 732402/BA; Relator Min. JOSÉ DELGADO; T1 – Primeira Turma; DJ 22.05.2006 p. 156).

Cito ainda a Súmula do STJ de nº 392: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução".

Desse modo, deve ser reparada a decisão agravada que indeferiu a substituição da CDA, pois a substituição pretendida não configura alteração substancial quanto ao devedor, visando apenas retificar erro material, acrescentando que a parte executada não será prejudicada, pois poderá exercer seu direito de defesa mediante devolução de prazo para oposição de embargos, em atenção às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Pertinente o requerimento de prosseguimento dos embargos à execução, o pedido comporta acolhimento.

Conforme já assentado, na ação previdenciária para restabelecimento de benefício de aposentadoria foi negado provimento ao recurso da autora/agravada e dado provimento ao recurso do INSS para julgar improcedente o pedido e cancelar a concessão da aposentadoria, revogando-se a tutela antecipada.

O conteúdo da referida sentença não deixa dúvidas, que nesse momento processual, visto também que os eventuais recursos interpostos serão recebidos somente no efeito devolutivo, inexistente justa causa para manter a suspensão do processo.

É caso, portanto, da revogação do efeito suspensivo, com prosseguimento dos embargos à execução.

Ante o exposto, defiro o efeito suspensivo-ativo para determinar a substituição da CDA e afasto a ordem de suspensão dos embargos à execução, autorizando seu regular prosseguimento.

Intime-se a parte contrária para apresentar resposta, no prazo de 15 dias, nos termos do artigo 1.019, inciso II, do Código de Processo Civil.

Comunique-se ao Juízo de origem.

Após, voltem os autos conclusos.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5029076-95.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: NIVALDO CALVO MARCUZZO
Advogado do(a) AGRAVANTE: JAIRO DOS SANTOS - SP341527-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por NIVALDO CALVO MARCUZZO em face de decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela em ação de obrigação de fazer ajuizada em face do INSS.

A parte autora informa ter logrado o reconhecimento judicial de mais de 14 anos de tempo de trabalho rural. Para fins de averbação do referido tempo para se aposentar no regime próprio da previdência do Estado de São Paulo, se dirigiu a uma Agência do INSS para que fosse expedida guia de previdência social – GPS – referente apenas ao tempo necessário para se aposentar, equivalente a nove anos, tendo lhe sido apresentado uma guia no valor de R\$ 190.159,22.

Insurge contra o valor cobrado e pretende, em síntese, seja recalculada a guia de previdência social – GPS com a devida adequação da base de cálculo e alíquota, bem como excluindo qualquer incidência de juros e multa, visto que a Medida Provisória n. 1.523, de 11/10/96, “posteriormente convertida em lei responsável pelo acréscimo do § 4º ao art. 45 da Lei 8.212/91, tornou exigível a incidência de juros moratórios e multa nas contribuições pagas em atraso somente a partir de sua vigência.”

Pugna pela antecipação da tutela recursal.

É o necessário.

Decido.

Civil. Em análise inicial dos autos, adequada a esta fase de cognição sumária, não verifico elementos suficientes para conceder a antecipação da tutela recursal, na forma estabelecida no art. 300 do Código de Processo

A decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 105018146):

“Com efeito, os documentos anexados aos autos não são suficientes para conferir a plausibilidade ao argumento da parte autora. Os fatos são controvertidos e somente podem ser melhor analisados sob o contraditório.

Só a existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor é que autoriza o provimento antecipatório da tutela jurisdicional.

Desta forma, da análise dos argumentos expostos pelo autor na petição inicial e dos documentos juntados aos autos, não vislumbro a existência de prova inequívoca do alegado, suficiente a ser admitida nesta fase inicial, porquanto, a mera aparência não basta, fazendo-se necessária a comprovação do fato constitutivo do direito alegado.

Diante do exposto, INDEFIRO a tutela provisória.”

Como bem observado pelo d. magistrado *a quo*, o direito pleiteado não pode ser conferido *ictu oculi*, tampouco existem nos autos provas da incorreção do cálculo ofertado pela entidade autárquica.

Ademais, a antecipação de tutela somente é possível quando há prova inequívoca capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações, o que não constato de plano neste caso.

Ante o exposto, **indefiro** a antecipação da tutela recursal.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005091-39.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
PARTE AUTORA: FIDENCIA ALVARES CHARAO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: MERIDIANE TIBULO WEGNER - MS10627-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação previdenciária objetivando a concessão da aposentadoria por invalidez em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O pedido foi julgado procedente, nos termos da r. sentença meritória (ID 135064847 - Págs. 155-159).

Não foi interposto recurso voluntário.

Subiram os autos a esta E. Corte para exame da remessa necessária.

É a síntese do necessário.

Decido.

Nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, estão presentes os requisitos para o julgamento deste recurso por decisão monocrática.

Trata-se de ação previdenciária visando à concessão da aposentadoria por invalidez em que foi atribuído à causa o valor de R\$ 11.448,00 em 26/03/2018 (ID 135064847 - Pág. 04).

Do precedente relativo à remessa necessária

A obrigatoriedade da remessa necessária quando prolatada sentença ilíquida contra a União e suas autarquias, inclusive o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), decorre do precedente emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.727/PR, sob a técnica dos repetitivos na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. (Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 03/12/2009).

Evidentemente, seria caso de observar o precedente, por força do que dispõem os artigos 489, §1º, inciso VI, e 927, inciso III, do CPC de 2015, que determina a observância dos acórdãos em resolução de demandas repetitivas, a não ser que se apresente a existência de distinção ou de superação do entendimento.

Da remessa necessária no CPC de 2015

Cumprido transcrever o teor do dispositivo legal que rege a questão:

“Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

[...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;” (sem grifos no original)

Da superação do precedente invocado

O próprio Colendo STJ, aplicando a técnica do *overriding*, em função do confronto entre o precedente cristalizado em 2009 e do novo CPC de 2015, reviu o entendimento anteriormente proferido, no que toca às demandas previdenciárias.

Nesse sentido, considerando que as condenações nas causas de natureza previdenciária não superam o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, a remessa necessária estaria dispensada com amparo na norma do artigo 496, § 3º CPC de 2015.

Nesse sentido, eis a manifestação da Colenda Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3º, I DO CÓDIGO FUX. CONDENÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos.

2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a 1.000 salários-mínimos.

3. As ações previdenciárias, mesmo nas hipóteses em que reconhecido o direito do Segurado à percepção de benefício no valor do teto máximo previdenciário, não alcançarão valor superior a 1.000 salários mínimos.

4. Assim, não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e, invariavelmente, não alcançará valor superior a 1.000 salários mínimos.

5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1844937/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019)

Assim, embora a sentença tenha sido submetida ao reexame necessário, segundo entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, aquela Colenda Corte procedeu ao *overriding*, superando, para as causas de natureza previdenciária, o entendimento do precedente cristalizado que fora invocado.

Da jurisprudência deste E. Tribunal

Sobre o tema, destaco os seguintes julgados desta E. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIDO.

- Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual se impõe o afastamento do reexame necessário.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, RemNec-Civ - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 6078868-74.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 02/04/2020, Intimação via sistema DATA: 03/04/2020)

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

I - O § 3º do art. 496 do CPC, de 2015, dispõe não ser aplicável a remessa necessária "quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público".

II - Em razão da similitude do caso, merece referência o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg. no REsp. nº 637.676, no qual foi determinada a incidência imediata da lei processual aos feitos pendentes de julgamento por ocasião do advento da Lei nº 10.352/01, que dispensou a remessa necessária às condenações não excedentes ao valor nela mencionado.

III - In casu, observa-se que o valor da condenação não excede a 1.000 (mil) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

IV - Agravo improvido.

Na hipótese dos autos, evidencia-se que embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não excederá esse montante, razão pela qual a remessa oficial não merece ser conhecida.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, inciso III, do CPC, **não conheço** da remessa oficial.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, remetam-se os autos ao d. Juízo de origem.

Intímam-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5878092-58.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: A. D. D. A.
REPRESENTANTE: MARIA JOSE DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: GERSON CLEITON CASTILHO DA SILVA - SP390213-N,
Advogado do(a) REPRESENTANTE: GERSON CLEITON CASTILHO DA SILVA - SP390213-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo interno interposto pela parte autora em face do acórdão que deu provimento à apelação do réu, em ação objetivando a concessão do benefício assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

Em razões recursais, sustenta a parte autora o acerto da pretensão inicial.

Decido.

O art. 1021 do novo Código de Processo Civil estabelece que *contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.*

Extraí-se do referido dispositivo que o recurso de agravo somente é previsto contra decisão singular de Relator.

Na hipótese dos autos, o agravo foi interposto contra acórdão da 9ª turma desta e. Corte, ou seja, contra decisão colegiada, razão pela qual se revela manifestamente incabível.

Nesse sentido, a jurisprudência:

"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DA SEÇÃO DO STJ - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - ART. 258, RISTJ - NÃO-CONHECIMENTO.

1. É cabível agravo regimental das decisões proferidas pelo Presidente da Corte Especial, de Seção, de Turmas ou de Relator, conforme o disposto no art. 557, § 1º do Código de Processo Civil, e no art. 258 do Regimento Interno do STJ. Não se incluem neste regime as decisões provenientes de julgamento por órgão colegiado.

2. Dessa forma, de acórdão proferido pela Seção, não cabe agravo regimental, uma vez que esta via somente tem pertinência para atacar decisão monocrática (singular) de Relator, de Presidente de Turma, de Seção ou da Corte Especial.

Agravo regimental não-conhecido."

(STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, v.u., proc. nº 2007.03.085974, DJE 20.10.08)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE TURMA DO STJ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 258 DO RISTJ. ERRO GROSSEIRO E INESCUSÁVEL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL.

1. Nos termos do art. 258 do RISTJ, não cabe agravo regimental contra acórdão proferido por Turma, sendo o referido recurso cabível apenas em face de pronunciamento monocrático de relator ou de presidente de qualquer dos órgãos (colegiados) julgadores desta Corte.

2. Por se tratar de erro grosseiro e inescusável, inaplicável o princípio da fungibilidade recursal.

3. Agravo regimental não conhecido."

(STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Cambell Marques, v.u., proc. nº 2005.00.814163, DJE 06.10.08)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PROLATADO EM SEDE DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

-A interposição do recurso de agravo interno, a teor do que dispõe o art. 241 do Regimento Interno deste Tribunal, somente é cabível das decisões monocráticas, proferidas pelo Presidente do Tribunal, do Órgão Especial, de Seção, de Turma, ou de Relator, que, dentro de 5 (cinco) dias, apresentará o feito em mesa, para que o Plenário, o Órgão Especial, a Seção ou a Turma sobre ele se pronuncie, confirmando ou reformando a decisão impugnada.

- In casu, cuidando-se de decisão colegiada, proferida em sede de julgamento de apelação, é incabível a interposição de recurso de agravo interno, por se substanciar em erro grosseiro, não havendo falar em aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

-Recurso não conhecido."

(TRF - 2ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. Fed. Renato Cesar Pessanha de Souza, v.u., proc. nº 2004.51.01.011550-2, DJU 03.11.2008, p. 137)

"PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. APECIAÇÃO COLEGIADA DE RECURSO. AGRAVO REGIMENTAL. NÃO-CONHECIMENTO.

-Agravo legal visando à reforma de acórdão, que negou provimento ao agravo interno da autarquia previdenciária.

-A decisão que possibilita o aviamento de agravo regimental, legal ou interno, é aquela proferida, monocraticamente, pelo Relator do feito, nas hipóteses previstas.

-Sendo, manifestamente, inadmissível o presente recurso, impõe-se a aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 557, § 2º, do CPC.

-Agravo legal não-conhecido."

Ante o exposto, **não conheço do agravo interno.**

Decorrido o prazo recursal, baixemos autos à Vara de Origem

Intimem-se. Publique-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5015055-80.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN
Advogado do(a) AGRAVANTE: EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN - RJ189680-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por EMANUELLE SILVEIRA DOS SANTOS BOSCARDIN, em face de decisão proferida em execução de sentença, que indeferiu a cessão de crédito da sociedade Rucker Advogado em favor de Silveira e Santos Advogados, conforme requerido.

Foi determinado o recolhimento de custas processuais, nos termos do §4º do art. 1.007 do CPC, por não ser a causídica beneficiária da justiça gratuita (id 135331512).

Contudo, peticiona a parte agravante, em que requer a desistência do agravo de instrumento, tendo em vista a perda do objeto.

Decido.

A rigor, a parte autora apresenta desistência deste recurso, ante a ocorrência de perda de objeto.

Nos termos do que preceitua o artigo 998 do CPC: "*O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.*"

Ante o exposto, **homologo a desistência** do presente agravo de instrumento.

Int.

Após, baixemos autos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5271383-22.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: MIGUEL PINZE
Advogados do(a) APELANTE: ELEN FRAGOSO PACCA - SP294230-N, JULIO CESAR RODRIGUES JAUN - SP261668-N, NILMA ELENA TRIGO FRAGOSO - SP199681-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de apelação interposta em ação ajuizada em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando a concessão de aposentadoria por idade na qualidade de segurado especial.

A r. sentença julgou improcedente o pleito, condenando a parte autora nos ônus da sucumbência.

Em razões recursais, pugna a autora pela reforma do *decisum*.

Devidamente processado o recurso, subiram os autos a esta instância para decisão.

É o sucinto relato.

Vistos, na forma do art. 932 do CPC.

A Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, XXXV, insculpe o princípio da universalidade da jurisdição, ao assegurar ao jurisdicionado a faculdade de postular em Juízo sem percorrer, previamente, a instância administrativa.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, após reiteradas decisões sobre o tema, editou a Súmula nº 213, com o seguinte teor:

"O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária."

Trilhando a mesma senda, esta Corte trouxe a lume a Súmula nº 09, que ora transcrevo:

"Em matéria previdenciária, torna-se desnecessário o prévio exaurimento da via administrativa, como condição de ajuizamento da ação."

Nota-se que a expressão **exaurimento** consubstancia-se no **esgotamento** de recursos por parte do segurado junto à Administração, o que significa que, ao postular a concessão ou revisão de seu benefício, o requerente não precisa se utilizar de todos os meios existentes na seara administrativa antes de recorrer ao Poder Judiciário. Porém, na ausência, sequer, de pedido administrativo, não resta afeição a lide, vale dizer, inexistente pretensão resistida que justifique a tutela jurisdicional e, por consequência, o interesse de agir.

É bem verdade que, nos casos de requerimento de benefício previdenciário, a prática tem demonstrado que a Autarquia Previdenciária, por meio de seus agentes, por vezes, ao se negar a protocolizar os pedidos, sob o fundamento de ausência de direito ou de insuficiência de documentos, fere o direito de petição aos órgãos públicos (art. 5º, XXXIV, "a", CF e art. 105 da Lei 8.213/91). Mas, não é menos verdade que muitas vezes os pedidos são rapidamente analisados, cumprindo o INSS como seu dever institucional.

Por isso, correto determinar a comprovação do prévio requerimento na via administrativa, pois incumbe ao INSS analisar, *prima facie*, os pleitos de natureza previdenciária, e não ao Poder Judiciário, o qual deve agir quando a pretensão do segurado for resistida ou na ausência de decisão por parte da Autarquia, legitimando o interessado ao exercício da *actio*.

Aceitar que o Juiz, investido na função estatal de dirimir conflitos, substitua o INSS em seu âmbito administrativo, significa permitir seja violado o princípio constitucional da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da *Lex Major*; pois, embora os mesmos sejam harmônicos, são, igualmente, independentes, devendo cada qual zelar por sua função típica que o ordenamento constitucional lhes outorgou.

Tanto isso é verdade, que o próprio legislador, quando da edição da Lei nº 8.213/91, concedeu à autoridade administrativa, em seu art. 41, § 6º, o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para efetuar o pagamento da primeira renda mensal do benefício, após a apresentação da documentação necessária por parte do segurado. Na ausência de apreciação por parte da Autarquia ou se o pleito for indeferido, aí sim, surgirá o interesse de agir, condição necessária à propositura de ação judicial.

Entender de maneira diversa equivale, a um só tempo, em contribuir para a morosidade do Poder Judiciário, devido ao acúmulo de um sem-número de ações e prejudicar a vida do segurado que, tendo direito ao benefício, aguardará por anos a fio o deslinde final de sua causa, onerando, inclusive, os cofres do INSS como pagamento de prestações atrasadas e respectivas verbas acessórias decorrentes de condenação judicial.

Por fim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento de Recurso Extraordinário, sob regime de Repercussão Geral, pronunciou-se quanto à matéria, inclusive modulando os efeitos da decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

(R.E. 631.240/MG - Relator: Min. Luis Roberto Barroso - Data do Julgamento: 03/09/2014 - Data da Publicação: 10/11/2014).

No caso dos autos, a parte autora pretende se valer de requerimento administrativo que resultou em concessão do benefício assistencial, argumentando que, naquela circunstância, a ré poderia proceder ao deferimento do benefício de aposentadoria por idade (id 134642176, página 13).

No entanto, não assiste razão à requerente.

Tendo em vista que a presente ação fora ajuizada após setembro de 2014, imprescindível que fosse coligido aos autos comprovante de indeferimento do benefício de aposentadoria por idade, o que não ocorreu.

Dessa forma, seguindo o entendimento acima exposto, de rigor a extinção do processo, sem resolução do mérito, ante a ausência de interesse de agir.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% do valor da causa, suspensa sua exigibilidade, por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos dos §§2º e 3º do art. 98 do CPC.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, do Código de Processo Civil, **julgo, de ofício, extinto o processo, sem resolução do mérito, restando prejudicada a apelação.**

Após as formalidades legais, transitada em julgado a presente decisão, baixemos os autos à origem.

Intime-se.

São Paulo, 5 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027736-19.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: CESAR LOURENCO
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por CESAR LOURENÇO, em 24/10/2019, contra decisão que, nos autos do processo n.º 5003719-28.2018.4.03.6183, indeferiu “expedição de Ofício Requisitório do valor incontroverso” (ID 23038701).

A Exma. Juíza Federal Convocada Vanessa Mello proferiu r. decisão, em 21/01/2020, deferindo “a antecipação da tutela recursal, nos termos do art. 1019, inciso I, no Novo Código de Processo /civil para determinar que o Magistrado dê seguimento aos atos necessários à expedição de ofício requisitório referente aos valores incontroversos” (ID 27700734).

Decorrido, em 13/03/2020, o prazo para manifestação do INSS.

Ocorre que, em 05/03/2020, a MM. Juíza a quo encaminhou cópia de decisão proferida em 17/02/2020, *in verbis* (ID 126196996):

“Vistos em Inspeção.

Primeiramente, segundo entendimento deste Juízo, não obstante a decisão de ID 27700734, prejudicado o Agravo de Instrumento 5027736-19.2019.403.0000. Assim, expeça-se Ofício à C. 9ª Turma do E. Tribunal Regional Federal com cópia da presente decisão.

No mais, considerando os Atos Normativos em vigor, inexistindo manifestação em contrário pela parte exequente, serão expedidos Ofícios Requisitórios de Pequeno Valor - RPVs para os valores que não ultrapassam o limite previsto na Tabela de Verificação de Valores Limites para as Requisições de Pequeno Valor do E. Tribunal Regional da 3ª Região, bem como, Ofícios Precatórios para os valores que ultrapassam este limite, o qual será considerado na data da expedição das Requisições.

Tratando-se de valor de Precatório e pretendendo a parte exequente a renúncia ao valor excedente ao limite deverá ser apresentada nova Procuração contendo também poderes expressos para renunciar a tal limite.

Da mesma forma, não havendo informação expressa acerca da existência e do valor total de eventuais deduções a serem anotadas nos Ofícios Requisitórios, nos termos do art. 8º, incisos XVI e XVII da Resolução n.º 458/2017, implicará em ausência das referidas deduções.

Assim intime-se o exequente(s) para que, no prazo de 15 (quinze) dias, informe se o(s) benefícios do(s) mesmo(es) continua(m) ativo(s) ou não, apresentando extrato(s) de pagamento, bem como, comprove a regularidade do(s) CPF(s) do(s) exequente(s) e de seu patrono, apresentando documento em que conste a data de nascimento, tanto do(s) exequente(s) como de seu patrono(a).

No mesmo prazo, verificado no ID 5502242 – Pág. 2 o indicativo de ocorrência de prevenção, intime-se a PARTE EXEQUENTE para que providencie a devida juntada das cópias necessárias (petição inicial, sentença, acórdão e certidão de trânsito em julgado, se houver) dos autos do processo 0004701-04.2003.403.6103, para verificação de possível litispendência ou coisa julgada.

Fique ciente de que eventual falecimento do(s) exequente(s) deverá ser imediatamente comunicado a este Juízo.

Por fim, ante o advento da Resolução 458/2017 do CJF, que determina a inserção de dados referentes a rendimentos recebidos acumuladamente (RRA) nos Ofícios Requisitórios a serem expedidos a partir de então e considerando os Atos Normativos em vigor; providencie a Secretaria o cálculo necessário, informando o número de meses, de acordo com o art. 8º, incisos XVI e XVII da referida Resolução.

Intime-se e Cumpra-se.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2020.”

Conforme se verifica dos autos originários, a decisão *supra* decorre do fato de que o INSS, em petição de 09/01/2020, concordou “com os cálculos apresentados pela parte autora no valor total de R\$ 103.435,10, atualizado para a competência 09/2019” (ID 26671115), nos termos do parecer de 23/12/2019 (ID 26671118), *in verbis*:

PARECER n. 02423/2019/ESCAPPREV/PRF3R/PGF/AGU

NUP: 00409.294707/2018-11 (REF. 5003719-28.2018.4.03.6183)

INTERESSADOS: CESAR LOURENCO E OUTROS

ASSUNTOS: ALTERAÇÃO DO TETO MÁXIMO PARA O VALOR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DO RGPS (EC 20 E 41)

1. Atualizamos cálculos desta contadoria seq 56 do sapiens, para 09/2019, em comparação aos cálculos do autor, seq 107 do sapiens, conforme memorando seq 130 do sapiens;

2. Os cálculos do autor, atualizados para 09/2019, no valor de \$ 103.435,10, com honorários adv., estão compatíveis com os nossos; 4. Ao Sr Procurador em retorno. São Paulo, 23 de dezembro de 2019.

ROSILENE VELOSO DE PAULA CONTADOR”.

Verifica-se, ainda, que a parte autora anuiu com a manifestação do INSS, conforme petição de ID 22533981 e que o feito encontra-se em fase de confecção de ofício requisitório para pagamento do precatório.

Ante o exposto, **julgo prejudicado** o agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intimem-se.

Após, archive-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006636-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão que julgou improcedente a impugnação à execução, considerando devidos os valores a título de auxílio-doença, durante período em que a parte autora exerceu atividade laboral (ID 127680578 – pp. 36/37).

Relata, o agravante, que foi condenado ao pagamento de aposentadoria por invalidez ao agravado, sendo que a conta de liquidação apresentada configura excesso de execução, porquanto “recebeu remuneração como empregado, em período entre a DIB e DIP, bem como recebeu seguro-desemprego.”

O Juízo a quo, entretanto, “julgou improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença, entendendo pela impossibilidade de desconto da remuneração mensal cumulada pela agravada com o benefício de aposentadoria por invalidez, e seguro desemprego.”

Sustenta que “os benefícios por incapacidade não são complementares a renda e sim substituição da renda quando o segurado não pode exercer atividade laborativa”.

Diz que o agravado “manteve vínculo empregatício com a empresa FRANCISCO FREIRE FAZ PENA ROJA de 01.03.2011 a 07/07/2013”. Portanto, “considerando que o benefício concedido nos autos teve DIB fixada em 11/07/2012, resta evidente que a parte agravada deveria ter descontado as remunerações percebidas dos valores a serem pagos à título de atrasados, sob pena de pretender receber em dobro o que lhe é devido”.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao final, seu provimento para que sejam aceitos os cálculos apresentados pelo ora agravante.

É o necessário.

Decido.

Nos termos do artigo 932 do CPC, estão presentes os requisitos para o julgamento por decisão monocrática.

No caso, a controvérsia cinge-se à possibilidade de desconto, em fase de liquidação do julgado, das parcelas de benefício por incapacidade, devidas à parte autora, durante período em que exercia atividade laboral.

A sentença condenou o INSS ao restabelecimento de auxílio-doença, desde a cessação, ocorrida “em 13/07/2012, devendo ser convertido em APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, consistente em 100% do salário-de-benefício do autor, conforme art. 29, inciso II, c/c o art. 44 da Lei 8.213/91, desde a data do termo de juntada do laudo pericial (em 12/01/2015)”, nada dispondo a respeito da necessidade de devolução de eventuais valores relativos a período em que exercia atividade laboral concomitantemente (ID 127680575 – pp. 52/57).

Da mesma forma, o acórdão transitado em julgado em 28/11/2017 (ID 127680576 – p. 16) não abordou tal questão (ID 127680575 – pp. 90/94).

Quanto às parcelas devidas a título de benefício por incapacidade durante o período em que a parte autora exerceu atividade laboral, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 26/04/2020, negou provimento aos **Recursos Especiais interpostos pelo INSS (n.ºs 1.786.590 e 1.788.700), objetos do Tema 1013**, firmando a seguinte tese: “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.” (grifei), cuja decisão encontra-se publicada no DJe de 01/07/2020. Por oportuno, confira-se a ementa do julgado mencionado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. TEMA REPETITIVO 1.013/STJ. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA. DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO SEGURADO. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA DO SEGURADO. FUNÇÃO SUBSTITUTIVA DA RENDA NÃO CONSUBSTANCIADA. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO CONJUNTO DA RENDA DO TRABALHO E DAS PARCELAS RETROATIVAS DO BENEFÍCIO ATÉ A EFETIVA IMPLANTAÇÃO. TESE REPETITIVA FIXADA. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. O tema repetitivo ora controvertido consiste em definir a "possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício." 2. Os fatos constatados no presente Recurso Especial consistem cronologicamente em: a) o segurado teve indeferido benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) na via administrativa; b) para prover seu sustento, trabalhou após o indeferimento e entrou com ação judicial para a concessão de benefício por incapacidade; c) a ação foi julgada procedente para conceder o benefício desde o requerimento administrativo, o que acabou por abranger o período de tempo em que o segurado trabalhou; e d) o debate, travado ainda na fase ordinária, consiste no entendimento do INSS de que o benefício por incapacidade concedido judicialmente não pode ser pago no período em que o segurado estava trabalhando, ante seu caráter substitutivo da renda e à luz dos arts. 42, 46 e 59 da Lei 8.213/1991.
3. A presente controvérsia e, consequentemente, a tese repetitiva que for fixada não abrangem as seguintes hipóteses: 3.1. O segurado está recebendo regularmente benefício por incapacidade e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade, em que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento que justifique a cumulação, e a função substitutiva da renda do segurado é implementada de forma eficaz.
- Outro aspecto que pode ser analisado sob perspectiva diferente é o relativo à boa-fé do segurado. Há jurisprudência das duas Turmas da Primeira Seção que analisa essa hipótese, tendo preponderado a compreensão de que há incompatibilidade no recebimento conjunto das verbas. A exemplo: AgInt no REsp 1.597.369/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 13.4.2018; REsp 1.454.163/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; e REsp 1.554.318/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2.9.2016.
- 3.2. O INSS alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) somente na fase de cumprimento da sentença, pois há elementos de natureza processual prejudiciais à presente tese a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 20.8.2012).
- RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA 4.** Alguns benefícios previdenciários possuem a função substitutiva da renda auferida pelo segurado em decorrência do seu trabalho, como mencionado nos arts. 2º, VI, e 33 da Lei 8.213/1991. Em algumas hipóteses, a substitutividade é abrangida, como no caso de ser possível a volta ao trabalho após a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991). Em outras, a substitutividade resulta na incompatibilidade entre as duas situações (benefício e atividade remunerada), como ocorre com os benefícios auxílio-doença por incapacidade e aposentadoria por invalidez.
5. Desses casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é pressuposto que a incapacidade total para o trabalho seja temporária ou definitiva, respectivamente.
6. Como consequência, o Regime Geral de Previdência Social arca com os citados benefícios por incapacidade para consubstanciar a função substitutiva da renda, de forma que o segurado que não pode trabalhar proveja seu sustento.
7. A cobertura previdenciária, suportada pelo regime contributivo solidário, é o provimento do sustento do segurado enquanto estiver incapaz para o trabalho.
8. É decorrência lógica da natureza dos benefícios por incapacidade, substitutivos da renda, que a volta ao trabalho seja, em regra, causa automática de cessação desses benefícios, como se infere do requisito da incapacidade total previsto nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/1991, com ressalva ao auxílio-doença.
9. No caso de aposentadoria por invalidez, o art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) estabelece como requisito a incapacidade "para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência", e, assim, a volta a qualquer atividade resulta no automático cancelamento do benefício (art. 46).
10. Já o auxílio-doença estabelece como requisito (art. 59) que o segurado esteja "incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual". Desse modo, a função substitutiva do auxílio-doença é restrita às duas hipóteses, fora das quais o segurado poderá trabalhar em atividade não limitada por sua incapacidade.
11. Alinhada a essa compreensão, já implícita desde a redação original da Lei 8.213/1991, a Lei 13.135/2015 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 60 daquela, com a seguinte redação (grifos acrescentados): "§ 6º O segurado que durante o gozo do auxílio-doença vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência poderá ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade. § 7º Na hipótese do § 6º, caso o segurado, durante o gozo do auxílio-doença, venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas." 12. Apresentado esse panorama legal sobre o tema, importa estabelecer o ponto diferencial entre a hipótese fática dos autos e aquela tratada na lei: aqui o segurado requereu o benefício, que lhe foi indeferido, e acabou trabalhando enquanto não obteve seu direito na via judicial; já a lei trata da situação em que o benefício é concedido, e o segurado volta a trabalhar.
13. A presente controvérsia cuida de caso, portanto, em que falhou a função substitutiva da renda, base da cobertura previdenciária dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.
14. O provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferiu incorretamente o benefício, sendo inexistente do segurado que aguarde a efetivação da tutela jurisdicional sem que busque, pelo trabalho, o suprimento da sua subsistência.
- 15. Por culpa do INSS, resultado do equivocado indeferimento do benefício, o segurado teve de trabalhar, incapacitado, para o provimento de suas necessidades básicas, o que doutrinária e jurisprudencialmente convencionou-se chamar de sobre-esforço. Assim, a remuneração por esse trabalho tem resultado inafastável da justa contraprestação pecuniária.**
16. Na hipótese, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua - indeferimento equivocado do benefício por incapacidade -, o segurado foi privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária, inerente aos mencionados benefícios.
- 17. Como tempo do elemento volitivo do segurado, constata-se objetivamente que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, está ele atuando de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito.**
18. Assim, enquanto a função substitutiva da renda do trabalho não for materializada pelo efetivo pagamento do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, é legítimo que o segurado exerça atividade remunerada para sua subsistência, independentemente do exame da compatibilidade dessa atividade com a incapacidade laboral.
19. No mesmo sentido do entendimento aqui defendido: AgInt no AREsp 1.415.347/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Je de 28.10.2019; REsp 1.745.633/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18.3.2019; AgInt no REsp 1.669.033/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 30.8.2018; REsp 1.573.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 13.11.2017; AgInt no AgInt no AREsp 1.170.040/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10.10.2018; AgInt no REsp 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.8.2018; AgInt no AREsp 1.393.909/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 6.6.2019; e REsp 1.724.369/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25.5.2018. **FIXAÇÃO DA TESE REPETITIVA 20.** O Tema Repetitivo 1.013/STJ é assim resolvido: "No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente." **RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 21.** Ao Recurso Especial deve-se negar provimento, pois o Tribunal de origem julgou o presente caso no mesmo sentido do entendimento aqui proposto (fl. 142-143/e-STJ): "A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstando a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade." 22. Consubstanciado o que previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, o recorrente é condenado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.
- CONCLUSÃO 23.** Recurso Especial não provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015. (REsp 1786590/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2020, DJe 01/07/2020)

Assim sendo, não havendo delimitação expressa no título executivo que transitou em julgado acerca da impossibilidade de recebimento conjunto do benefício de incapacidade com eventual renda de trabalho exercido pelo segurado, deve ser aplicada integralmente a decisão paradigmática.

Posto isso, em observância ao princípio da fidelidade ao título, **nego provimento ao agravo de instrumento**, nos termos do art. 932, inciso IV, letra "b", do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012264-41.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: DANILO PAZZETO DE BARROS
Advogado do(a) AGRAVANTE: EDNEI MARCOS ROCHA DE MORAIS - SP149014-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por DANILO PAZZETO DE BARROS contra decisão que, em ação objetivando o restabelecimento de auxílio-doença e a concessão de aposentadoria por invalidez, indeferiu pedido de encaminhamento de documentos a perito que foi destituído, declarando preclusa a prova pericial (ID 132446431 – p. 65).

Relata, o agravante, que se submeteu à perícia realizada pelo médico Augusto Cesar Benedeti, o qual solicitou documentos neurológicos para a conclusão do laudo pericial. No entanto, o Juízo a quo indeferiu o pedido de encaminhamento, ao *expert*, dos documentos solicitados, sob o fundamento de que "foi considerada a renúncia do perito previamente designado", e declarou preclusa a oportunidade de realização de prova pericial.

Requer o provimento do agravo a fim de que seja determinada a remessa dos documentos solicitados ao referido perito, "para a conclusão do laudo pericial".

É o relatório.

Inicialmente, destaco que o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que "verificada a intempestividade do recurso, deve ser não conhecido, independente de intimação da parte para se manifestar a respeito, inexistindo afronta ao art. 10 do CPC/15" (AgInt no AREsp 1124598/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017).

O autor ajuizou ação objetivando o restabelecimento de auxílio-doença e a concessão de aposentadoria por invalidez (ID 132446431 – pp. 1/5).

O Juízo a quo nomeou o perito médico AUGUSTO CÉSAR BENEDETI (ID 132446431 – p. 17). A perícia ficou agendada para o dia 10/09/2019 (ID 132446431 – p. 22).

Diante da informação da serventia, de que não houve tempo hábil para intimação a respeito da perícia designada, o Juízo a quo determinou a intimação do perito para designação de nova data (ID 132446431 – pp. 23/24). Porém, este informou que o autor compareceu à perícia médica, conforme manifestação *in verbis* (ID 132446431 – p. 25):

"Venho, através do presente, informar a Vossa Excelência que autor acima compareceu a perícia médica do dia 10/09/2019 independente de intimação, solicita ainda seja que o mesmo seja submetido à avaliação neurológica, uma vez que desde 10/2018 não mais conseguiu consulta médica e voltou a ter crises em 2019, necessito de laudo médico do neurologista para conclusão do laudo médico pericial. Na oportunidade, reitero meus protestos de elevada estima e consideração. Dr. Augusto César Benedeti Médico Perito Judicial".

O juízo a quo decidiu (ID 132446431 – pp. 28-31):

"Vistos.

A considerar que o perito outrora nomeado declarou não ter condições de realizar a perícia (f.25), o que equivale à renúncia, posto que o perito tem de ter condições de fazer a perícia integralmente, e não exigir da parte laudos de outros médicos, acolho a renúncia. Assim, nomeio, em substituição o DR. LUCIANO RIBEIRO ARABE ABDANUR. A perícia será realizada no dia 11 de janeiro 2020, às 14h, no Fórum local, situado na Travessa Cleiton Zanini, s/n, Jardim Canadá, São Joaquim da Barra/SP Intimem-se as partes da perícia designada, consignando que a autora deverá: a) Comparecer ao exame munido de documento de identidade; b) Apresentar ao perito atestados médicos, laudos de exames laboratoriais e outros documentos complementares que possam servir de subsídios à perícia, lembrando-se de que, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC, cabe-lhe demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, entre eles, a existência da doença alegada na inicial e o início de sua incapacidade; c) A sua ausência injustificada implicará na presunção de desistência da prova pericial deferida.

(...)". (g.n.)

A decisão supra foi disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 17/10/2019, considerando-se publicada no dia 18/10/2019 (ID 132446431 – p.33).

Nada obstante, o autor não recorreu, apenas peticionando ao Juízo a quo para que informasse qual a especialidade do novo perito designado e pugrando para que a perícia fosse realizada por neurologista (p. 34).

Em decisão disponibilizada no DJe em 19/11/2019, o Juízo a quo indeferiu o pedido ao fundamento de que "o perito nomeado pelo Juízo é credenciado perante várias varas federais e estaduais, tratando-se de profissional respeitado e capaz" e acrescentou que "a realização de perícia médica não exige especialidade médica, bastando a regular inscrição nos quadros do Conselho Profissional de Medicina" (ID 132446431 – pp. 35/37).

O autor argumentou que a perícia médica já foi realizada, interpellando o magistrado "quanto a necessidade da realização de perícia de fls. 28, ou se será mantida a anteriormente realizada" (ID 132446431 – pp.38-39), sendo que em despacho disponibilizado no DJe em 22/01/2020, o juízo a quo manteve a decisão anterior (ID 132446431 – pp. 40 e 42).

Outrossim, verifica-se que a parte agravante, no decorrer do processo originário, permaneceu insistindo para que o Juízo a quo encaminhasse documentos ao perito destituído (ID 132446431 – pp. 43/46, 52/53 e 55/58), sendo que o perito médico Luciano Ribeiro Arabe Abdanur, por sua vez, informou que a parte autora não compareceu à perícia agendada para 11/01/2020 (ID 132446431 – p. 54).

Intimada a se manifestar, a parte autora alegou haver comparecido à perícia realizada pelo perito Augusto Cesar Benedeti e juntado os documentos solicitados (ID 132446431 – p. 64).

Adveio, por fim, a decisão ora agravada (ID 132446431 – p. 65):

"O pedido de f.64 não merece prosperar, haja vista que, conforme decisão de f. 28/31, foi considerada a renúncia do perito previamente designado, e, na mesma oportunidade, designado novo perito, não cabendo nova nomeação do antigo perito, decisão que foi mantida às f.35/36, 40 e 48/49. Assim, destituição do antigo perito está preclusa e não comporta rediscussão. Dessa forma, a considerar que a autora, devidamente intimada, não compareceu ao ato (f. 54), nem justificou sua ausência, declaro preclusa a prova pericial. Nesse sentido:

EMENTA: Acidente do Trabalho Auxílio-acidente Inadmissível a concessão de benefício acidentário ao requerente que não compareceu à perícia médica O não comparecimento do interessado à perícia médica implica na preclusão temporal da prova, face ao desinteresse na sua realização Improcedência da ação. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR. (TJSP; Apelação 4011309-06.2013.8.26.0224; Relator (a): Afonso Faro Jr.; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarulhos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/09/2017; Data de Registro: 20/09/2017).

CITE-SE o INSS para, querendo, apresentar resposta no prazo legal.

Com a contestação ou decurso do prazo, INTIME-SE o autor para, querendo, impugnar.

Após, conclusos para sentença.

De fato, com razão o Juízo a quo ao consignar que "destituição do antigo perito está preclusa e não comporta rediscussão", mesmo porque o autor de tal decisão não recorreu.

Também quanto à preclusão da prova pericial, não merece reforma a decisão agravada, tendo em vista que, na mesma decisão em que destituído o perito Augusto César Benedeti, foi agendada nova perícia, para 11/01/2020, com o médico Luciano Ribeiro Arabe Abdanur, questão também não recorrida.

No caso, considerada a renúncia do perito inicialmente nomeado e designada nova perícia com outro médico, cabia ao agravante recorrer de parte ou de toda a decisão, em vez de apresentar vários pedidos de reconsideração, que não interrompem nem suspendem o prazo recursal.

Acrescente-se que, a respeito da perícia agendada para janeiro/2020, o magistrado alertou a parte autora de que sua ausência injustificada implicaria "na presunção de desistência da prova pericial ora deferida" (ID 132446431 – p. 28).

Desse modo, conta-se o prazo, para interposição de eventual recurso, da decisão disponibilizada no DJe em 17/10/2019 e publicada no dia 18/10/2019 (ID 132446431 - p.33), não da decisão proferida em 30/03/2020 (ID 132446431 – p. 65), sendo manifestamente improcedente e intempestivo o presente agravo de instrumento.

A propósito, o julgado *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. ART. 1.021, CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A decisão ora agravada foi prolatada em consonância com o permissivo legal, inclusive quanto aos pontos impugnados no presente recurso.

2. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o pedido de reconsideração, por não ter natureza recursal, não suspende e nem interrompe o prazo para interposição do recurso cabível. Precedentes.

3. A decisão ora agravada foi prolatada em razão de um pedido de reconsideração, que não tem o condão de interromper ou de suspender o prazo para interposição de recurso.

4. Neste caso, a decisão que indeferiu a produção de prova pericial requerida pelo autor foi proferida em 10/08/2018, com ciência do requerente em 15/08/2018.

5. Considerando o prazo de 15 dias úteis para interposição do agravo de instrumento, há que se reconhecer a intempestividade do presente recurso, interposto somente em 08/02/2019.

6. As razões recursais não contrapõem tais fundamentos a ponto de demonstrar o desacerto do decisor, limitando-se a reproduzir argumento visando à rediscussão da matéria nele contida.

7. Agravo interno desprovido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5002481-59.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 29/11/2019)

Antes o exposto, **não conheço** do agravo de instrumento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.

Intím-se.

Após, archive-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5003626-19.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: IVO GONCALVES DE SOUZA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCIO FRANCA DA MOTTA - SP322096-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IVO GONÇALVES DE SOUZA, em face de decisão proferida em ação de concessão de benefício social, ajuizada perante o Juízo de Direito Jacupiranga, que declinou da competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Registro.

Em suas razões de inconformismo, sustenta que a teor da Resolução/TRF3 Pres 322/19, foi mantida a competência delegada, na hipótese da parte autora estar domiciliada no Município de Barra do Turvo/SP, de modo que é insubsistente a decisão impugnada.

Pugna pela reforma da decisão recorrida.

Foi concedido o efeito suspensivo (ID 128041711).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

DECIDO.

A decisão que apreciou o pedido liminar formulado no agravo de instrumento foi prolatada nos seguintes termos:

...

"Inicialmente é de se esclarecer que a ação originária foi proposta em 21 de janeiro de 2020; portanto, após a vigência do art. 15 da Lei n. 5.010/1966 com redação dada pelo art. 3º da Lei n. 13.876/2019 (1º de janeiro de 2020)."

É de se atentar, que a fixação da competência se dá na propositura da ação.

Destarte, embasado nessas premissas, passo a decidir:

O atual Código de Processo Civil restringe, taxativamente, a interposição do agravo de instrumento às hipóteses previstas no seu artigo 1.015, in verbis:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Na ocasião do julgamento proferido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1704520/MT), o C. STJ entendeu que a taxatividade do art. 1.015 do CPC deve ser mitigada, quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

O caso dos autos amolda-se ao referido entendimento jurisprudencial, razão pela qual conheço do agravo de instrumento.

Conforme disposto pela atual redação do inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010/66, se a comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de município sede de Vara Federal, as causas em que o INSS for parte e digam respeito a benefícios de natureza pecuniária poderão ser ajuizadas na justiça comum estadual. Desta forma, a competência federal delegada, somente ocorrerá nas comarcas que distam mais de 70 km de cidade que possua Vara da Justiça Federal.

Em outras palavras, nos casos em que haja Vara Federal em distância de até 70 km da Comarca do segurado, não existe mais a possibilidade de ajuizamento de ações contra o INSS na Justiça Estadual, devendo o segurado demandar perante a Justiça Federal em um dos foros concorrentes do art. 109, § 2º, da CF, entre os quais está o de seu domicílio.

No intuito de dirimir quaisquer dúvidas eventualmente postas, a respeito da distância entre cidades, que conforme o ponto considerado poderiam alcançar ou não os 70 Km fixados pela lei, a Resolução PRES nº 322, de dezembro de 2019 estabelece sobre o exercício da competência da Justiça Federal Delegada nos termos das alterações promovidas pelo artigo 3º da Lei 13.876/2019 e elenca a relação de municípios passíveis da competência federal delegada, sendo as localidades que não constarem desta lista excluídas em relação ao exercício da competência Federal Delegada.

In casu, o município de Barra do Turvo, quando do ajuizamento ação, encontrava-se sujeita à jurisdição da subseção judiciária de Registro e se encontrava elencada no rol das comarcas listadas na Resolução PRES nº 322, de dezembro de 2019 que distam mais de 70 km de uma Sede de Justiça Federal.

Ainda que a Resolução/TRF3 PRES 344, de 27 de fevereiro 2020 tenha excluído referido município da competência delegada, ao menos neste juízo de cognição sumária, entendo que a posterior alteração não desloca a competência para a subseção judiciária de Registro, tendo em vista o princípio da Perpetuatio Jurisdictionis.

Assim, a princípio, exsurge a competência deste Juízo a quo para processar e julgar o feito originário.

Destarte, suspendo a eficácia da decisão agravada.

*Ante o exposto, **concedo o efeito** suspensivo e determino o imediato regular processamento do feito no Juízo de origem.”*

...

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

*Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 128041711.*

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004305-19.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: LUIZ CARLOS VIEIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: BRENO BORGES DE CAMARGO - SP231498-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelos causídicos da parte autor, em face de decisão proferida em execução sentença, que indeferiu a expedição de certidão de patrocínio nos seguintes termos:

“Chamo o feito à ordem. ID 27860934 - Indefiro o pedido de expedição de certidão, pela secretaria desta vara, em que conste o nome do(a) patrono(a) da parte exequente como sendo o atual peticionário, porquanto a relação de mandato é de natureza privada, carecendo este juízo de competência para conferir sua regularidade, autenticidade e/ou revogabilidade. Aliás, diante da normatização civil acerca do instituto do mandato, seria até mesmo temerário expedir a requerida certidão, sob pena, inclusive, de possível infração administrativa por parte da serventia. De se destacar, ainda, que eventual acordo entre a OAB e a CEF/Banco do Brasil não pode obrigar terceiros, sobretudo em se tratando do Poder Judiciário, sem a participação de seu representante legal. No mais, decorrido o prazo de 05 (cinco) dias, arquivem-se os autos, sobrestados, até o pagamento.”

Em suas razões de inconformismo, sustentam os agravantes o direito à referida certidão.

Deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal (ID 128137213).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

Decido.

A antecipação dos efeitos da tutela recursal foi deferida nos seguintes termos:

(...)

“O inciso XXXIV, b, da Constituição Federal em seu artigo 5.º, assim dispõe:

XXXIV - São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

(...)

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.”

No que tange, especificamente, à certidão de patrocínio para a finalidade de expedição de requisição de pagamento, a questão já foi objeto de apreciação por esta Corte.

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. LEVANTAMENTO, PELO PATRONO, DOS VALORES DEPOSITADOS EM NOME DO CREDOR. CERTIDÃO DE PATROCÍNIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

1 - O direito à expedição, pelo Poder Público, de certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, é expressamente assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “b” da Constituição Federal de 1988.

2 - A seu turno, especificamente em relação aos procedimentos atinentes à expedição de ofícios requisitórios, a matéria vem disciplinada pela Resolução nº 168/2011 do Conselho da Justiça Federal – CJF.

3 - A fim de conferir efetividade ao normativo citado, o mesmo CJF, em acolhimento à demanda formulada pelo Conselho Federal da OAB, expediu ofício às instituições financeiras oficiais (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) comunicando a autorização para levantamento, pelo patrono, de importância depositada em nome de seu constituinte, mediante a “utilização de procuração ad judicium, desde que nela constem poderes para dar e receber quitação, e, ainda que seja acompanhada de certidão emitida pelo cartório da vara/juízado em que tramita os autos do processo na qual ateste a habilitação do advogado para representar o titular do valor a ser liberado” (Ofício CJF-2014/02256).

4 - De rigor a expedição, pela serventia, da certidão requerida, sem prejuízo de nela se consignar outras considerações, caso necessário. Precedente.

5 - Agravo de instrumento da parte autora provido.

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005447-29.2018.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 15/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 21/03/2019)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DE PATROCÍNIO. NECESSÁRIA PARA EXPEDIÇÃO DE REQUISITÓRIO. 1. A parte agravante necessita de certidão que declare qual o procurador habilitado nos autos para viabilizar o levantamento de seu crédito, porquanto, nos termos de ofício encaminhado à Caixa Econômica Federal. 2. Agravo de instrumento provido.” (AI nº 2016.03.00.021289-6/SP, Rel. Des. Federal Nelson Porfírio, 10ª Turma, DE 07/12/2017)

“PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEVANTAMENTO DO MONTANTE DEPOSITADO EM JUÍZO. CERTIDÃO DE HABILITAÇÃO DE ADVOGADOS. PROVIDÊNCIA SALUTAR. INTERPRETAÇÃO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO PROVIDO. Sob o aspecto da processualística forense, é sabido que a lavratura da certidão de habilitação do advogado afigura-se uma cautela a mais à verificação da regularidade da representação processual por ocasião da liberação efetiva dos créditos disponibilizados por precatório e RPV. O Conselho da Justiça Federal já externou posicionamento em ofício encaminhado à Ordem dos Advogados do Brasil no sentido de, para que a procuração ad judicium seja aceita pelos bancos, dela devem constar poderes para dar e receber quitação, bem como ser acompanhada de certidão emitida pela secretaria da vara/juízado em que tramita o processo, atestando a autenticidade do documento e a habilitação do advogado para representar o titular do crédito a ser liberado. Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5000705-92.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS, julgado em 30/11/2017, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/12/2017)

Ante o exposto, **defiro** o pedido de antecipação do efeitos da tutela recursal.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

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

(...)

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 128137213.

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5211174-87.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MARIA INES BIAZIN BARBOSA DE ALMEIDA

Advogado do(a) APELADO: DIVANISA GOMES - SP75232-N

D E C I S Ã O

Este caso envolve matéria submetida ao rito dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cadastrada como Tema Repetitivo n. 1.007 (Recursos Especiais n. 1.647.221/SP e 1.788.404/PR), o qual foi julgado em 14/08/2019, fixando-se tese sobre a questão (acórdão publicado em 4/9/2019).

Entretanto, a Vice-Presidência da Corte Superior, em 18/6/2020, ao admitir, nos autos do REsp n. 1.647.221/SP, recurso extraordinário como representativo da controvérsia (DJe de 25/6/2020), determinou “a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais”.

Em razão disso, **suspendo** este processo, até ulterior deliberação.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010075-90.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: MARIA CRISTINA BUSQUIERO

Advogado do(a) AGRAVANTE: CLAUDIO JORGE DE OLIVEIRA - SP247618-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA CRISTINA BUSQUIERO contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ibitinga/SP que, nos autos do processo nº 1000664-87.2020.8.26.0236, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP.

Pretende a recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que “a distância em quilômetros da sede da Comarca onde é domiciliado o jurisdicionado (Rua Benedito de Lima Pezza nº 150, Jardim Planalto II, Tabatinga - SP) até a sede da Justiça Federal que receberá doravante os efeitos (Av. Padre Francisco Salles Culturato, 658 - Vila Nice, Araraquara - SP, 14801-209), equivale a 73,80Km rodados.”

É a síntese do necessário.

Decido.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão da Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, "a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão." (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatória de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 131043577 - Pág. 44):

"A competência federal delegada foi alterada pela Lei Federal nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que, por seu art. 3º, limitou o exercício da referida competência às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios sede de Vara Federal, sendo que, ainda por seu art. 5º, estabeleceu a entrada em vigor de tal regra a partir de 1º de janeiro de 2020.

A Resolução nº 603/2019 do Conselho da Justiça Federal, de 12 de novembro de 2019, por meio de seu art. 2º, estabeleceu que "O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca", e determinou, por meio de seu art. 3º, que "(...) os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada".

Foi então que, dando estrito cumprimento ao quanto determinado, o E. TRF da 3ª Região editou a Resolução PRES nº 322, de 12 de dezembro de 2019, alterada pela Resolução PRES nº 334, de 27 de fevereiro de 2020, dispondo em seu art. 2º que "As comarcas que permanecem com competência federal delegada estão elencadas nos Anexos I (São Paulo) e II (Mato Grosso do Sul) desta Resolução", encontrando-se no Anexo I (já na redação conferida pela Resolução PRES nº 334/20), relativamente à Sede da Subseção Araraquara, o município de Borborema como aquele que permanece com a competência federal delegada, não se encontrando em tal rol a presente comarca.

Amparado pela legislação acima citada, declino a competência deste juízo para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP, sede desta comarca.

Redistribua-se.

Ao distribuidor para regularização.

Intimem-se.

Ibitinga, 20 de março de 2020."

Em análise inicial dos autos, adequada a esta fase de cognição sumária, não verifico elementos suficientes para conceder o efeito suspensivo pleiteado, na forma estabelecida no art. 300 do CPC.

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da CR competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e segurado na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66, de 30/05/1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação originária, "os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária."

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

"Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo." (NR)

Com intuito de dar estrito cumprimento aos preceitos contidos no **inciso II e no § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966**, acima transcritos, o E. Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF nº 603, de 12/11/2019, que dispõe em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do caput deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto pelo parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou em outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Registre-se, ademais, que o artigo 96, inciso I, letra "a", da Constituição da República (CR), dispõe que compete privativamente aos tribunais dispor sobre "**a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**".

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: (AINTCC - Agravo Interno no Conflito de Competência - 148008 2016.02.04712-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2019; ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 20576 2005.01.43088-5, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2009)

Assim, exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra "a", da CR, a Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constamos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pelo agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Ibitinga/SP, em 19/03/2020 (ID 131043577 - Págs. 01/10), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Ibitinga encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Araraquara/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/foruns-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Araraquara, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020.

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009662-77.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: MARIA REGINA KENAN
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUIZ ARTHUR PACHECO - SP206462-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MARIA REGINA KENAN contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Jaboticabal/SP que, nos autos do processo nº 1001354-48.2020.8.26.0291, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Ribeirão Preto/SP.

Pretende o recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que *“dentre os pedidos contidos na exordial, foi explicitada a existência de decisão de instância superior viabilizando a utilização da competência delegada, mesmo assim, o Juiz de Direito decidiu indeferir o seguimento do feito perante a Justiça Estadual, determinando a redistribuição perante Justiça Federal, ciente, portanto, da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 170.051 - RS”*.

Pleiteia a concessão da tutela antecipada.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista que tal pedido não chegou a ser apreciado pelo Juízo *a quo*.

É a síntese do necessário.

Decido.

Primeiramente, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita apenas para o processamento deste agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão da Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, *“a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.”* (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatória de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 130792114 - Págs. 86/18):

“Cuida-se de ação de concessão de auxílio doença previdenciário com pedido de tutela de urgência ajuizada em 23/04/2020 por Maria Regina Kenan contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS.

No presente caso, a Justiça Estadual é absolutamente incompetente para o julgamento da causa, consoante o disposto no art. 109, I, da Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

O feito em questão não trata de demanda acidentária e, portanto, não se aplica a exceção constante do inciso I do art. 109.

Por outro lado, também não é o caso de competência delegada, prevista no § 3º do mesmo dispositivo da CF/1988, diante do disposto no art. 15, inciso III, da Lei n.º 5.010/66, com a redação dada pela Lei n.º 13.876/2019, em vigor desde 1º de janeiro de 2020, que limitou o exercício da competência delegada às comarcas de domicílio do segurado situadas a mais de 70 km de municípios sedes de vara federal:

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;”

Em observância ao referido dispositivo legal, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução n. 603/2019, dispondo sobre o exercício da competência da Justiça Federal delegada, conforme artigos que seguem:

“Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.”

“Art. 4º. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil.”

“Art. 5º. Havendo declínio de competência de ações propostas em comarcas que não possuam competência delegada a partir de 1º de janeiro de 2020, a remessa para a vara federal competente deverá ser promovida eletronicamente, nos termos em que definido pelo Tribunal Regional Federal respectivo.”

A Resolução n. 603/2019 do Conselho da Justiça Federal, acima mencionada, também previu em seu art. 3º:

“Art. 3º. Observadas as regras estabelecidas pela Lei n. 13.876, de 20 de setembro de 2019, bem como por esta Resolução, os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada.”

Assim, em 12 de dezembro de 2019, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou a Resolução PRES nº 322/2019, prevendo, em seu art. 2º, as comarcas que permanecem com competência federal delegada:

“Art. 2º. As comarcas que permanecem com competência federal delegada estão elencadas nos Anexos I (São Paulo) e II (Mato Grosso do Sul) desta Resolução.”

Dentre as comarcas mencionadas no anexo I da Resolução 322/2019, alterado pela Resolução PRES nº 334/2020, não consta Jaboticabal, visto que localizada a menos de 70 quilômetros de município sede de vara federal, no caso, Ribeirão Preto.

Por fim, o Provimento nº 35/2020 do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, assim dispôs em seu artigo 1º e parágrafo único:

“Art. 1º. Alterar a jurisdição das Varas Federais e do Juizado Especial Federal da 2ª Subseção Judiciária de Ribeirão Preto para excluir os municípios de Bebedouro, Monte Alto, Monte Azul Paulista e Pirangi.

Parágrafo único. As Varas Federais e o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto terão jurisdição sobre os municípios de Altinópolis, Barrinha, Batatais, Brodowski, Cajuru, Cássia dos Coqueiros, Cravinhos, Dumont, Guariba, Guataporã, Jaboticabal, Jardópolis, Luís Antônio, Morro Agudo, Nuporanga, Orlândia, Pitangueiras, Pontal, Pradópolis, Ribeirão Preto, Sales de Oliveira, Santa Cruz da Esperança, Santa Rosa de Viterbo, Santo Antônio da Alegria, São Joaquim da Barra, São Simão, Serra Azul, Serrana, Sertãozinho, Taiaçu, Taubaté, Taquaral, Terra Roxa, Viradouro e Vista Alegre do Alto.”

Resalto, por fim, que a suspensão das redistribuições de processos pela Justiça Estadual (no exercício da jurisdição federal delegada) para a Justiça Federal, determinada em caráter liminar, conforme V. Decisão proferida pelo Ministro Relator Mauro Campbell Marques, nos autos do Conflito de Competência nº 170.051 – RS, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, não se aplica ao presente feito, visto que aquele conflito versa sobre as ações ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020. Ademais, a presente decisão está em conformidade com a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 60, de 17 de dezembro de 2019.

Ante o exposto, considerando tratar-se de ação proposta após 1º de janeiro de 2020; e considerando que a comarca de Jaboticabal localiza-se a menos de 70 quilômetros de Ribeirão Preto, com fundamento no art. 64, § 1º, do CPC, DECLARO A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA deste juízo para conhecimento da causa.

Intimem-se e, após, remetam-se os autos a uma das Varas da Justiça Federal de Ribeirão Preto - SP.

Intime-se.

Jaboticabal, 23 de abril de 2020.”

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da CR competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e seguradora na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu caput.

A Lei 5.010/66, de 30/05/1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação originária, “os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.”

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e seguradora e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo.” (NR)

Com intuito de dar estrito cumprimento aos preceitos contidos no **inciso II e no § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966**, acima transcritos, o E. Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF nº 603, de 12/11/2019, que dispõe em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do caput deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto pelo parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou em outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Registre-se, ademais, que o artigo 96, inciso I, letra “a”, da Constituição da República (CR), dispõe que compete privativamente aos tribunais dispor sobre “**a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**”.

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: (AINTCC - Agravo Interno no Conflito de Competência - 148008 2016.02.04712-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA.01/08/2019; ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 20576 2005.01.43088-5, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA.27/11/2009)

Assim, exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra “a”, da CR, a Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constamos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pelo agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Jaboticabal/SP, em 23/04/2020 ID (130792114 - Págs. 01/18), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Jaboticabal encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Ribeirão Preto/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/forums-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Ribeirão Preto, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES nº 322/2019, atualizada pela Resolução PRES nº 334/2020.

Desse modo, tratando-se de ação ajuizada sob a égide da Resolução PRES 334/2020, não há que se falar, portanto, em *perpetuatio jurisdictionis*, pois, na data da propositura da ação, a Comarca Estadual não mais tinha competência federal delegada.

A propósito, dispõe o artigo 43 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 43. Determina-se a competência no momento de registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.”

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017754-44.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: MILTON JOSE DE ABREU SANDOVAL

Advogados do(a) AGRAVANTE: LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N, FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por MILTON JOSÉ DE ABREU SANDOVAL contra decisão que modificou de ofício o montante referente aos danos morais pleiteados, reduzindo o valor da causa para R\$ 73.057,35, e indeferiu o “pedido de gratuidade judiciária”, determinando “o recolhimento das custas judiciais sob pena de cancelamento da distribuição” (ID 135893900).

Relata, o agravante, que ajuizou “ação declaratória de tempo de serviço rural e conversão de tempo de serviço especial c/c preceito condenatório de aposentadoria por tempo de contribuição e indenização por danos morais” e que o Juízo a quo “determinou a remessa dos autos para o Juizado Especial Federal da Subseção Judiciária de Jaú/SP, sob a justificativa que a o valor atribuído à causa destoava do conteúdo econômico real da pretensão veiculada na petição inicial”.

Alega que deve ser ressarcido em danos morais pela demora do INSS em apreciar seu requerimento administrativo, devendo prevalecer o valor arbitrado em R\$ 63.057,35, a título de indenização. Com efeito, argumenta que “requereu seu benefício pela via administrativa no dia 28/11/2019, o qual teve por indeferido apenas no dia 14/05/2020, ou seja, mais de 6 meses após o pedido junto ao Agravado, ultrapassando o muito o tempo determinado por lei para que a resposta fosse apresentada”.

Sustenta, outrossim, que não tem como arcar com as custas e despesas processuais sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família. Alega que não lhe foi dada a oportunidade de demonstrar sua hipossuficiência e que a declaração de pobreza juntada aos autos tem presunção de veracidade.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao final, seu provimento, para que os autos permaneçam na 1ª Vara Federal de Jaú e sejam deferidos os benefícios da justiça gratuita.

É a síntese do necessário.

Decido.

O artigo 5º, LXXIX, da Constituição da República estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. O Código de Processo Civil (CPC) veicula, em seu artigo 98, que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A prova da situação de insuficiência, necessária à gratuidade da justiça, deve observar o disposto pelos §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC. É possível aceitar a declaração da pessoa natural no sentido de que não pode arcar com os custos do processo sem comprometer o sustento de sua família (artigo 99, § 3º, CPC), presumindo-a verdadeira. Trata-se, à evidência, de presunção relativa (*juris tantum*), pois a própria lei processual prevê que o magistrado pode, após determinar a prova da situação financeira, indeferir o benefício quando houver nos autos elementos que evidenciam a falta dos pressupostos legais para a concessão (artigo 99, § 2º, CPC).

No caso em exame, o r. Magistrado a quo concluiu pelo indeferimento da gratuidade da justiça sob a justificativa de que segue “a orientação contida no Enunciado nº 52, aprovado no IV Encontro de Juízes Federais de Turmas Recursais e Juizados Especiais Federais da 3ª Região, que adota como parâmetro para o deferimento da benesse o disposto no artigo 790, § 3º da CLT, ou seja, aquele que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, ou seja, o valor de R\$ 2.440,42.

No entanto, cotejando os documentos apresentados, evidencia-se que o agravante comprovou sua incapacidade financeira para suportar as despesas processuais, de forma a ter direito à gratuidade da justiça.

A fim de se criar um parâmetro justo e objetivo para análise e deferimento do benefício pleiteado, há entendimento firmado no âmbito desta e. Nova Turma no sentido de que o valor do teto salarial pago pelo INSS seria o limite de renda para se aferir a hipossuficiência do requerente que, em 2019 era de R\$ 5.839,45 e, atualmente, está fixado em R\$ 6.101,06 (2020).

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta e. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. REVOGAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA.

- A concessão da justiça gratuita depende da simples afirmação de insuficiência de recursos pela parte (artigo 99, § 3º, do CPC), a qual, no entanto, por gozar de presunção juris tantum de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

- Segundo o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é devida a justiça gratuita a quem “comprovar” a insuficiência de recursos. Logo, a norma constitucional prevalece sobre a legislação ordinária, podendo o juiz indeferir a gratuidade a quem não comprovar hipossuficiência real.

- O teto fixado para os benefícios previdenciários, atualmente no valor de R\$ 6.101,06, é um critério legítimo e razoável para a aferição do direito à justiça gratuita.

- À época da distribuição da ação (maio/2018), a parte autora auferia rendimentos mensais em torno de R\$ 3.800,00, e, atualmente, continua trabalhando na mesma empresa com salário aproximado de R\$ 4.100,00.

- Diante do caráter alimentar do rendimento, o valor recebido não deve ser considerado bastante para a exclusão da possibilidade de obtenção da gratuidade.

- O patrocínio da causa por advogado particular não afasta a possibilidade de concessão da justiça gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028216-94.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 30/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO.

- Comprovada a hipossuficiência da parte autora em arcar com as custas e despesas processuais.

- Deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030087-62.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 06/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/05/2020)

De acordo com os dados do CNIS, constata-se que a última remuneração percebida pelo agravante foi equivalente a R\$ 2.614,81, referente à competência de outubro/2019 (ID. 33431743 - p. 81).

Assim, ausentes outros elementos nos autos, conclui-se que a situação econômica da parte autora autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Também pleiteia o agravante que seja mantido o valor indicado a título de indenização por danos morais, a fim de que o processo permaneça na 1ª Vara Federal de Jaú, evitando-se a remessa dos autos para o Juizado Especial Federal da mesma Subseção Judiciária.

Entretanto, conforme se verifica da decisão agravada, o Juízo da 1ª Vara Federal de Jaú em nenhum momento determinou a remessa dos autos ao JEF, mesmo porque, ainda que reduzido de ofício, o valor da causa permaneceu superior a 60 salários mínimos.

Outrossim, a decisão agravada não merece reforma quanto a esse aspecto, sendo exorbitante o montante estipulado pela parte autora, a título de eventual indenização por danos morais, em razão de alegada demora da autarquia em apreciar requerimento administrativo, sequer esclarecendo como chegou a esse valor.

Sendo assim, por se tratar de matéria de ordem pública, pode o magistrado alterar de ofício o valor da causa (art. 292, § 3º, CPC).

Ante o exposto, **defiro parcialmente o pedido de antecipação da tutela recursal** apenas para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Dê-se ciência ao d. Juízo de origem do teor desta decisão.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do CPC.

Após, retomem-se os autos conclusos.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016855-46.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: BENERVAL SOARES DE SOUSA
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARCUS VINICIUS DO COUTO SANTOS - SP327569-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face de decisão que indeferiu o benefício da Justiça Gratuita à pessoa natural.

Em suas razões de inconformismo, sustenta o(a) agravante que não tem condições de custear a presente demanda, ainda que seja apenas as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Pugna pela concessão dos efeitos tutela recursal.

É o relatório.

DECIDO.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispôs que:

"Art. 5º. *Omissis.*

LXXIX. O Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Da análise do dispositivo constitucional acima transcrito, temos que a Carta Maior estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos.

Atualmente, parte da matéria relativa à gratuidade da Justiça está disciplinada no Código de Processo Civil, dentre os quais destaco o art. 98, *caput, in verbis*:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

Com isto, objetivou o legislador ordinário justamente facilitar o acesso à Justiça àqueles que, necessitando acionar o Poder Judiciário para a defesa de seus interesses, não o fazem em razão de simples insuficiência de recurso e não mais por que terão prejuízo de sua manutenção e de sua família.

O pedido será formulado mediante mera petição ao Juízo, que somente o indeferirá mediante elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos (inteligência do art. 99, *caput* c.c. §2º, do CPC/15).

Por seu turno, o texto do artigo 5º, do mesmo diploma legal, é explícito ao afirmar que se o juiz não tiver fundadas razões para indeferir o pedido de assistência judiciária gratuita, deverá julgá-lo de plano.

A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça

Conforme se depreende dos autos, restou consignada a alegação da parte interessada acerca da sua insuficiência de recursos. Observo que tal afirmação, por si só, é capaz de ensejar as consequências jurídicas, para possibilitar o acolhimento do pedido, pois se presumiria verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Cabe à parte contrária impugnar a alegação de insuficiência de recursos e não o Juiz “ex officio” fazer tal impugnação, cabe apenas ao Juiz indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade.

E mais, se comprovada a falsidade da declaração, ocorrerá a revogação do benefício e a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

Frise-se que o benefício é concedido em caráter precário, pois se alterada sua situação financeira de modo que lhe permita arcar com as custas processuais e honorários advocatícios o benefício é cassado.

Não é por outra razão que vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Saliente-se ainda, que mesmo se a condição econômica da pessoa natural interessada na obtenção da gratuidade da justiça for boa, mas se sua situação financeira for ruim ele tem direito ao benefício, pois são conceitos distintos o de situação econômica e o de situação financeira.

Ressalto que anteriormente firmei meu entendimento no sentido de não nortear o direito à gratuidade da justiça, ancorado na conversão da renda do autor em número de salários mínimos.

Todavia, diante da necessidade de se criar um parâmetro mais justo e objetivo para o deferimento do benefício da justiça gratuita, bem como visando adequar-me ao entendimento majoritário desta E. Nona Turma, passei a adotar o valor do teto salarial pago pelo INSS, fixado em R\$ 5.839,45, em 2019 e, atualmente, em R\$ 6.101,06.

Deixo consignado, entretanto, que tal regra comporta exceção, desde que a parte autora traga aos autos documentos demonstrando que sua situação financeira não permite arcar com eventual sucumbência.

In casu, o autor recebe rendimentos de salário aproximadamente **R\$ 6.500,00** brutos mensais, conforme se verifica no CNIS juntado aos autos ID 135166072, ou seja, pouco mais que o teto de salário estabelecido pelo INSS, todavia traz aos autos diversos comprovantes de despesas com moradia e alimentação (ID 135166049), bem como empréstimos consignados a demonstrar a alegada hipossuficiência de recursos.

Ante o exposto, **de firo** a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5217923-23.2020.4.03.9999

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

APELANTE: SANDRA PATRICIA DA SILVA VASCOCELOS

Advogados do(a) APELANTE: RHOBSON LUIZ ALVES - SP275223-A, ROSINALDO APARECIDO RAMOS - SP170780-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, I e IV, do Código do Processo Civil.

Em suas razões, a parte autora alega que as ações ajuizadas na comarca de Presidente Epitácio/SP devem prosseguir na Justiça Estadual, consoante Resolução PRES n. 322 do TRF3.

Decorrido, “in albis”, o prazo de contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do disposto no artigo 932 do Código de Processo Civil (CPC), estão presentes os requisitos para a prolação de decisão monocrática.

O artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, em sua **redação original**, dispunha:

“(…) serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal.”

Entretanto, a competência delegada sofreu alteração constitucional (Emenda Constitucional n. 103, de 12/11/2019), passando a norma inserta no artigo 109 em referência a ter o seguinte teor:

“Art. 109 (…)

§3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.”

De igual modo, o texto da Lei n. 5.010/1966 foi modificado com a edição da Lei n. 13.876, de 20/9/2019, e passou a disciplinar a matéria nos seguintes termos:

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(…)

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 Km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(…)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo.”

Essa modificação legal, contudo, passou a vigorar em 1º/1/2020, conforme estabelecido no artigo 5º, I, da Lei n. 13.876/2019.

Nessa toada, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sua Resolução PRES n. 322, de 12 de dezembro de 2019, indicou a lista das comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III, do artigo 15 da Lei n. 13.876/2019.

No caso dos autos, a demanda foi distribuída em 7/2/2020 na comarca de Presidente Epitácio, a qual consta na lista de Competência Federal Delegada expedida pelo TRF3.

Dessa forma, o douto Juízo *a quo* deveria ter observado, além da mudança legislativa, o disposto na Resolução PRES n. 322, de 12 de dezembro de 2019, a qual dispôs sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Diante do exposto, **dou provimento** à apelação da parte autora para determinar o retorno dos autos à Vara de origem, a fim de que a ação tenha regular processamento.

Intím-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012575-98.2017.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: ALZIRO VENTURINI
Advogado do(a) APELANTE: JOSE BRUN JUNIOR - SP128366-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6206855-93.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: MARCIA NUNES MENDES
Advogado do(a) APELANTE: CLAUDIO MARCIO DE ARAUJO - SP262598-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6212435-07.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: REGIANE CAMARGO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: REGIANE DE FATIMA GODINHO DE LIMA - SP254393-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sema mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5135643-92.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: EDNA NUNES ESTEVES

Advogados do(a) APELADO: THAIS HELENA FERREIRA ALVES DA SILVA - SP381142-N, AIRTON CEZAR RIBEIRO - SP157178-N, ROSANA ALVES DA SILVA - SP127293-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sema mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5878139-32.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUIZA DOS SANTOS CASTANHO

Advogado do(a) APELANTE: ANA MARIA FRIAS PENHARBEL - SP272816-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5878139-32.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUIZA DOS SANTOS CASTANHO

Advogado do(a) APELANTE: ANA MARIA FRIAS PENHARBEL - SP272816-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

RELATÓRIO

A Exma. Sr. Desembargadora Federal Daldice Santana: Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente pedido de aposentadoria por idade rural.

Nas razões de apelo, o autor alega a existência de provas suficientes para caracterizar sua condição de trabalhadora rural.

Sem contrarrazões, os autos subiram a esta Corte.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5878139-32.2019.4.03.9999

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

APELANTE: LUIZA DOS SANTOS CASTANHO

Advogado do(a) APELANTE: ANA MARIA FRIAS PENHARBEL - SP272816-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

A Exma. Sr. Desembargadora Federal Daldice Santana: O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e merece ser conhecido.

Discute-se o preenchimento dos requisitos para a concessão de aposentadoria por idade ao rural, consoante o disposto na Lei n. 8.213/1991.

A comprovação de atividade rural, para o segurado especial e para os demais trabalhadores rurais, inclusive os denominados "boias-frias", deve ser feita por meio de início de prova material, a qual possui eficácia probatória tanto para o período anterior quanto para o posterior à sua data de referência, desde que corroborado por robusta prova testemunhal (Súmula n. 149 do STJ e Recursos Especiais Repetitivos n. 1.348.633 e 1.321.493).

No mais, segundo o entendimento firmado no REsp n. 1.354.908, pela sistemática de recurso representativo da controvérsia (CPC/1973, art. 543-C), faz-se necessária a comprovação do tempo de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento ou à aquisição da idade:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.908 - SP (2012/0247219-3), RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DJ 09/09/2015)

Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de serem elas desnecessárias, bastando a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural (STJ, REsp 207.425, 5ª Turma, j. em 21/9/1999, v.u., DJ de 25/10/1999, p. 123, Rel. Ministro Jorge Scartezzin; STJ, RESP n. 502.817, 5ª Turma, j. em 14/10/2003, v.u., DJ de 17/11/2003, p. 361, Rel. Ministra Laurita Vaz).

No caso em discussão, o requisito etário restou preenchido em 4/9/2014, quando a autora completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade.

A autora alega que trabalhou na lide rural desde tenra idade, tendo cumprido a carência exigida na Lei n. 8.213/1991.

Quanto ao requisito do início de prova material, constam nos autos cópia da certidão de casamento da autora – celebrado em 31/7/1976 – na qual o marido foi qualificado como lavrador; e documentos do Sindicato Rural de Piedade em nome do genitor da apelante (1973).

Em relação à certidão eleitoral do cônjuge da autora, datada de 2014, embora anote a ocupação de agricultor, não há referência ao momento em que foi declarada essa profissão, impossibilitando aferir a relação de contemporaneidade existente entre a declaração e a prestação laboral.

A declaração de terceiro, esta é extemporânea aos fatos alegados pela parte e, desse modo, equipara-se a simples testemunho, com deficiência de não ter sido colhida sob o crivo do contraditório.

O fato do cônjuge ser beneficiário de aposentadoria por idade sobrevivida da atividade rural não implica concluir que a autora também exercesse tal labor, com habitualidade e profissionalismo necessários para a concessão de qualquer benefício previdenciário assegurado ao segurado especial.

Entim, forçoso é registrar que, no período posterior a 1976 até o implemento do requisito etário, não há qualquer início de prova material em favor da parte autora.

Outrossim, as testemunhas arroladas apenas trouxeram relatos inconsistentes e superficiais acerca da suposta rotina rural vivenciada pela autora, não sendo seus relatos dotados da robustez necessária para respaldar o reconhecimento do efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário (RESP 1.354.908).

Em decorrência, concluo pelo não preenchimento dos requisitos exigidos à concessão do benefício pretendido.

Diante do exposto, **nego provimento** à apelação.

Não incide no presente caso a regra do artigo 85, §§ 1º e 11 do Código de Processo Civil, que determina a majoração dos honorários de advogado em instância recursal, mesmo porque neste feito não houve condenação nesse sentido.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL FRÁGIL. CARÊNCIA NÃO CUMPRIDA. BENEFÍCIO INDEVIDO.

- À concessão de aposentadoria por idade ao rurícola, exige-se: a comprovação da idade mínima e o desenvolvimento de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento (Resp Repetitivo n. 1.354.908).
- A comprovação de atividade rural deve ser feita por meio de início de prova material corroborado por robusta prova testemunhal (Súmula n. 149 do STJ e Recursos Repetitivos n. 1.348.633 e 1.321.493).
- Em relação às contribuições previdenciárias, é assente o entendimento de serem desnecessárias, sendo suficiente a comprovação do efetivo exercício de atividade no meio rural. Precedentes do STJ.
- Conjunto probatório insuficiente à comprovação do período de atividade rural debatido. Benefício indevido.
- Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6219972-54.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: ANA PAULA DE QUEIROZ JACYNTHO
Advogado do(a) APELANTE: REGIANE DE FATIMA GODINHO DE LIMA - SP254393-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5242544-84.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: LOURDES DAS GRACAS FREITAS ABREU, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: WILLIAN DA SILVA - SP319110-N, EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, LOURDES DAS GRACAS FREITAS ABREU
Advogados do(a) APELADO: EVELISE SIMONE DE MELO ANDREASSA - SP135328-N, WILLIAN DA SILVA - SP319110-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012797-97.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: PATROCÍNIA APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: KELY CRISTINA BERNARDINO DOMENES - SP282145
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PATROCÍNIA APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Miguelópolis/SP que, nos autos do processo nº 1000358-61.2020.8.26.0352, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Barretos/SP.

Preende a recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que a ferramenta para medição de distâncias "GOOGLE MAPS", no presente caso, determinou que a distância entre o Município de Miguelópolis e o Município de Barretos, é de 74km, ultrapassando o limite informado na Resolução PRES nº 322, de dezembro de 2019.

Plêiteia seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, como deferimento do regular prosseguimento do feito na comarca de origem.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista que tal pedido não chegou a ser apreciado pelo Juízo a quo.

É a síntese do necessário.

Decido.

Primeiramente, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita apenas para o processamento deste agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão da Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, "a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão." (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatória de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 132628208):

"Dispõe o artigo 109 da Constituição da República:

"Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)".

É sabido que, recentemente, foi aprovada (com promulgação em 12/11/2019) a chamada "reforma de previdência" que, entre outras, altera o artigo 109, §3º da CF, que passa a ter a seguinte redação: "Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal, em que forem parte instituição de previdência social e segurado, possam ser processadas e julgadas na justiça estadual, quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal."

Nessa mesma senda, estatui o artigo 15, III, da Lei nº 5010/1966, com redação dada pelo artigo 3º, inciso III, da Lei nº 13.876/2019:

"Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal"

A distância gizada pelo dispositivo até a cidade de Barretos-SP, a partir desta Comarca, é inferior a esse limite.

Assim, tem-se que este Juízo não é competente para o processamento da presente demanda, a qual foi ajuizada na data de 12/03/2020.

Ante o exposto, DECLINO da competência e determino a remessa dos autos à Vara Federal de Barretos SP.

Decorridos 15 dias ou vinda petição do autor renunciando a eventual recurso, remetam-se os autos ao Cartório Distribuidor para redistribuição.

Intime-se a parte autora, posto que a ré não foi citada.

Miguelópolis, 13 de março de 2020."

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da CR competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e segurado na estrita hipótese de inexistência de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66, de 30/05/1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua *redação originária*, "os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária."

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

"Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do caput deste artigo.” (NR)

Com intuito de dar estrito cumprimento aos preceitos contidos no inciso II e no § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966, acima transcritos, o E. Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF nº 603, de 12/11/2019, que dispõe em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do caput deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto pelo parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou em outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Registre-se, ademais, que o artigo 96, inciso I, letra "a", da Constituição da República (CR), dispõe que compete privativamente aos tribunais dispor sobre "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: (AINTCC - Agravo Interno no Conflito de Competência - 148008 2016.02.04712-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2019; ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 20576 2005.01.43088-5, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2009)

Assim, exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra "a", da CR, a Presidência desta Colenda Corte publicou a Resolução nº 322, em 12/12/2019, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constamos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pela agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Miguelópolis/SP, em 12/03/2020 (ID 132628210), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Miguelópolis encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Barretos/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/forums-e-juizados/juridicoes-das-varas-e-jefs/juridicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Barretos, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020. Confira-se no sítio eletrônico: <http://www.distanciasentrecidades.com/pesquisa?from=MIGUELOPOLIS&to=BARRETOS>.

Desse modo, tratando-se de ação ajuizada sob a égide da Resolução PRES 334/2019, não há que se falar, portanto, em *perpetuatio jurisdictionis*, pois, na data da propositura da ação, a Comarca Estadual de Mococa não mais tinha competência federal delegada.

A propósito, dispõe o artigo 43 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 43. Determina-se a competência no momento de registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.” (g.n.)

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, não concedo efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032379-20.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: YOLANDA HERMENEGILDO FURTILE
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - MS11078-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032379-20.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: YOLANDA HERMENEGILDO FURTILE
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - MS11078-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ISIDORO PEDRO AVI SOCIEDADE DE ADVOGADOS, em face de decisão proferida em execução, que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada pela autarquia, determinando o prosseguimento da execução em conformidade com os cálculos apresentados pela parte exequente. Sem condenação em honorários por falta de previsão legal e a teor da Súmula nº 519 do STJ.

Em suas razões de inconformismo, aduz a parte agravante ser devida a condenação do INSS ao pagamento dos honorários advocatícios, nos termos do artigo 85 do novo Código de Processo Civil.

Pugna pela reforma da decisão agravada.

Sem apresentação de contraminuta.

É o relatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032379-20.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: YOLANDA HERMENEGILDO FURILE
Advogado do(a) AGRAVANTE: LUZIA GUERRA DE OLIVEIRA RODRIGUES GOMES - MS11078-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

No caso, o Juízo de origem fundamentou o não arbitramento de honorários em caso de rejeição de impugnação com fulcro na Súmula 519/STJ, publicada em 02/03/2015.

Com efeito, destaca-se que a Súmula 519 do STJ foi editada em data anterior à entrada em vigor do Novo CPC (Lei n.º 13.105/2015), que, em sua reformulação, prevê a obrigatoriedade da condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, conforme o disposto no §1º do artigo 85, *in verbis*:

"Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente."

Como regra, a legislação processual vigente é clara ao indicar o cabimento de honorários advocatícios em sede de execução de sentença, havendo ou não, resistência do devedor, em virtude do princípio da causalidade, diante da ausência de pagamento espontâneo.

Ainda, situação peculiar é verificada na hipótese de execução contra a Fazenda Pública, conforme disposto no §7º, do artigo 85, do CPC/15: "*§7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.*"

No caso concreto, o INSS impugnou expressamente os cálculos apresentados e não obteve êxito.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEVIDOS. AGRAVO PROVIDO.

1. A Súmula 519 do STJ foi editada antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), que em sua reformulação prevê a obrigatoriedade da condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença.

2. De rigor a condenação do INSS em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da diferença havida entre os valores efetivamente acolhidos e aqueles apurados pelo INSS, nos termos do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

3. Agravo de instrumento provido.

(TRF3ª Região, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5020753-04.2019.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, Órgão Julgador 8ª Turma, Data do Julgamento 10/03/2020, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 16/03/2020).

"PREVIDENCIÁRIO - PROCESSO CIVIL - IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - BASE DE CÁLCULO.

I - Não há que se falar em impossibilidade de condenação do vencido em honorários advocatícios, na impugnação ao cumprimento de sentença, tendo em vista a expressa previsão do § 1º do artigo 85 do CPC de 2015.

II - Vale mencionar que a Súmula nº 519 do E. STJ foi editada em 26.02.2015 e trata da impugnação prevista no artigo 475-L e 475-M do CPC de 1973, que não se aplica à execução contra a Fazenda Pública, caso dos autos.

III - Os honorários advocatícios devem incidir sobre o valor da diferença entre os cálculos (impugnado e homologado), que corresponde ao valor da causa na execução.

IV - Agravo de instrumento do INSS parcialmente provido."

(TRF3ª Região, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO / SP 5030996-41.2018.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, Órgão Julgador 10ª Turma, Data do Julgamento 25/04/2019, Data da Publicação/Fonte e - DJF3 Judicial 1 DATA: 30/04/2019).

"PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO REJEITADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. Como regra, a legislação processual vigente é clara ao indicar o cabimento de honorários advocatícios em sede de execução de sentença, havendo ou não, resistência do devedor, em virtude do princípio da causalidade, diante da ausência de pagamento espontâneo.

2. No cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, se a impugnação for rejeitada, de rigor a fixação de honorários advocatícios. Inteligência do artigo 85, §7º, do Código de Processo Civil.

3. Agravo de instrumento provido.”

(TRF3, 10ª Turma, AI 5005392-44.2019.4.03.0000, Rel. Des. Fed. Nelson Portfúrio, DJe 15.15.2019)

Ainda, em sede de execução, a base de cálculo da verba advocatícia é representada pela diferença entre o montante pretendido e o valor apurado como efetivamente devido (Nesse sentido, cito precedentes desta Corte: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO/ SP 5014960-55.2017.4.03.0000, Relator(a) Juiz Federal Convocado Vanessa Vieira de Mello, AGRAVO DE INSTRUMENTO/SP 5020792-35.2018.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal Maria Lucia Lencastre Ursua, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO/ SP 5030996-41.2018.4.03.0000, Relator(a) Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO).

Sendo assim, nos termos artigo 85, §2º do CPC, arbitro os honorários advocatícios, a cargo do INSS, no percentual de 10% (dez por cento), a incidir sobre a diferença entre o valor pretendido e o montante acolhido como devido para o prosseguimento da execução.

Ante o exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento**, nos termos da fundamentação.

É como voto.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. SÚMULA 519 DO STJ. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ARTIGO 86, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE OS CÁLCULOS OFERTADOS.

- A Súmula 519 do STJ foi editada em data anterior à entrada em vigor do Novo CPC (Lei n.º 13.105/2015), que, em sua reformulação, prevê a obrigatoriedade da condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, conforme o disposto no §1º do artigo 85.

- Ainda, situação peculiar é verificada na hipótese de execução contra a Fazenda Pública, conforme disposto no §7º, do artigo 85, do CPC/15: "§7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada."

- No caso concreto, o INSS impugnou expressamente os cálculos apresentados e não obteve êxito.

- Em sede de execução, a base de cálculo da verba advocatícia é representada pela diferença entre o montante pretendido e o valor apurado como efetivamente devido. Precedentes.

- Honorários advocatícios, a cargo do INSS, fixados no percentual de 10% (dez por cento), nos termos artigo 85, §2º do CPC, a incidir sobre a diferença entre o valor pretendido e o montante acolhido como devido para o prosseguimento da execução.

- Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011577-64.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

AGRAVANTE: ALCIDES MARTINI

Advogado do(a) AGRAVANTE: HELDER ANDRADE COSSI - SP286167-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ALCIDES MARTINI contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direto da 1ª Vara Cível da Comarca de Mococa/SP que, nos autos do processo nº 1000477-95.2020.8.26.0360, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de São João da Boa Vista/SP.

Pretende a recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que "conforme o GOOGLE MAPS – doc. anexo, a COMARCA ESTADUAL DE MOCOCA-SP está localizada A MAIS DE 70KM DA SEDE DA VARA FEDERAL COM CIRCUNSCRIÇÃO SOBRE A CIDADE DE MOCOCA-SP, qual seja, a VARA FEDERAL DE SÃO JOÃO DA BOA VISTA-SP".

Desse modo, argumenta que, "nos moldes da RESOLUÇÃO PRES Nº 322/2019 e no art. 3.º da Lei n.º 13.876/2019, está demonstrado que a R. Decisão é contraditória, pois a Comarca de Mococa-SP é COMPETENTE PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO, eis que referida COMARCA ESTADUAL está distante a mais de 70km da VARA FEDERAL COM CIRCUNSCRIÇÃO COMPETENTE, qual seja, a Vara Federal de São João da Boa Vista-SP".

Pleiteia seja atribuído efeito suspensivo ao presente recurso, como deferimento do regular prosseguimento do feito na comarca de origem.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista que tal pedido não chegou a ser apreciado pelo Juízo a quo.

É a síntese do necessário.

Decido.

Primeiramente, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita apenas para o processamento deste agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão da Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, "a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão." (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatoria de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 131996479 - Pág. 37):

"Vistos.

Nos termos da Resolução 322 de 12 de dezembro de 2019, que dispõe sobre o exercício da Competência Delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região, nos termos do disposto no artigo 3º da Lei 13.876/2019, determino imediato encaminhamento da presente ação à Vara Federal de São João da Boa Vista (SP), fazendo-se as anotações pertinentes.

Int. e dil.

Mococa 27 de fevereiro de 2020"

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da Constituição da República competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e seguradora na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66, de 30/05/1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação originária, "os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária."

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

"Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e seguradora e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do *caput* deste artigo." (NR)

Com intuito de dar estrito cumprimento aos preceitos contidos no **inciso II e no § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966**, acima transcritos, o E. Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF nº 603, de 12/11/2019, que dispõe em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do *caput* deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, **em nada interferindo o domicílio do autor**.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou em outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Registre-se, ademais, que o artigo 96, inciso I, letra "a", da Constituição da República (CR), dispõe que compete privativamente aos tribunais dispor sobre "a **competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos**".

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: (AINTCC - Agravo Interno no Conflito de Competência - 148008 2016.02.04712-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2019; ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 20576 2005.01.43088-5, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2009)

Assim, exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra "a", da CR, a Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constam dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária **ajuizada em 27/02/2020** pelo agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Mococa/SP, (ID 131996479 - Págs. 01/17), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Mococa encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de São João da Boa Vista/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/foruns-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de São João da Boa Vista, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020. Confira-se no sítio eletrônico: <http://www.distanciasentrecidades.com/pesquisa?fom=mococa&to=sao%20joao%20da%20boa%20vista>.

Desse modo, tratando-se de ação ajuizada sob a égide da Resolução PRES 334/2019, não há que se falar, portanto, em *perpetuatio jurisdictionis*, pois, na data da propositura da ação, a Comarca Estadual de Mococa não mais tinha competência federal delegada.

A propósito, dispõe o artigo 43 do Novo Código de Processo Civil:

“Art. 43. Determina-se a competência no momento de registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta.” (g.n.)

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017348-23.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: LUCIA MARI DUARTE FERNANDES
Advogado do(a) AGRAVANTE: GABRIEL DE VASCONCELOS ATAÍDE - SP326493-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUCIA MARI DUARTE FERNANDES, em face de decisão que revogou todos os atos praticados nos autos principais após a baixa do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região e determinou o cancelamento dos ofícios requisitórios expedidos.

Em suas razões de inconformismo, aduz a recorrente que o INSS não arguiu nenhum momento eventual litispendência e/ou coisa julgada, sendo que o trânsito em julgado da demanda e o cumprimento de sentença afastou qualquer possibilidade desta arguição tardia, conforme prevê o artigo 508 do CPC. Ressalta que a coisa julgada não é absoluta, pois deve operar dentro dos limites da justiça, moralidade e respeitando a Constituição Federal. Assim, pede o prosseguimento normal do feito e consequente inscrição do precatório.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao recurso.

É o relatório.

DECIDO.

No caso, conforme se constata dos autos do Cumprimento de Sentença nº 0005153-11.2016.4.03.6183, em fase de execução e inscrição do Precatório, a autarquia peticiona (id 33520749), solicitando esclarecimentos da parte autora sobre a propositura de ação pleiteando a revisão do benefício pensão por morte com adequação aos novos tetos fixados nas ECs 20/98 e 41/03 - Processo nº 0009433-98.2011.4.03.6183, tramitado e julgado pela 3ª Vara Previdenciária da Capital, a fim de se verificar eventual litispendência e/ou coisa julgada.

De fato, em face dos documentos juntados foi constatada a existência de demanda anterior (Processo nº 0009433-98.2011.403.6183), com o pedido de readequação do benefício da parte exequente aos novos tetos estabelecidos pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003, a qual fora julgada improcedente, certificado o trânsito em julgado em 31/08/2018 (id Num. 33677130 - Pág. 182).

Efetivamente, na hipótese de ações idênticas, com litispendência não revelada a tempo, que resultaram em dois títulos executivos, prevalece aquele cujo trânsito em julgado ocorreu primeiro, com fundamento em coisa julgada, independentemente das datas de ajuizamento das ações.

Nesse sentido, cito os precedentes:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGRAVO LEGAL. LITISPENDÊNCIA. PREVALECE A DECISÃO QUE TRANSITOU EM PRIMEIRO LUGAR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO SOBRE O SALDO REMANESCENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Caso o exequente obtenha dois títulos judiciais em ações que tenham as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, deverá prevalecer o título judicial no qual ocorreu primeiro o trânsito em julgado, independentemente das datas de ajuizamento das ações, para que, desta forma, não se verifique a hipótese de violação da coisa julgada, implicando, pois, na extinção da ação que transitou em julgado posteriormente. Precedentes desta Colenda Turma.

2. In casu, a execução objeto dos presentes embargos é a que deve prosseguir uma vez que seu trânsito em julgado antecedeu a do outro processo.

3. Entretanto, como no processo nº 1999.61.04.008245-0 os valores já foram levantados pelos exequentes e o feito foi arquivado, a execução deve prosseguir sobre o saldo remanescente, relativo às prestações vencidas e que não foram alcançadas pela prescrição quinquenal em relação ao título executivo objeto dos presentes embargos.

4. Agravo desprovido.

(TRF 3ª Região, Rel. Des. Fed. BAPTISTA PEREIRA, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0018365-39.2012.4.03.9999/SP 10ª TURMA, D. 26/08/2014, DJU 04/09/2014).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA. JUÍZO COMUM E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PREVALÊNCIA DA DECISÃO QUE TRANSITOU EM JULGADO PRIMEIRO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO.

I - O feito que tramitou perante o Juizado Especial Federal deveria ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, pois sua respectiva inicial foi protocolizada quando feito idêntico já tramitava no Juízo comum.

II - Não obstante a ocorrência de litispendência, os dois feitos tiveram regular andamento, com trânsito em julgado nos respectivos Juízos, impondo-se, assim, a prevalência do título judicial no qual ocorreu primeiro o trânsito em julgado, independentemente das datas de ajuizamento das ações, para que não se verifique a hipótese de violação da coisa julgada, implicando, pois, na extinção da presente execução.

III - Apelação do embargado não provida.

(AC 2008.03.99.000221-1, 10ª Turma, Rel. Desembargador Federal Sérgio Nascimento, DJF3 15.04.2009)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. LITISPENDÊNCIA. COISA JULGADA. PREVALÊNCIA DA DECISÃO QUE TRANSITOU EM JULGADO PRIMEIRO.

- Embargos à execução, opostos pelo INSS, com intuito de ver reconhecida a litispendência entre os feitos autuados sob nº 1.323/2003 (ação originária dos presentes embargos à execução) e nº 3.319/2002, ambos em trâmite perante a 1ª Vara de Orlândia, ajuizados pela ora recorrida em face do INSS, com intuito de obter aposentadoria por invalidez.

- A primeira demanda ajuizada foi julgada procedente, com DIB em 08/09/2010, sendo concedida a tutela antecipada para imediata implantação do benefício. O trânsito em julgado operou-se em 15/10/2010. A segunda ação proposta também reconheceu o direito da autora à aposentadoria por invalidez, com DIB em 01/12/2005, e também concedeu a tutela para implantação do benefício. O trânsito em julgado deu-se em 22/09/2010.

- A litispendência ocorre quando a parte propõe ação idêntica a uma que já está em curso, ou seja, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato). Dessa forma, o processo que originou a presente execução deveria ter sido extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, pois sua respectiva inicial foi protocolizada em 21/05/2003, enquanto o primeiro feito já estava em andamento (protocolo em 06/12/2002).

- Contudo, a hipótese acima mencionada não se efetivou, culminando com o regular andamento das duas ações propostas, inclusive com trânsito em julgado nos respectivos Juízos, caracterizando a ocorrência da coisa julgada (a decisão proferida no processo nº 1.323/2003, que originou a presente execução, transitou em julgado em 22/09/2010 e a ação distribuída anteriormente - processo nº 3.319/2002 - transitou em julgado em 15/10/2010).

- A ação de conhecimento que originou a presente execução transitou em julgado em primeiro lugar, devendo prevalecer sobre o processo nº 3.319/2002, ainda que este tenha sido ajuizado anteriormente.

(...)

- In casu, a decisão está solidamente fundamentada e traduz de forma lógica o entendimento do Relator, juiz natural do processo, não estando eivada de qualquer vício formal, razão pela qual merece ser mantida.

- Eventual alegação de que não é cabível o julgamento monocrático resta superada, frente à apresentação do recurso em mesa para julgamento colegiado.

- Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, Desembargadora Federal Relatora TÂNIA MARANGONI, AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001931-04.2014.4.03.9999/SP, 2014.03.99.001931-4/SP, D. 17/08/2015, DJU 31/08/2015).

Desta feita, em observância ao referido critério, que homenageia a coisa julgada, ao menos nesta sede de cognição sumária, não há plausibilidade nas alegações da parte agravante a justificar a suspensão da eficácia da decisão agravada.

Ante o exposto, **nego o efeito suspensivo** ao agravo.

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

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5815815-06.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RAIMUNDO RODRIGUES PEREIRA
Advogado do(a) APELADO: GUILHERME HENRIQUE BARBOSA FIDELIS - SP209097-N
OUTROS PARTICIPANTES:

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5815815-06.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RAIMUNDO RODRIGUES PEREIRA
Advogado do(a) APELADO: GUILHERME HENRIQUE BARBOSA FIDELIS - SP209097-N
OUTROS PARTICIPANTES:

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Daldice Santana: Trata-se de ação de conhecimento proposta contra o INSS, na qual a parte autora busca o reconhecimento de atividade especial, com vistas à concessão do benefício de aposentadoria especial ou de aposentadoria por tempo de contribuição.

A r. sentença julgou parcialmente procedente o pedido para: (i) reconhecer a atividade especial desempenhada no interstício de 24/4/1990 a 30/11/2011; (ii) conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data da citação; (iii) determinar os critérios de incidência dos juros e da correção monetária; (iv) fixar a verba honorária. Houve antecipação dos efeitos da tutela.

Inconformado, o INSS interpôs recurso de apelação, no qual sustenta a impossibilidade da reafirmação da DER e, em razão disso, pugna pela suspensão do feito. Subsidiariamente, insurge-se contra os critérios de incidência dos juros e da correção monetária.

Também não resignada, a parte autora apresentou recurso adesivo, no qual pleiteia o enquadramento da totalidade do intervalo estabelecido entre 24/4/1990 a 7/10/2015, bem como seja concedido o benefício de aposentadoria especial, desde 7/10/2015. Subsidiariamente, requer seja alterado o termo inicial do benefício para 30/7/2016, data em que alega ter preenchido o requisito temporal exigido à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral. Pugna pela majoração da verba honorária.

Contrarrazões apresentadas.

Apreciado tema repetitivo relacionado a este processo, a suspensão foi levantada e os autos vieram conclusos.

É o relatório.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5815815-06.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RAIMUNDO RODRIGUES PEREIRA
Advogado do(a) APELADO: GUILHERME HENRIQUE BARBOSA FIDELIS - SP209097-N
OUTROS PARTICIPANTES:

VOTO

A Exma. Sra. Desembargadora Federal Dalci Santana: Conheço dos recursos porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Passo à análise das questões trazidas a julgamento.

Do enquadramento da atividade especial

Editado em 3 de setembro de 2003, o Decreto n. 4.827 alterou o artigo 70 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual passou a ter a seguinte redação:

"Art. 70. A conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum dar-se-á de acordo com a seguinte tabela:

(...)

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período."

Por conseguinte, o tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado. Além disso, os trabalhadores assim enquadrados poderão fazer a conversão dos anos trabalhados a "qualquer tempo", independentemente do preenchimento dos requisitos necessários à concessão da aposentadoria.

Ademais, em razão do novo regramento, encontram-se superadas a limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980. Nesse sentido: STJ, REsp 1010028/RN, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 28/2/2008, DJe 7/4/2008.

Cumpra observar que antes da entrada em vigor do Decreto n. 2.172, de 5 de março de 1997, regulamentador da Lei n. 9.032/95, de 28 de abril de 1995, não se exigia (exceto em algumas hipóteses) a apresentação de laudo técnico para a comprovação do tempo de serviço especial, pois bastava o formulário preenchido pelo empregador (SB40 ou DSS8030) para atestar a existência das condições prejudiciais.

Nesse particular, a jurisprudência majoritária, tanto nesta Corte quanto no Egrégio STJ, assentou-se no sentido de que o enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 894.266/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 17/10/2016.

Contudo, tem-se que, para a demonstração do exercício de atividade especial cujo agente agressivo seja o ruído, sempre houve a necessidade da apresentação de laudo pericial, independentemente da época de prestação do serviço.

Nesse contexto, a exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/1997, que majorou o nível para 90 decibéis. Isso porque os Decretos n. 83.080/1979 e n. 53.831/1964 vigoraram concomitantemente até o advento do Decreto n. 2.172/1997.

Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis (art. 2º do Decreto n. 4.882/2003, que deu nova redação aos itens 2.01, 3.01 e 4.00 do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/1999).

Quanto a esse ponto, à míngua de expressa previsão legal, não há como conferir efeito retroativo à norma regulamentadora que reduziu o limite de exposição para 85 dB(A) a partir de novembro de 2003.

Nesse sentido, o STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC, consolidou o entendimento acerca da inviabilidade da aplicação retroativa do decreto que reduziu o limite de ruído no ambiente de trabalho (de 90 para 85 dB) para configuração do tempo de serviço especial (julgamento em 14/05/2014).

Com a edição da Medida Provisória n. 1.729/1998 (convertida na Lei n. 9.732/1998), foi inserida na legislação previdenciária a exigência de informação, no laudo técnico de condições ambientais do trabalho, quanto à utilização do Equipamento de Proteção Individual (EPI).

Desde então, com base na informação sobre a eficácia do EPI, a autarquia deixou de promover o enquadramento especial das atividades desenvolvidas posteriormente a 3/12/1998.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar o ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

Quanto a esses aspectos, sublinhe-se o fato de que o campo "EPI Eficaz (S/N)" constante no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) é preenchido pelo empregador considerando-se, tão somente, se houve ou não atenuação dos fatores de risco, consoante determinam as respectivas instruções de preenchimento previstas nas normas regulamentares. Vale dizer: essa informação não se refere à real eficácia do EPI para descaracterizar a nocividade do agente.

No caso em tela, foi produzido, no curso da instrução, laudo técnico pericial (Id. 75575785 - fl. 1/5), que informa a exposição habitual e permanente ao fator de risco ruído em níveis de pressão sonora superiores aos limites previstos pela legislação previdenciária, no intervalo de 24/4/1990 a 30/11/2011.

No tocante ao lapso de 1º/12/2011 a 30/4/2013, a referida perícia técnica atesta que o autor esteve exposto a níveis de ruído inferiores aos limites dispostos pelos decretos regulamentadores.

Desse modo, deve ser mantido o enquadramento do período de 24/4/1990 a 30/11/2011.

Nessas circunstâncias, a parte autora não conta 25 (vinte e cinco) anos de trabalho em atividade especial e, desse modo, não faz jus ao benefício de aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e parágrafos da Lei n. 8.213/91.

Da aposentadoria por tempo de contribuição

Antes da edição da Emenda Constitucional n. 20/98, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria por tempo de serviço estava prevista no artigo 202 da Constituição Federal, assim redigido:

"Art. 202. É assegurada aposentadoria, nos termos da lei, calculando-se o benefício sobre a média dos trinta e seis últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, e comprovada a regularidade dos reajustes dos salários-de-contribuição de modo a preservar seus valores reais e obedecidas as seguintes condições:

(...)

II - após trinta e cinco anos de trabalho, ao homem, e, após trinta, à mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei;

(...)

§ 1º - É facultada aposentadoria proporcional, após trinta anos de trabalho, ao homem, e, após vinte e cinco, à mulher."

Já na legislação infraconstitucional, a previsão está contida no artigo 52 da Lei n. 8.213/91:

"Art. 52. A aposentadoria por tempo de serviço será devida, cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que completar 25 (vinte e cinco) anos de serviço, se do sexo feminino, ou 30 (trinta) anos, se do masculino."

Assim, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço, o segurado teria de preencher somente dois requisitos, a saber: tempo de serviço e carência.

Com a inovação legislativa trazida pela citada Emenda Constitucional, de 15/12/1998, a aposentadoria por tempo de serviço foi extinta, restando, contudo, a observância do direito adquirido. Isso significa dizer: o segurado que tivesse satisfeito todos os requisitos para obtenção da aposentadoria integral ou proporcional, sob a égide daquele regramento, poderia, a qualquer tempo, pleitear o benefício.

No entanto, àqueles que estavam em atividade e não haviam preenchido os requisitos à época da Reforma Constitucional, a Emenda em comento, no seu artigo 9º, estabeleceu regras de transição e passou a exigir, para quem pretendesse se aposentar na forma proporcional, requisito de idade mínima (53 anos de idade para os homens e 48 anos para as mulheres), além de um adicional de contribuições no percentual de 40% sobre o valor que faltasse para completar 30 anos (homens) e 25 anos (mulheres), consubstanciando o que se convencionou chamar de "pedágio".

No caso vertente, o requisito da carência restou cumprido em conformidade com o artigo 142 da Lei n. 8.213/91.

Ademais, patente o quesito temporal, uma vez que a soma dos períodos enquadrados aos lapsos comuns, confere à parte autora mais de 35 anos de profissão, tempo suficiente à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral requerida (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/1988).

Sobre o tema da reafirmação da DER, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça assentou tese jurídica para o Tema Repetitivo nº 995, de modo a considerar que *"É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir."* (REsp 1.727.063/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 2/12/2019).

Todavia, no caso em tela, a comprovação da especialidade do intervalo ora enquadrado se efetivou em razão da prova pericial produzida nestes autos e, desse modo, o termo inicial do benefício deve ser mantido na data da citação, momento em que a autarquia teve ciência da pretensão e a ela pôde resistir.

Quanto à correção monetária, esta deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, utilizando-se o IPCA-E (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017).

Fica afastada a incidência da Taxa Referencial (TR) na condenação, pois a Suprema Corte, ao apreciar embargos de declaração apresentados nesse recurso extraordinário, deliberou pela não modulação dos efeitos.

Com relação aos juros moratórios, estes devem ser contados da citação (art. 240 do CPC), à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, por força do art. 1.062 do CC/1916, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, nos termos dos artigos 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança, consoante alterações introduzidas no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009 (Repercussão Geral no RE n. 870.947, em 20/9/2017), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431, em 19/4/2017.

Fica mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 2º do artigo 85 e § único do art. 86 do Novo CPC, orientação desta Turma e redação da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido se o valor da condenação ou do proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 4º, II, do CPC).

Sobre as custas processuais, no Estado de São Paulo, delas está isenta a Autarquia Previdenciária, a teor do disposto nas Leis Federais n. 6.032/1974, 8.620/1993 e 9.289/1996, bem como nas Leis Estaduais n. 4.952/1985 e 11.608/2003. Contudo, essa isenção não a exime do pagamento das custas e despesas processuais em restituição à parte autora, por força da sucumbência, na hipótese de pagamento prévio.

Diante do exposto, **dou parcial provimento** à apelação autárquica somente para ajustar os critérios de incidência dos juros e da correção monetária, bem como **nego provimento** ao recurso adesivo autoral.

É o voto.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. ENQUADRAMENTO PARCIAL. REQUISITOS PREENCHIDOS À APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. TERMO INICIAL MANTIDO. CITAÇÃO. CONSECUTÓRIOS.

- O tempo de trabalho sob condições especiais poderá ser convertido em comum, observada a legislação aplicada à época na qual o trabalho foi prestado (art. 70 do Decreto n. 3.048/1999, com a redação dada pelo Decreto n. 4.827/2003). Superadas, portanto, a limitação temporal prevista no artigo 28 da Lei n. 9.711/1998 e qualquer alegação quanto à impossibilidade de enquadramento e conversão dos lapsos anteriores à vigência da Lei n. 6.887/1980.

- O enquadramento apenas pela categoria profissional é possível tão-somente até 28/4/1995 (Lei n. 9.032/1995). Precedentes do STJ.

- A exposição superior a 80 decibéis era considerada atividade insalubre até a edição do Decreto n. 2.172/97, que majorou o nível para 90 decibéis. Com a edição do Decreto n. 4.882, de 18/11/2003, o limite mínimo de ruído para reconhecimento da atividade especial foi reduzido para 85 decibéis, sem possibilidade de retroação ao regulamento de 1997 (REsp n. 1.398.260, sob o regime do artigo 543-C do CPC).

- Sobre a questão da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), entretanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 664.335, em regime de repercussão geral, decidiu que: (i) se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo ao enquadramento especial; (ii) havendo, no caso concreto, divergência ou dúvida sobre a real eficácia do EPI para descaracterizar completamente a nocividade, deve-se optar pelo reconhecimento da especialidade; (iii) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites de tolerância, a utilização do EPI não afasta a nocividade do agente.

- A informação de "EPI Eficaz (S/N)" não se refere à real eficácia do EPI para fins de descaracterizar a nocividade do agente.

- A parte autora logrou demonstrar, via perícia técnica, exposição habitual e permanente a ruído em níveis superiores aos limites previstos pela legislação previdenciária.

- A parte autora não faz jus ao benefício de aposentadoria especial, nos termos do artigo 57 e parágrafos da Lei n. 8.213/91.

- A parte autora cumpre os requisitos exigidos à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição integral requerida (regra permanente do art. 201, § 7º, da CF/1988).

- O termo inicial deve ser mantido na data da citação.

- A correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/1981 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, utilizando-se o IPCA-E, afastada a incidência da Taxa Referencial (TR). Repercussão Geral no RE n. 870.947

- Os juros moratórios devem ser contados da citação, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do CC/2002 (11/1/2003), quando esse percentual foi elevado a 1% (um por cento) ao mês, utilizando-se, a partir de julho de 2009, a taxa de juros aplicável à remuneração da caderneta de poupança (Repercussão Geral no RE n. 870.947), observada, quanto ao termo final de sua incidência, a tese firmada em Repercussão Geral no RE n. 579.431.

- Fica mantida a condenação do INSS a pagar honorários de advogado que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante § 2º do artigo 85 e § único do art. 86 do Novo CPC, orientação desta Turma e redação da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.

- Todavia, na fase de execução, o percentual deverá ser reduzido se o valor da condenação ou do proveito econômico ultrapassar 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 4º, II, do CPC).

- Apelação autárquica parcialmente provida.

- Recurso adesivo autoral desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Nona Turma, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento à apelação do INSS, bem como negar provimento ao recurso adesivo autoral. O Desembargador Federal Gilberto Jordan acompanhou a Relatora compressalva de entendimento pessoal, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004528-69.2020.4.03.0000

RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN

AGRAVANTE: ELIETE LOPES SOARES

Advogado do(a) AGRAVANTE: JULIANO LUIZ POZETI - SP164205-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ELIETE PEREIRA LOPES, em face de decisão proferida em ação de concessão de benefício previdenciário, ajuizada perante o Juízo de Direito Votuporanga, que declinou da competência, determinando a remessa dos autos à Justiça Federal de Jales, ao fundamento de ilegalidade da Resolução/ TRF3 Pres 322/19.

Em suas razões de inconformismo, sustenta que a teor da Resolução/ TRF3 Pres 322/19, foi mantida a competência delegada, na hipótese da parte autora estar domiciliada no município de Votuporanga, de modo que é insubsistente a decisão impugnada.

Pugna pela reforma da decisão recorrida.

Foi concedido o efeito suspensivo (ID 128140138).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

DECIDO.

A decisão que apreciou o pedido liminar formulado no agravo de instrumento foi prolatada nos seguintes termos:

...

"Inicialmente é de se esclarecer que a ação originária foi proposta em **21 de janeiro de 2020**; portanto, após a vigência do art. 15 da Lei n. 5.010/1966 com redação dada pelo art. 3º da Lei n. 13.876/2019 (1º de janeiro de 2020.),

É de se atentar, que a fixação da competência se dá na propositura da ação.

Destarte, embasado nessas premissas, passo a decidir:

O atual Código de Processo Civil restringe, taxativamente, a interposição do agravo de instrumento às hipóteses previstas no seu artigo 1.015, *in verbis*:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Na ocasião do julgamento proferido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1704520/MT), o C. STJ entendeu que a taxatividade do art. 1.015 do CPC deve ser mitigada, quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

O caso dos autos amolda-se ao referido entendimento jurisprudencial, razão pela qual conheço do mérito do agravo de instrumento.

Conforme disposto pela atual redação do inciso III do art. 15 da Lei n. 5.010/66, se a **Comarca** de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de município sede de Vara Federal, as causas em que o INSS for parte e digam respeito a benefícios de natureza pecuniária poderão ser ajuizadas na justiça comum estadual. Desta forma, a competência federal delegada, somente ocorrerá nas comarcas que distam mais de 70 km de cidade que possua Vara da Justiça Federal.

Em outras palavras, nos casos em que haja Vara Federal em distância de até 70 km da Comarca do segurado, não existe mais a possibilidade de ajuizamento de ações contra o INSS na Justiça Estadual, devendo o segurado demandar perante a Justiça Federal em um dos foros concorrentes do art. 109, § 2º, da CF, entre os quais está o de seu domicílio.

No intuito de dirimir quaisquer dúvidas eventualmente postas, a respeito da distância entre cidades, que conforme o ponto considerado poderiam alcançar ou não os 70 Km fixados pela lei, a Resolução PRES nº 322, de dezembro de 2019 estabelece sobre o exercício da competência da Justiça Federal Delegada nos termos das alterações promovidas pelo artigo 3º da Lei 13.876/2019 e elenca a relação de municípios passíveis da competência federal delegada, sendo as localidades que não constarem desta lista excluídas em relação ao exercício da competência Federal Delegada.

In casu, o município de Votuporanga, quando do ajuizamento ação, encontrava-se sujeita à jurisdição da subseção judiciária de São José do Rio Preto e constava no rol das comarcas listadas na Resolução PRES nº 322, de dezembro de 2019 que distam mais de 70 km de uma Sede de Justiça Federal.

Cumpram anotar que o Provimento CJF3R Nº 35, DE 27 DE FEVEREIRO DE 2020, alterou a jurisdição do município do Votuporanga para a subseção judiciária de Jales.

Ainda que a Resolução/ TRF3 PRES 344, de 27 de fevereiro 2020 tenha excluído referido município da competência delegada, ao menos neste juízo de cognição sumária, entendo que a posterior alteração não desloca a competência para a subseção judiciária de Registro, tendo em vista o princípio da *Perpetuatio Jurisdictionis*.

Assim, a princípio, exsurge a competência do Juízo *a quo* para processar e julgar o feito originário.

Destarte, suspendo a eficácia da decisão agravada.

Ante o exposto, **concedo o efeito** suspensivo e determino o imediato regular processamento do feito no Juízo de origem."

...

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 128140138.

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002787-91.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: JIOVANI DIAS FIGUEIREDO
REPRESENTANTE: BINICIO DIAS FIGUEREDO
Advogado do(a) AGRAVADO: AYDMAR RODRIGUES FARIA - SP350686-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão proferida em ação de restabelecimento de benefício assistencial, que deferiu tutela em favor da parte autora.

Em suas razões de inconformismo, aduz o agravante que, ao contrário do afirmado pelo autor na inicial, no sentido de que o benefício foi cessado por mero formalismo (falta de cadastramento no CADÚnico), verificou-se que não mais persiste no núcleo familiar a hipossuficiência autorizadora ao pagamento do benefício.

Parcialmente deferida a concessão de efeito suspensivo (ID 127951920).

Contrarrazões não apresentadas.

O representante do Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento do recurso (ID 134894123).

É o relatório.

Decido.

A decisão liminar deferiu parcialmente o efeito suspensivo nos seguintes termos:

(...)

“O INSS carrou aos autos diversos documentos novos que não foram objetos de apreciação pelo Juízo *a quo*.

Desta feita, a manifestação deste Juízo sobre as questões ora postas, incorreria, neste momento processual, na supressão do primeiro grau de jurisdição – o que não se admite.

De outro lado, ante a relevância das alegações do INSS, a hipótese é de se determinar ao Juízo *a quo* o reexame dos requisitos para manutenção da tutela.

Ante o exposto, concedo parcial efeito suspensivo, para determinar ao Juízo *a quo*, que reexamine os requisitos autorizadores da tutela deferida à luz dos novos elementos probatórios trazidos pela autarquia.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.”

(...)

Tendo em vista a inexistência de fatos novos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita e, uma vez que a providência determinada em sede liminar é indispensável para o julgamento da causa, inclusive, para reexaminar, se for o caso, a necessidade de implantação do benefício, a fim de garantir o princípio da segurança jurídica, a decisão proferida por este Juízo deve ser convalidada em definitiva.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 127951920.

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5032618-24.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: LUIZ HENRIQUE ANNANIAS
Advogado do(a) AGRAVANTE: NIVALDO BENEDITO SBAGIA - SP155281-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Henrique Annanias, em face de decisão em execução de sentença, que acolheu o cálculo do INSS, que, segundo o agravante, deixou de incluir aos cálculos da execução, o acréscimo de 25% referente ao período de 03/06/2013 a 30/11/2013, proferida nos seguintes termos:

(...)

“A impugnação ao cumprimento de sentença deve ser acolhida.

A contadoria do juízo apurou a correção dos cálculos apresentados pela Autarquia, de modo que deve ser reconhecido o excesso de execução apelado na impugnação ofertada.

Nestes termos, ACOLHO a impugnação ao cumprimento de sentença, homologando os cálculos de folhas 50/54, devendo a execução prosseguir pela quantia de R\$776.13 (setecentos e setenta e seis reais e treze centavos), atualizada até 03/2017. (...)”

Em suas razões de inconformismo, a parte agravante sustenta que tanto o executado quanto a contadoria encontram-se equivocados em seus cálculos, vez que não foi considerado o adicional de 25%, assim, aduz a necessidade de se ajustar os cálculos aos parâmetros da sentença executanda.

Pugna pela concessão da tutela antecipada.

É o relatório.

É certo que a execução de sentença deve observar estritamente o disposto título executivo judicial transitado em julgado.

Verifica-se dos autos que o juízo *a quo*, com todo o zelo, por duas vezes remeteu os autos à Contadoria Judicial (ID 108218253 fls. 74 e fls 87/88), a fim de que se garantisse a correção dos cálculos apresentados e que fossem elaborados respeitando-se as determinações do título executivo.

Por sua vez, a conta de liquidação apresentada pelo perito judicial, atesta que na conferência das planilhas com os valores dos créditos e dos descontos efetuados pelo INSS, verificou o correto pagamento do adicional de 25%, referente ao acompanhante.

Destarte, diante da informação apresentada pelo Contador Judicial, profissional da confiança do juízo e equidistante quanto aos interesses das partes, atestando o correto pagamento do acréscimo de 25% pela autarquia previdenciária, entendo de se manter a decisão do juízo *a quo*.

Ante o exposto, **indefiro** a tutela de urgência requerida.

Intime-se o agravado nos termos do art. 1.019, II, do CPC.

Int.

São Paulo, 5 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5011017-71.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: AMANDO NUNES
Advogado do(a) APELADO: ANA JULIA BRASI PIRES KACHAN - SP180541-A

D E S P A C H O

Tendo em vista a afetação do Tema Repetitivo nº 1.031, referente aos Recursos Especiais 1.831.371/SP, 1.831.377/SP e 1.830.508/RS, pela Primeira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, com acórdão publicado em 21/10/2019, o qual determinou a suspensão do trâmite de todos os processos que têm como objeto a “possibilidade de reconhecimento da especialidade da atividade de vigilante, exercida após a edição da Lei 9.032/1995 e do Decreto 2.172/1997, com ou sem o uso de arma de fogo”, aguarde-se até posterior deliberação.

Int.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010673-76.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: BENEDITO APARECIDO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA DELFINO ORTIZ - SP165156-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontinuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001956-43.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: IOITI SUTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: SORAYA HORN DE ARAUJO MATTOS - SC30303-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por IOITI SUTO em face de decisão que, em sede de ação visando à revisão de benefício previdenciário, indeferiu o pedido de gratuidade judiciária e, na mesma decisão, determinou o recolhimento das custas processuais em 15 (quinze) dias, sob pena de cancelamento da distribuição (ID 123333138 – pp. 18/21).

Sustenta o agravante, em síntese, não possuir condições financeiras de arcar com as custas e despesas do processo, e requer a reforma da decisão, a fim de que seja agraciado com os benefícios da justiça gratuita.

Foi deferida a antecipação da tutela recursal para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita (ID [126071723](#)).

O INSS não apresentou contraminuta (ID 131475087).

É o relatório.

Decido.

Nos termos do artigo 932, inciso V, do Código de Processo Civil e Súmula 568 do STJ, estão presentes os requisitos para o julgamento deste recurso por decisão monoerática.

O artigo 5º, LXXIX, da Constituição da República estendeu, de forma ampla, a fruição da gratuidade judiciária por todos aqueles que comprovarem insuficiência de recursos. O Código de Processo Civil (CPC) veicula, em seu artigo 98, que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

A prova da situação de insuficiência, necessária à gratuidade da justiça, deve observar o disposto pelos §§ 2º e 3º do artigo 99 do CPC. É possível aceitar a declaração da pessoa natural no sentido de que não pode arcar com os custos do processo sem comprometer o sustento de sua família (artigo 99, § 3º, CPC), presumindo-a verdadeira. Trata-se, à evidência, de presunção relativa (*juris tantum*), pois a própria lei processual prevê que o magistrado pode, após determinar a prova da situação financeira, indeferir o benefício quando houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão (artigo 99, § 2º, CPC).

No caso em exame, o agravante afirma que tem como única fonte de rendimento seu benefício de aposentadoria.

O r. Magistrado *a quo* concluiu que a parte autora, tendo em vista seus rendimentos, possui condições de arcar com as despesas e custas do processo (ID 123333138 – pp. 18/21), pois:

"O limite de isenção do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza para pessoas físicas é, atualmente, de R\$ 1.903,98 mensais (Lei n.º 11.482/2007, art. 1º, IX, com a redação dada pela Lei n.º 13.149/2015). O limite de renda fixado pela Defensoria Pública da União para presunção de necessidade econômica, é de R\$ 2.000,00 (Resolução n.º 134/2016 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União). O limite estabelecido para a concessão da justiça gratuita pelo art. 790, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação dada pela Lei n.º 13.467/2017, é de 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS)".

No entanto, cotejando os documentos apresentados, evidencia-se que o agravante comprovou sua incapacidade financeira para suportar as despesas processuais, de forma a ter direito à gratuidade da justiça.

A fim de se criar um parâmetro justo e objetivo para análise e deferimento do benefício pleiteado, há entendimento firmado no âmbito desta e. Nova Turma no sentido de que o valor do teto salarial pago pelo INSS seria o limite de renda para se aferir a hipossuficiência do requerente que, em 2019 era de R\$5.839,45 e, atualmente, está fixado em R\$ 6.101,06 (2020).

Nesse sentido são os seguintes precedentes desta e. Turma:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. REVOGAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA.

- A concessão da justiça gratuita depende da simples afirmação de insuficiência de recursos pela parte (artigo 99, § 3º, do CPC), a qual, no entanto, por gozar de presunção juris tantum de veracidade, pode ser ilidida por prova em contrário.

- Segundo o artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal, é devida a justiça gratuita a quem "comprovar" a insuficiência de recursos. Logo, a norma constitucional prevalece sobre a legislação ordinária, podendo o juiz indeferir a gratuidade a quem não comprovar hipossuficiência real.

- O teto fixado para os benefícios previdenciários, atualmente no valor de R\$ 6.101,06, é um critério legítimo e razoável para a aferição do direito à justiça gratuita.

- À época da distribuição da ação (maio/2018), a parte autora auferia rendimentos mensais em torno de R\$ 3.800,00, e, atualmente, continua trabalhando na mesma empresa com salário aproximado de R\$ 4.100,00.

- Diante do caráter alimentar do rendimento, o valor recebido não deve ser considerado bastante para a exclusão da possibilidade de obtenção da gratuidade.

- O patrocínio da causa por advogado particular não afasta a possibilidade de concessão da justiça gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5028216-94.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA, julgado em 25/04/2020, Intimação via sistema DATA: 30/04/2020)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO.

- Comprovada a hipossuficiência da parte autora em arcar com as custas e despesas processuais.

- Deferimento dos benefícios da Justiça Gratuita.

- Agravo de instrumento provido.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5030087-62.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 06/05/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 11/05/2020)

No caso, conforme restou consignado na decisão que concedeu a tutela recursal (ID [126071723](#)), os rendimentos de aposentadoria por contribuição do agravante ("R\$3.106,69, na competência de setembro/2019") não superaram o teto vigente.

Assim, ausentes outros elementos nos autos, conclui-se que a situação econômica da parte autora autoriza a concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, V, do CPC, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento.

Após as cautelas de praxe, arquivem-se os autos.

Comunique-se. Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010389-41.2017.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: JOAO CARDOSO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: WILSON MIGUEL - SP99858-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Id - 131561042 - Os autos retomaram a esta Turma, por determinação da E. Vice-Presidência e em conformidade com o disposto no art. 1040, II, do CPC/2015, apenas para apreciação de possível dissonância da decisão recorrida como o entendimento consolidado pelo E. Supremo Tribunal Federal no RE n. 870.947.

Sendo assim, nada a apreciar acerca do aumento real e apuração da RMI.

Após decurso de prazo determino o retorno dos autos à Subsecretaria de Feitos da Vice-Presidência para as providências cabíveis.

Inf.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001191-92.2018.4.03.6127
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

APELADO: LUCAS DOS SANTOS MIRANDA, A. C. D. S. M.
REPRESENTANTE: APARECIDA DONISETI BENTO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA LAZAROTO SUTTO - SP327878-A
Advogado do(a) APELADO: LUCIANA LAZAROTO SUTTO - SP327878-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de demanda por meio da qual se pretende a concessão de benefício previdenciário.

O feito transitou fisicamente e foi digitalizado por ocasião da interposição de recurso, consoante determina a Resolução PRES nº 142/2017 desta E. Corte.

No entanto, observo que não há condições de julgamento nesta Corte, sendo imperioso a baixa dos autos à origem para saneamento.

Com efeito, a Resolução PRES nº 142/2017 estabelece em seu artigo 3º que: “*Interposto recurso de apelação e após o seu processamento, cumprirá ao Juízo, como último ato antes da remessa do processo ao Tribunal, intimar o apelante para retirada dos autos em carga, a fim de promover a virtualização dos atos processuais mediante digitalização e inserção deles no sistema PJe*”.

A digitalização deve ser realizada de maneira integral e seguir a ordem sequencial do caderno processual, em ordem crescente de numeração das folhas, bem como observar as formatações previamente estabelecidas para a inserção de documentos no PJe, como se denota das determinações contidas nos itens “b” e “c” do § 1º do retromencionado dispositivo: “§ 1º *A digitalização mencionada no caput far-se-á: (...) b) observando a ordem sequencial dos volumes dos processos; c) nomeando os arquivos digitais com a identificação do volume do processo correspondente, atendidos os tamanhos e formatos previstos na Resolução PRES nº 88, de 24 de janeiro de 2017.*”

No caso em apreço **não foi observada a ordem sequencial**, percebendo-se que os documentos e as peças processuais foram inseridas de forma aleatória, sem nenhum critério, o que ao meu juízo viola o dever de cooperação (CPC, art. 6º) e afronta a boa-fé processual (CPC, art. 5º) por impedir a justa e correta prestação da Justiça.

Ademais, impende considerar que **não foram observadas as diretrizes estabelecidas no art. 5º da Resolução PRES nº 88/2017, no que toca à formatação dos documentos inseridos no presente feito.**

A fim de evitar a prestação jurisdicional inadequada, a Resolução PRES nº 142/2017 estabelece em seu artigo 6º que: “*Não se procederá à virtualização do processo para remessa ao Tribunal, caso apelante e apelado deixem de atender à ordem no prazo assinado, hipótese em que os autos físicos serão acatados em Secretaria no aguardo do cumprimento do ônus atribuído às partes, sem prejuízo de novas intimações para tanto, em periodicidade, ao menos, anual.*”

Portanto, uma vez que a virtualização dos autos físicos não se encontra correta, **determino o retorno do feito à origem** para que o r. Juízo a quo, subsidiariamente:

a) intime o(s) apelante(s) para que promova a adequada virtualização do feito, observando a ordem sequencial de inserção e a formatação dos referidos documentos;

b) intime o(s) apelado(s) para que corrija eventuais falhas de virtualização;

c) não saneadas as irregularidades, cumpra-se o disposto no artigo 6º da Resolução PRES nº 142/2017, acatando-se os autos físicos em Secretaria enquanto se aguarda o cumprimento do ônus atribuído às partes.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5013374-75.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: CARVALHO E DUTRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR
Advogado do(a) AGRAVANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: SINVAL MIRANDA DUTRA JUNIOR - SP159517-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por SINVAL MIRANDA DUTRA JÚNIOR contra r. decisão que deixou de fixar honorários advocatícios sucumbenciais, em fase de execução de sentença, sob o fundamento de pouca complexidade.

O agravante relata que é patrono de Renato Soares Ramalho em ação previdenciária (proc nº 0002313-82.2003.4.03.6183) na qual obteve a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Na fase execução de sentença, “*apresentou cálculos de liquidação de sentença no valor de R\$ 659.486,10, sendo R\$ 620.892,10 ao exequente e R\$ 38.594,00 a título de verba de sucumbência. O INSS, impugnou a execução sob o fundamento de excesso, afirmando em seus cálculos de liquidação de sentença, que o valor devido seria no importe de R\$ 441.933,64, sendo R\$ 416.315,06 devidos ao exequente e R\$ 25.618,58 a título de honorários de sucumbência. Instado a se manifestar o exequente discordou dos valores trazidos pelo INSS, visto que contrariava o título judicial, e requereu a expedição de ordem de pagamento referente ao valor incontroverso, o qual foi indeferido pelo juízo. Interposto agravo de instrumento, o E. TRF3 determinou a expedição do incontroverso. Remetidos os autos a contadoria judicial à qual apresentou os cálculos de liquidação de sentença, no importe de R\$ 655.685,74, sendo R\$ 617.311,00 devidos a exequente e R\$ 38.374,74 a título de verba honorária. Instados a se manifestarem sobre os cálculos de liquidação de sentença ofertados pela contadoria judicial o agravante manifestou sua concordância enquanto o agravado discordou. Sobreveio decisão judicial acolhendo e homologando os cálculos de liquidação judicial ofertados pela contadoria judicial, sendo negado a estipulação de verba honorária na execução, por entender a meirinha que se tratava de ato de pouca complexidade*”.

Sustenta, o agravante, que “*a decisão judicial agravada foi proferida em razão de lide causada pelo executado quando interpôs a impugnação execução com alegação de excesso de execução, gerando em contrapartida a obrigação do exequente em demonstrar a sua inexistência por meio de defesa*”.

Alega que, nos termos do artigo 85, §§ 1.º e 7.º, e 86, do novo CPC, são devidos honorários advocatícios em execução.

Assevera que o proveito econômico corresponde a “*diferença entre o valor executado pelo agravante (R\$659.486,10) e aquele que pretendia pagar o agravado (R\$441.933,64), ou ainda pela diferença entre o valor trazido pelo executado com aquele acolhido pelo juízo (R\$655.685,74)*”.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao final, seu provimento.

É o relatório.

Decido.

O artigo 1.019, inciso I, do CP/15, determina que o relator “*poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão*”, desde que a eficácia da decisão recorrida gere “*risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso*” (artigo 995, parágrafo único, do CPC/15).

Ouseja, é possível a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento desde que fique caracterizado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Conforme se verifica dos autos originários, o autor ajuizou ação, em 2003, sob o patrocínio do advogado ora agravante, objetivando o reconhecimento de tempo de serviço laborado sob condições especiais, a conversão desse período em tempo de serviço comum e a concessão de aposentadoria.

Em decisão final, em sede recursal, a autarquia foi condenada “à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional ao autor; desde a data em que formulado o requerimento administrativo (23/03/2001), contudo, facultando ao demandante a opção pelo cálculo da renda mensal inicial que lhe for mais favorável, considerado o tempo de serviço laborado até 15/12/1998 e até 01/04/2004”.

Após o trânsito em julgado em 22/04/2015. Os autos retornaram à Primeira Instância, tendo o INSS informado que o autor estava em gozo de aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB em 11/01/2013, e, portanto, deveria optar por um dos benefícios.

O autor optou pelo benefício concedido judicialmente, tendo em vista os atrasados a receber e apresentou conta no valor total de R\$ 659.486,11, para janeiro/2017.

O INSS, por sua vez, impugnou a execução e apresentou conta no valor total de R\$ 441.933,64.

Os autos foram encaminhados para a contadoria judicial, que apresentou cálculo apurando o total de R\$ 655.685,74, para janeiro/2017.

O autor obteve, em grau de recurso, o deferimento da expedição de precatório do valor incontroverso, restando expedidos ofícios requisitórios com destaque dos honorários contratuais.

Por fim, o autor concordou com o cálculo do contador judicial, no valor de R\$ 655.685,74, mas houve nova impugnação da autarquia, que protestou pelo acolhimento do valor de R\$ 441.933,64, para janeiro de 2017.

Sobreveio a decisão ora agravada:

“(…)

Por estas razões, não procede a impugnação deduzida pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, devendo a execução prosseguir com base na conta apresentada pela contadoria judicial ao ID 12957310, fls. 162/178, Vol. 3, apontando como devido o valor de R\$ 655.685,74 (seiscentos e cinquenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), atualizados para janeiro de 2017.

Tendo em vista a pouca complexidade do feito, deixo de fixar honorários advocatícios.

Intimem-se.”

No caso, o *periculum in mora* se apresenta na medida em que há risco de a execução prosseguir e ser julgada extinta sem o pagamento de consectário efetivamente devido.

No que tange ao *fumus boni iuris*, os honorários advocatícios devem remunerar o trabalho realizado pelo advogado, ainda que em sede de cumprimento de sentença, com observância do princípio da proporcionalidade.

A respeito dos honorários sucumbenciais, o Código de Processo Civil em vigor dispõe, em seus artigos 85 e 86:

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

§ 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

(…)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

(…)

§ 18. Caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos

Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

Conforme se dessume da norma inserida no § 7º do artigo 85 do CPC, não haverá fixação de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública não impugnar a execução. Esse comando foi previsto no artigo 1-D da Lei nº 9.494, de 10.09.1997, com redação da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001.

O Colendo Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade do artigo 1-D da Lei nº 9.494/1997, ao julgar o RE nº 420.816, nos termos das ementas do acórdão originários e em sede de embargos de declaração, in verbis:

I. Recurso extraordinário: alínea "b": devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-AgrR; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MP 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º). (RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722)

EMENTA: Execução, contra a Fazenda Pública, não embargada: honorários advocatícios indevidos na execução por quantia certa (CPC, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, caput e § 3º). Embargos de declaração: ausência de contradição a sanar no acórdão embargado: rejeição. 1. Na media em que o caput do art. 100 condiciona o pagamento dos débitos da Fazenda Pública à "apresentação dos precatórios" e sendo estes provenientes de uma provocação do Poder Judiciário, é razoável que seja a executada desonerada do pagamento de honorários nas execuções não embargadas, às quais inevitavelmente se deve se submeter para adimplir o crédito. 2. O mesmo, no entanto, não ocorre relativamente à execução de quantias definidas em lei como de pequeno valor, em relação às quais o § 3º expressamente afasta a disciplina do caput do art. 100 da Constituição. (RE 420816 ED, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 20-04-2007 PP-00086 EMENT VOL-02272-05 PP-00946 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 113)

In casu, apresentada a conta de liquidação, esta sofreu oposição da autarquia e, após manifestação da contadoria cujos cálculos apresentaram praticamente o mesmo resultado da conta do exequente, seguindo-se, contudo, nova impugnação foi apresentada pelo INSS, demandando manifestação da parte autora/exequente.

Portanto, não deve ser aplicada na espécie a exceção prevista no artigo 85, § 7º do CPC, pois ocorreu impugnação do INSS, razão pela qual é de rigor a fixação da verba honorária, na forma do § 1º do mesmo artigo.

Desse modo, o advogado faz jus aos honorários sucumbenciais, a serem estipulados na proporção de 10% sobre o proveito econômico obtido, ou seja, sobre a diferença entre o valor aprovado (conforme apurado pela contadoria judicial) e o valor proposto pelo INSS.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO E PROCEDIMENTOS PARA CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL. INPC. PREJUDICADA A APRECIACÃO DO PEDIDO SUCESSIVO DE CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA DEVIDOS EM SEDE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, NO PERCENTUAL DE 10% SOBRE A DIFERENÇA APURADA. AGRAVO DESPROVIDO.

- 1. O título exequendo estabelece que a correção monetária deve ser aplicada na forma prevista no Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, o que atrai a incidência da Resolução n. 267/2013.*
- 2. Ao homologar os cálculos formulados com a incidência do INPC, o Juízo nada mais fez do que cumprir fielmente o disposto no título exequendo, observando o princípio da fidelidade ao título executivo judicial, estando em harmonia com a jurisprudência desta C. Turma.*
- 3. Não há como acolher o pedido do INSS, no sentido de aplicação da TR, pois o pleito ofende a coisa julgada formada no processo de conhecimento.*
- 4. A medida não contraria o entendimento adotado pelo E. STF, pois a Corte Excelsa, ao apreciar o RE 870.947, não reputou inconstitucional a aplicação dos critérios fixados no Manual de Cálculos da Justiça Federal - cuja aplicação, repita-se, foi determinada no título exequendo -, mas sim a utilização da TR para fins de cálculo da correção monetária, que é o critério que a autarquia pretende ver aplicado.*
- 5. Considerando que (i) a decisão agravada obedeceu fielmente ao disposto no título exequendo; ii) o Manual de Cálculos da Justiça Federal não foi considerado inconstitucional pelo STF; (iii) a aplicação da TR para fins de cálculo da correção monetária já foi considerada inconstitucional pelo E. STF, estando pendente, na Excelsa Corte, apenas a modulação dos efeitos da respectiva declaração de inconstitucionalidade, a pretensão recursal não deve ser acolhida.*
- 6. Dada a sucumbência do INSS, resta prejudicada a análise do pedido de condenação da exequente ao pagamento de honorários.*
- 7. A análise do requerimento de gratuidade processual dá-se sob uma perspectiva rebus sic stantibus, o que significa que, alterado o cenário fático existente no momento da respectiva apreciação, faz-se possível a revogação ou concessão da gratuidade, conforme o caso. Isso, aliás, é o que se extrai do artigo 98, §3º, do CPC/2015.*
- 8. Conciliando tais disposições normativas, chega-se à conclusão de que, uma vez deferida a gratuidade processual, poderá haver a sua revogação a qualquer tempo, desde que a parte contrária demonstre ter havido uma mudança na situação existente no momento em que concedida a gratuidade.*
- 9. Segundo o entendimento jurisprudencial dominante, o fato de a parte receber valor relativo a créditos atrasados em função da execução do julgado, ainda que esse numerário seja expressivo, não autoriza a revogação da justiça gratuita, já que essa quantia corresponde àquilo que o segurado deveria ter recebido ao longo de meses e que se tivesse sido pago oportuna e voluntariamente pelo INSS não teria alterado a condição econômica do segurado ou mesmo permitido a configuração da hipossuficiência que autorizou a concessão da gratuidade processual em decisão devidamente fundamentada e não oportunamente impugnada pela autarquia. Noutras palavras, tem-se que a pretensão do INSS não se coaduna com a proibição do venire contra factum proprium. Não pode a autarquia ou seus procuradores se beneficiarem de uma situação a que deram causa, pois isso não se compatibiliza com a vedação do comportamento contraditório, uma manifestação da boa fé objetiva.*
- 10. Esta C. Turma tem reiteradamente decidido que presume-se hipossuficiente quem auferir renda mensal de até R\$3.000,00, valor de aproximadamente 3 salários-mínimos. No caso, o salário de benefício do autor em 30.11.2018 é de R\$ 1.617,91, de maneira que deve-se reputá-lo hipossuficiente para fins de concessão do benefício da justiça gratuita.*
- 11. A agravante não logrou demonstrar ter ocorrido qualquer alteração relevante na situação econômico-financeira do segurado, após a concessão da gratuidade, a não ser o recebimento do montante atrasado que, como já visto, não pode ser considerado para tal finalidade. Benefício da Justiça Gratuita mantido.*
- 12. O artigo 85, §1º, do CPC/2015, estabelece que "São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente".*
- 13. Vencido o INSS na fase de cumprimento de sentença, a ele devem ser carreados os ônus da sucumbência, inclusive a verba honorária que, em função da pouca complexidade da matéria, deve ser mantida em 10% sobre o valor da diferença entre o montante reconhecido como devido e o apresentado pelo INSS.*
- 14. Os honorários foram fixados sobre a diferença entre a conta da exequente e os cálculos da impugnante, de forma que o proveito econômico da ação não supera os 2000 salários-mínimos, condição necessária para atrair a aplicação do inciso III do §3º do art. 85 do CPC, invocado pela agravante a fim de reduzir o percentual da verba para 5% daí porque, fica mantida a condenação tal como determinada na decisão recorrida.*
- 15. Agravo de instrumento desprovido."*

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5011533-79.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, julgado em 21/01/2020, Intimação via sistema DATA: 31/01/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO/5014706-26. PRINCÍPIO DA FIDELIDADE AO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DO MANUAL DE ORIENTAÇÃO E PROCEDIMENTOS PARA CÁLCULOS NA JUSTIÇA FEDERAL VIGENTE. INPC. APELAÇÃO DA EXEQUENTE PROVIDA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA INVERTIDO.

- Recebida a apelação interposta sob a égide do Código de Processo Civil/2015 e, em razão de sua regularidade formal, possível sua apreciação, nos termos do artigo 1.011 do Código de Processo Civil.

- Em sede de execução, deve ser observada a regra da fidelidade ao título executivo.

- Considerando que o título exequendo determinou a correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal, deve ser observada a Resolução 267, do CJF, que prevê o INPC como critério de atualização.

- A medida não contraria o entendimento adotado pelo E. STF, pois a Corte Excelsa, ao apreciar o RE 870.947, não reputou inconstitucionais os critérios fixados no Manual de Cálculos da Justiça Federal - cuja aplicação, repita-se, foi determinada no título exequendo -, mas sim a utilização da TR para fins de cálculo da correção monetária, que é o índice adotado pelo Juízo recorrido.

- Invertido o ônus da sucumbência, fica o INSS condenado ao pagamento de honorários de 10% sobre a diferença entre o montante a ser apurado conforme os critérios ora fixados, e o valor por ele apresentado em seus embargos à execução.

- Apelação provida. Ônus da sucumbência invertido.”

(TRF 3ª Região, 7ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5014706-26.2018.4.03.6183, Rel. Desembargador Federal INES VIRGINIA PRADO SOARES, julgado em 15/06/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 18/06/2020)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCUMBÊNCIA NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. No que tange à sucumbência na fase de cumprimento de sentença, procede a insurgência do recorrente.

2. Verifica-se que a impugnação da Autarquia, cujo cálculo apontava como valor devido R\$ 395.703,17, atualizado para 12.2015, foi rejeitada, tendo sido homologados os cálculos do perito judicial no valor de R\$529.434,19, atualizado para 12.2015.

3. A Autarquia sucumbiu em montante expressivo, passível de aferição, relativo à diferença entre o valor apontado como devido e o valor homologado pelo juízo. Sobre esta base de cálculo cabe a condenação do sucumbente (INSS) ao pagamento de honorários fixados no mínimo legal, conforme previsto no artigo 85, § 2º, do CPC.

4. Cabe a condenação do sucumbente (INSS) ao pagamento de honorários fixados em 10% sobre o valor correspondente à diferença entre o valor pretendido e o valor homologado pelo juízo.

5. Agravo de instrumento provido.” (g.n.)

(TRF 3ª Região, 8ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5006367-66.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal DIVA PRESTES MARCONDES MALERBI, julgado em 27/11/2019, Intimação via sistema DATA: 29/11/2019)

“PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ARTIGO 86, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇA ENTRE OS CÁLCULOS OFERTADOS. PERCENTUAL LEGAL MÍNIMO.

- A legislação processual vigente é clara ao indicar o cabimento de honorários advocatícios em sede de execução de sentença, havendo ou não, resistência do devedor, em virtude do princípio da causalidade, diante da ausência de pagamento espontâneo (artigo 85, §1º do CPC).

- Em execução, a base de cálculo da verba advocatícia é representada pela diferença entre o montante ofertado pela autarquia e o valor apurado como efetivamente devido ao credor (proveito econômico).

- No caso, considerando a pouca complexidade da causa, os honorários advocatícios devem ser fixados no percentual legal mínimo (10%), nos termos do que preceitua o artigo 85, §§2 e 3, inciso I do CPC.

- Assim, fixa-se a verba advocatícia sucumbencial, a cargo da autarquia, no percentual de 10% (dez por cento), a incidir sobre a diferença entre o valor pretendido e o montante acolhido para o prosseguimento da execução.

- Agravo de instrumento provido.” (g.n.)

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5010951-79.2019.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 19/09/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 24/09/2019)

Diante do exposto, defiro a antecipação dos efeitos da tutela para fixar, liminarmente, os honorários advocatícios sucumbenciais em favor do agravante no percentual de 10% sobre a diferença entre o valor apresentado pelo INSS e o valor acolhido pelo Juízo a quo.

Dê-se ciência ao d. Juízo de origem do teor desta decisão.

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do CPC.

Após, retomem-se os autos conclusos.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0030429-47.2013.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: ANEZIO THEODORO MARIANO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
Advogado do(a) APELANTE: MIQUELA CRISTINA BALDASSIN PIZANI - SP192635-N
Advogado do(a) APELANTE: TATIANA CRISTINA DELBON - SP233486-N
APELADO: ANEZIO THEODORO MARIANO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
Advogado do(a) APELADO: MIQUELA CRISTINA BALDASSIN PIZANI - SP192635-N
Advogado do(a) APELADO: TATIANA CRISTINA DELBON - SP233486-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 134203449: Manifesta a parte autora interesse na retenção dos autos físicos, em especial a guarda dos documentos originais e autenticados que foram juntados ao longo da ação. Para tanto, pugna pelo encaminhamento dos autos físicos à Vara de origem após o trânsito em julgado, para que seja lá retirada pela parte.

De acordo com o artigo 10 da Resolução PRES n. 278, de 26/06/2019, há previsão expressa quanto à possibilidade de guarda dos autos físicos pela parte interessada. Nesse sentido, *in verbis*:

“Art. 10 Sem prejuízo de eventual intimação pessoal das partes, por meio de seus procuradores, a critério do Desembargador Federal Relator, a Secretaria Judiciária do Tribunal providenciará a publicação quinzenal de editais de intimação, com a relação dos feitos virtualizados, para que as partes, por meio de seus procuradores, se manifestem, no prazo preclusivo de 45 dias, acerca de eventual desconformidade na digitalização, bem como sobre o interesse em manter a guarda dos respectivos autos ou de alguns de seus documentos originais.

Parágrafo único. Os autos físicos judiciais digitalizados para a tramitação eletrônica ou as peças dele retiradas pelas partes deverão ser preservados pelo seu detentor, até o trânsito em julgado da sentença, a preclusão da decisão final ou, quando admitido, o final do prazo para a propositura de ação rescisória, certificando-se nos autos a retirada pelo interessado, que se obrigará a manter sua guarda e a apresentá-las ao juízo, quando determinado.”

Antes contudo, deverá ser intimado o INSS para que se manifeste expressamente quanto ao pedido formulado pela parte autora.

Prazo: 15 (quinze) dias.

Com a vinda da manifestação, não havendo resistência quanto ao requerido na petição ID 134203449, desde já, em estrita observância ao normativo interno deste Tribunal, **deiro** a guarda dos autos à parte autora, nos termos requeridos.

Contudo, a retirada dos documentos físicos, ou mesmo dos autos do processo, deverá ser realizada na Subsecretaria da Nona Turma deste Tribunal com o retorno das atividades presenciais no prédio sede deste Tribunal. O procurador interessado deverá comparecer com cópia do presente despacho, ocasião em que será devidamente certificada a respectiva entrega da documentação e cientificado o patrono quanto às condições impostas no parágrafo único do artigo 10 da citada Resolução.

Considerando a já certificação do trânsito em julgado do v. acórdão (ID 135060297) e não havendo outras providências a serem adotadas neste feito, remetam-se os autos à Vara de origem

Na remota hipótese do INSS discordar com o pedido de guarda dos documentos, voltem-me os autos conclusos para deliberação.

Intime-se. Cumpra-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0006923-44.2013.4.03.6183
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: ANTONIO ARMANDO FERRATTI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: BRENO BORGES DE CAMARGO - SP231498-A, MAURICIO HENRIQUE DA SILVA FALCO - SP145862-A
Advogado do(a) APELANTE: YARA PINHO OMENA - SP316982
APELADO: ANTONIO ARMANDO FERRATTI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELADO: BRENO BORGES DE CAMARGO - SP231498-A, MAURICIO HENRIQUE DA SILVA FALCO - SP145862-A
Advogado do(a) APELADO: YARA PINHO OMENA - SP316982
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Preliminarmente, intime-se a parte autora para que se manifeste sobre a proposta de acordo oferecida pelo INSS.
Intime-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000100-56.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALÍPIO FERNANDES SANTOS
Advogado do(a) APELADO: MARCELO OLIVEIRA CHAGAS - SP360351-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Tendo em vista a afetação dos Recursos Especiais nºs 1554596/SC, 1596203/PR, pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça (tema 999), que determinou a nova suspensão do trâmite de todos os processos que têm como objeto a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991 (80% dos maiores salários de contribuição de todo período contributivo), na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999 (que leva em conta apenas os salários de contribuição posteriores a julho de 1994), aos Segurados que ingressaram no sistema antes de 26.11.1999 (data de edição da Lei 9.876/1999), aguarde-se até posterior deliberação.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5274831-03.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
PARTE AUTORA: S. B. M. D. S.
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VALDECIR DA COSTA PROCHNOW - SP208934-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária objetivando a concessão do benefício assistencial em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O pedido foi julgado procedente, nos termos da r. sentença meritória (ID 135227323).

Não foi interposto recurso voluntário.

Subiram os autos a esta E. Corte para exame da remessa necessária.

É a síntese do necessário.

Decido.

Nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, estão presentes os requisitos para o julgamento deste recurso por decisão monocrática.

Trata-se de ação previdenciária visando à concessão do benefício assistencial em que foi atribuído à causa o valor de R\$ 11.448,00 em 18/09/2018 (ID 135227189 - Pág. 12).

Do precedente relativo à remessa necessária

A obrigatoriedade da remessa necessária quando prolatada sentença ilíquida contra a União e suas autarquias, inclusive o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), decorre do precedente emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.727/PR, sob a técnica dos repetitivos na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. (Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 03/12/2009).

Evidentemente, seria caso de observar o precedente, por força do que dispõem os artigos 489, §1º, inciso VI, e 927, inciso III, do CPC de 2015, que determina a observância dos acórdãos em resolução de demandas repetitivas, a não ser que se apresente a existência de distinção ou de superação do entendimento.

Da remessa necessária no CPC de 2015

Cumprir transcrever o teor do dispositivo legal que rege a questão:

"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

1 - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

[...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

1 - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;" (sem grifos no original)

Da superação do precedente invocado

O próprio Colendo STJ, aplicando a técnica do *overriding*, em função do confronto entre o precedente cristalizado em 2009 e do novo CPC de 2015, reviu o entendimento anteriormente proferido, no que toca às demandas previdenciárias.

Nesse sentido, considerando que as condenações nas causas de natureza previdenciária não superam o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, a remessa necessária estaria dispensada com amparo na norma do artigo 496, § 3º CPC de 2015.

Nesse sentido, eis a manifestação da Colenda Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3º, I DO CÓDIGO FUX. CONDENÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos.

2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a 1.000 salários-mínimos.

3. As ações previdenciárias, mesmo nas hipóteses em que reconhecido o direito do Segurado à percepção de benefício no valor do teto máximo previdenciário, não alcançarão valor superior a 1.000 salários mínimos.

4. Assim, não obstante a aparente iliquidez, das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e, invariavelmente, não alcançará valor superior a 1.000 salários mínimos.

5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1844937/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019)

Assim, embora a sentença tenha sido submetida ao reexame necessário, segundo entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, aquela Colenda Corte procedeu ao *overrinding*, superando, para as causas de natureza previdenciária, o entendimento do precedente cristalizado que fora invocado.

Da jurisprudência deste E. Tribunal

Sobre o tema, destaco os seguintes julgados desta e. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIDO.

- Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual se impõe o afastamento do reexame necessário.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 6078868-74.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 02/04/2020, Intimação via sistema DATA: 03/04/2020)

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

I- O § 3º do art. 496 do CPC, de 2015, dispõe não ser aplicável a remessa necessária "quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público".

II- Em razão da similitude do caso, merece referência o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg, no REsp. nº 637.676, no qual foi determinada a incidência imediata da lei processual aos feitos pendentes de julgamento por ocasião do advento da Lei nº 10.352/01, que dispensou a remessa necessária às condenações não excedentes ao valor nela mencionado.

III - In casu, observa-se que o valor da condenação não excede a 1.000 (mil) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

IV- Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 1581471 - 0022461-04.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA, julgado em 25/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018)

Na hipótese dos autos, evidencia-se que embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não excederá esse montante, razão pela qual a remessa oficial não merece ser conhecida.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, inciso III, do CPC, **não conheço** da remessa oficial.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, remetam-se os autos ao d. Juízo de origem.

Intímem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001068-50.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: MARIA EDUARDA FERREIRA SILVANO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ANGELA PAULA VITORINO - MS18119-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciarem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5155478-66.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: GRAZIELA DE CAMARGO GODINHO
Advogado do(a) APELANTE: REGIANE DE FATIMA GODINHO DE LIMA - SP254393-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sema mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5277756-69.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
PARTE AUTORA: ALESSANDRO FELICIANO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: JOSUE DIAS PEITL - SP124258-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação que busca a concessão de auxílio-acidente previdenciário.

Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito, julgando procedente o pedido, para condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benepício à parte autora, a partir da data de cessação do benefício de auxílio-doença precedente, em 25/10/2017, fixados consectários.

O *decisum* foi submetido ao reexame necessário (doc. 135785859).

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este Tribunal.

Decido.

Aplicável o disposto no art. 932, III, do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o art. 496, § 3º, inciso I, do diploma processual, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que a sentença não será submetida ao reexame necessário quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, em desfavor da União ou das respectivas autarquias e fundações de direito público.

No caso dos autos, considero as datas do termo inicial do benefício e da prolação da sentença, em 27/03/2020 (doc. 135785859). Atendo-me ao teto para o salário-de-benefício como parâmetro de determinação do valor da benesse. Verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Diante do exposto, não conheço da remessa oficial.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010099-21.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
AGRAVANTE: MARIA DA CONCEICAO ALCANTARA
Advogado do(a) AGRAVANTE: PATRICIA JACQUELINE DE OLIVEIRA LIMA - SP299707-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maria da Conceição Alcântara, em face de decisão proferida em ação de concessão de benefício previdenciário cumulado com pedido de indenização por dano moral, que reduziu de ofício o valor da causa atribuído pelo(a) autor(a) por entender que o valor auferido ao dano moral não ultrapassaria R\$10.000,00 e declinou da competência em favor do Juizado Especial Federal da mesma Subseção Judiciária.

Em suas razões de inconformismo, aduz o(a) agravante que atribuiu corretamente o valor da causa, tendo em vista que este corresponde à soma das quantias devidas a título da aposentadoria pleiteada (R\$ 35.751,10) como dano moral pretendido (R\$ 32.501,00), totalizando R\$68.252,10, razão pela qual ultrapassa sessenta salários mínimos.

Aduz que o juízo *a quo*, ao fixar o dano moral em valor inferior ao pretendido pelo agravante e em valor inferior também ao limite estabelecido pela jurisprudência, o r. Juízo de 1ª instância ataca o mérito do processo, estabelecendo, antes da instrução processual, valor máximo à título de indenização em montante muito inferior ao pretendido.

Assim, é insubsistente a decisão impugnada.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de determinar o processamento e julgamento da ação no Juízo Federal da 4ª Vara Federal de Guarulhos/SP.

Foi deferido o efeito suspensivo (ID 131181092).

Contrarrazões não apresentadas.

É o relatório.

DECIDO.

A decisão que apreciou o pedido liminar formulado no agravo de instrumento foi prolatada nos seguintes termos:

...

"Em recente proferido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia (REsp 1704520/MT), o C. STJ entendeu que a taxatividade do art. 1.015 do CPC deve ser mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Cumprir considerar a possibilidade de se cumular, numa mesma ação, a concessão de benefício previdenciário e a indenização de danos morais em consequência do indeferimento administrativo considerado irregular.

A teor do art. 327 do CPC (art. 292 do CPC/73), permite-se cumulação de vários pedidos num único processo, independentemente de serem ou não conexos, desde que compatíveis entre si, observadas a competência do mesmo juízo para conhecer de todas as pretensões formuladas e a adequação do tipo de procedimento, neste caso admitido o ordinário se diversos os modos de processamento (§1º, incisos I, II, e III).

A concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários, embasada no indeferimento administrativo, compete à justiça federal (art. 109, I, da CF) porque deduzida a respectiva ação em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ressalvada a competência dos juízos estaduais nas comarcas onde não exista vara federal (§3º).

Já a reparação por dano moral tem seu fundamento no suposto ato ilícito praticado pela Administração Pública, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, exsurgindo daí o nexo causa l entre a lesão suportada pelo segurado e seu direito à concessão do benefício pretendido junto ao Instituto Autárquico que o indeferiu.

E porque ambas as questões conexas à matéria previdenciária, admite-se a cumulação entre os dois pedidos.

Aliás, a 3ª Seção deste E. Tribunal já decidiu que "se a lide tem por objeto não só a concessão de benefício previdenciário, mas também a indenização por danos morais, cuja causa de pedir reside na falha do serviço, é de se admitir a cumulação dos pedidos, perante a Justiça Estadual, pois se cuida de causa em que são partes o INSS e o segurado, na forma do art. 109, § 3º da Constituição de 1988." (CC nº 2007.03.00.084572-7, Rel. Des. Fed. Castro Guerra, j. 13/12/2007, DJU 25/02/2008, p. 1130).

E para tanto, a fixação do valor da causa também deve observar a cumulação, a fim de corresponder ao benefício econômico pretendido pelo autor em razão da demanda.

Nesse sentido a jurisprudência da 3ª Seção do C. Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E DA COMPETÊNCIA. ARTS. 258, 259, II, E 260 DO CPC C/C 3º, § 2º; DA LEI 10.259/01. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL.

1. A indenização por danos morais soma-se aos demais pedidos, a teor do art. 259, II, do Código de Processo Civil. 2. O conteúdo econômico da lide é determinante para a fixação do valor da causa e, por conseguinte, da competência do juizado Especial Federal. In casu, o montante de 60 salários mínimos, previsto na Lei 10.259/01, foi superado. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Cível de Canoas - SJ/RS, o suscitado. ..EMEN:(CC 200802071429, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:04/02/2009

De outro lado, em se tratando de ação onde se cumula o ressarcimento de danos morais e a aposentação, para fins de fixação do valor da causa, a indenização por dano moral não deve ultrapassar o dano material.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL COMUM E JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES VENCIDAS E VINCENDAS, ALÉM DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO VALOR DA CAUSA E DA COMPETÊNCIA. ARTS. 258, 259, II, E 260 DO CPC C/C 3º, § 2º; DA LEI 10.259/01. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM FEDERAL.

1. A indenização por danos morais soma-se aos demais pedidos, a teor do art. 259, II, do Código de Processo Civil. 2. O conteúdo econômico da lide é determinante para a fixação do valor da causa e, por conseguinte, da competência do juizado Especial Federal. In casu, o montante de 60 salários mínimos, previsto na Lei 10.259/01, foi superado. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da Vara Cível de Canoas - SJ/RS, o suscitado. ..EMEN:(CC 200802071429, ARNALDO ESTEVES LIMA, STJ - TERCEIRA SEÇÃO, DJE DATA:04/02/2009

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALTERAÇÃO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL DESCABIDA.

- Possível a alteração de ofício do valor da causa por se tratar de matéria de ordem pública, implicando, até, na complementação das custas processuais.

(...)

- Em princípio, o valor do dano moral é estimado pelo autor. Mas, se o propósito de burlar regra de competência é evidente, o juiz pode alterá-lo de ofício, devendo, porém, indicar valor razoável e justificado. O valor deve ser compatível com o dano material, não devendo ultrapassá-lo, de regra, salvo situações excepcionais devidamente esclarecidas na petição inicial.

(...)

- Agravo de instrumento a que se dá provimento para que a demanda seja processada e julgada na Justiça Federal de Piracicaba."

(AI nº 2008.03.00.01332-1/SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Therezinha Cazerta, DJF3 07/07/2009, p. 541).

E, ainda:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL. 1. Não há óbice à cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, já que o Juízo a quo é competente para apreciar ambos os pedidos formulados, isto é, tanto a matéria previdenciária quanto a cível. O pedido indenizatório constitui questão secundária e indissociável da pretensão principal, tendo em vista que a procedência daquele pedido dependerá de a parte autora demonstrar a ocorrência do dano e seu nexo de causalidade com a conduta (supostamente ilícita) do INSS de indeferir, em âmbito administrativo, o benefício pleiteado.

2. Tendo o valor da causa reflexos na competência do Juízo para a demanda (art. 3º, § 3º, Lei nº 10.259/2001), bem como na verba de sucumbência e nas custas processuais, não pode o autor fixá-lo ao seu livre arbítrio. O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico perseguido pela parte, podendo o magistrado, de ofício, com base nos elementos fáticos do processo, determinar a sua adequação.

3. É certo que, havendo cumulação dos pedidos de concessão de benefício previdenciário e de indenização por danos morais, os respectivos valores devem ser somados para efeito de apuração do valor da causa (inteligência do art. 259, II, do CPC). Contudo, a pretensão secundária não poderia ser desproporcional em relação à principal, de modo que, para definição do valor correspondente aos danos morais, deveria ter sido utilizado como parâmetro o quantum referente ao total das parcelas vencidas e vincendas do benefício previdenciário pretendido.

4. Sendo excessivo o valor atribuído à indenização por danos morais, vale dizer, ultrapassando o valor pretendido o limite equivalente ao total das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício (inteligência do art. 260 do CPC), é perfeitamente possível que o Juízo reduza, de ofício, o valor da causa, ao menos provisoriamente, com vistas à fixação da competência para o julgamento do feito.

5. No caso em análise, apurou-se, em princípio, que a soma das parcelas vencidas mais doze vincendas do benefício totalizaria a quantia de R\$ 12.842,62, de modo que, se acrescermos a mesma quantia (considerada como valor limite para a indenização por danos morais), o valor total da causa não ultrapassaria sessenta vezes o salário mínimo vigente à época do ajuizamento, do que se conclui que deve ser mantida a decisão de remeter os autos ao juízo Especial Federal.

6. Agravo Legal a que se nega provimento."

(AI nº 2012.03.00.034397-3/SP, 7ª Turma, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, DJF3 29/05/2013).

In casu, verifica-se, que a soma dos valores correspondentes à pretensão da autoria - quantias devidas a título da aposentadoria pleiteada acrescidas da reparação por dano moral - excede sessenta salários mínimos; portanto, não é hipótese de competência do JEF.

Ante o exposto, **concedo** o efeito suspensivo e determino o prosseguimento do feito da 4ª Vara Federal de Guarulhos."

...

Não há nos autos novos elementos aptos a infirmar a fundamentação da decisão transcrita.

Ante o exposto, **dou provimento** ao agravo de instrumento, para convalidar em definitiva a decisão ID 131181092.

Int.

São Paulo, 4 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5020310-87.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
AGRAVANTE: MARIA APARECIDA AVILA GARCIA LEITE
Advogado do(a) AGRAVANTE: RENATO BETIO - SP191562
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Maria Aparecida Ávila Garcia Leite, com pedido de efeito suspensivo, em face de decisão, reiterada em embargos de declaração, em sede de ação previdenciária em fase de cumprimento de sentença, que fixou o termo inicial dos cálculos em incorreta da fixada na sentença.

Relata o agravante que após o trânsito em julgado da fase de conhecimento, apresentou aos autos o cálculo de liquidação, sendo que após a impugnação por parte do INSS, foi elaborada conta pelo Contador do Juízo, sendo acolhida em parte a impugnação.

Discorre que o Juízo a quo proferiu decisão considerando a data exposta nos cálculos do Contador do Juízo, ao fundamento de que o acórdão exequendo fixou como termo inicial do benefício a partir da data do indeferimento administrativo, aos 01/03/2010, mas que no entanto não é essa a data, mas em 07/10/2009.

Relata que opôs embargos a execução, sendo que o juízo considerou que, como o exequente não se insurgiu contra o referido acórdão pelos meios próprios para sanar a contradição nele existente, o acórdão não poderia ser modificado em razão do trânsito em julgado.

Requeru o efeito suspensivo à decisão agravada para que seja constatado o erro na data do indeferimento do benefício descrita no acórdão, com a consequente readequação dos cálculos e por fim seja julgado procedente o recurso.

Devidamente intimada, a parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta.

Em síntese, é o processado. Passo a decidir.

Cinge-se a controvérsia a perscrutar se a data contida no acórdão, referente à data do indeferimento do benefício pela administração, pode ser alterada após o trânsito em julgado, no caso de haver erro material.

Os títulos judiciais em que se fundam execuções por quantia certa movidas contra a Fazenda Pública devem revestir-se, necessariamente, dos atributos da liquidez e exigibilidade (art. 603, I do CPC/2015).

Ademais, o título executivo judicial, como um todo, não se deve revestir de qualquer nulidade ou inconsistência, notadamente no que diz respeito à correlação lógica entre seus fundamentos e a parte dispositiva, afeta ao contexto da própria exatidão formal.

Dessa forma, faz-se necessário a análise da fixação do termo inicial do benefício e data do indeferimento do benefício pela administração, para consequente readequação dos cálculos.

Na hipótese em exame, o Acórdão (fls. 4 ID 4483066) assinalou que ficaria mantida a "concessão do auxílio-doença desde o indeferimento administrativo, aos 01/03/2010 (fls. 72)" sendo que a decisão em cumprimento de sentença consignou que o *dies a quo* a mesma data.

A r. sentença determinou o pagamento do benefício pleiteado a contar da data do indeferimento administrativo do benefício, mas não apontou a data.

A agravante alega que o indeferimento administrativo se deu em 07/10/2009, conforme documento de fls. 18 dos autos, não rechaçado pelo impugnante.

Embora esteja correto que a data da implantação do benefício por determinação judicial se deu em 01/03/2010, conforme fls. 02 do documento ID 4483066, o documento alegado não comprova o alegado.

O citado documento de fls. 18 (fls. 1 ID 4483067) se refere a requerimento protocolado pela autora junto ao INSS, na data de 07/10/2009, onde solicitou apenas a retificação de seus dados cadastrais.

Não consta de tal documento qualquer referência a pedido de auxílio doença, pelo contrário, a autora requereu a retificação dos recolhimentos de contribuição previdenciária, assinalando que tal erro poderia prejudicá-la quando do fosse requerer algum benefício previdenciário.

Assim, considerando que o documento não comprova o indeferimento do benefício previdenciário, deve ser mantida a decisão como lançada.

Pelas razões expostas, indefiro o efeito suspensivo e NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5272810-54.2020.4.03.9999

RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES

PARTE AUTORA: EDEVALDO ALVES DE AGUIAR SOBRINHO

CURADOR: ILDETE DA SILVA DE ARAUJO SOLDATI

Advogados do(a) PARTE AUTORA: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N,

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação que busca a concessão de benefício de prestação continuada.

Com processamento regular, foi proferida sentença de mérito, julgando procedente o pedido, para condenar o ente securitário à outorga da benesse, a partir da data de entrada do requerimento administrativo, em 21/06/2017, fixados consectários, antecipados os efeitos da tutela de mérito (doc. 134911563).

Sem recurso voluntário, subiram os autos a este Tribunal, por força de remessa oficial (doc. 134911587).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do reexame necessário.

Decido.

Aplicável o disposto no art. 932, III, do Código de Processo Civil, extensível à eventual remessa oficial, a teor da Súmula 253 do C. Superior Tribunal de Justiça.

De fato, o artigo 496, § 3º, inciso I, do diploma processual, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, dispõe que a sentença não será submetida ao reexame necessário quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, em desfavor da União ou das respectivas autarquias e fundações de direito público.

No caso dos autos, considerando as datas do termo inicial do benefício, em 21/06/2017, e da prolação da sentença, quando houve a antecipação dos efeitos da tutela de mérito, em 14/06/2020 (doc. 134911563), bem como o valor da benesse, de um salário mínimo, verifico que a hipótese em exame não excede os mil salários mínimos.

Diante do exposto, não conheço da remessa oficial.

Observadas as formalidades legais, remetam-se os autos à vara de origem.

Intimem-se.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5001979-67.2017.4.03.9999

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

PARTE AUTORA: ARMINDA PEREIRA FARIA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ARNO ADOLFO WEGNER - MS12714-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de prestação continuada em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Após anulação da sentença (ID 3819922), o pedido foi julgado procedente, nos termos da nova r. sentença meritória (ID 135747790 – Págs. 23-27).

Não foi interposto recurso voluntário.

Subiram os autos a esta E. Corte para exame da remessa necessária.

É a síntese do necessário.

Decido.

Nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil, estão presentes os requisitos para o julgamento deste recurso por decisão monocrática.

Trata-se de ação previdenciária visando à concessão do benefício de prestação continuada em que foi atribuído à causa o valor de R\$ 8.136,00 em 26/10/2013 (ID 668378 - Pág. 09).

Do precedente relativo à remessa necessária

A obrigatoriedade da remessa necessária quando prolatada sentença ilíquida contra a União e suas autarquias, inclusive o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), decorre do precedente emanado do Colendo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.101.727/PR, sob a técnica dos repetitivos na forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil (CPC) de 1973. (Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 03/12/2009).

Evidentemente, seria caso de observar o precedente, por força do que dispõem os artigos 489, §1º, inciso VI, e 927, inciso III, do CPC de 2015, que determina a observância dos acórdãos em resolução de demandas repetitivas, a não ser que se apresente a existência de distinção ou de superação do entendimento.

Da remessa necessária no CPC de 2015

Cumpra transcrever o teor do dispositivo legal que rege a questão:

"Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

[...]

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;" (sem grifos no original)

Da superação do precedente invocado

O próprio Colendo STJ, aplicando a técnica do *overriding*, em função do confronto entre o precedente cristalizado em 2009 e do novo CPC de 2015, reviu o entendimento anteriormente proferido, no que toca às demandas previdenciárias.

Nesse sentido, considerando que as condenações nas causas de natureza previdenciária não superam o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, a remessa necessária estaria dispensada com amparo na norma do artigo 496, § 3º CPC de 2015.

Nesse sentido, eis a manifestação da Colenda Corte Superior de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA ILÍQUIDA. ART. 496, § 3º, I DO CÓDIGO FUX. CONDENÇÃO OU PROVEITO ECONÔMICO INFERIOR A MIL SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR AFERÍVEL POR CÁLCULO ARITMÉTICO. POSSIBILIDADE DE MENSURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte, no julgamento do REsp. 1.101.727/PR, representativo de controvérsia, fixou a orientação de que, tratando-se de sentença ilíquida, deverá ser ela submetida ao reexame necessário, uma vez que não possui valor certo, estabelecendo que a dispensabilidade da remessa necessária pressupunha a certeza de que o valor da condenação não superaria o limite de 60 salários mínimos.

2. Contudo, a nova legislação processual excluiu da remessa necessária a sentença proferida em desfavor da União e suas respectivas Autarquias cujo proveito econômico seja inferior a 1.000 salários-mínimos.

3. As ações previdenciárias, mesmo nas hipóteses em que reconhecido o direito do Segurado à percepção de benefício no valor do teto máximo previdenciário, não alcançarão valor superior a 1.000 salários mínimos.

4. Assim, não obstante a aparente iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos, os quais são expressamente previstos na lei de regência, e, invariavelmente, não alcançará valor superior a 1.000 salários mínimos.

5. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1844937/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 22/11/2019)

Assim, embora a sentença tenha sido submetida ao reexame necessário, segundo entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, aquela Colenda Corte procedeu ao *overriding*, superando, para as causas de natureza previdenciária, o entendimento do precedente cristalizado que fora invocado.

Da jurisprudência deste E. Tribunal

Sobre o tema, destaco os seguintes julgados desta e. Corte:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIDO.

- Na hipótese dos autos, embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não ultrapassa o limite legal previsto, enquadrando-se perfeitamente à norma insculpida no parágrafo 3º, I, artigo 496 do NCPC, razão pela qual se impõe o afastamento do reexame necessário.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, RemNecCiv - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 6078868-74.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal GILBERTO RODRIGUES JORDAN, julgado em 02/04/2020, Intimação via sistema DATA: 03/04/2020)

AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL. NÃO CONHECIMENTO.

I- O § 3º do art. 496 do CPC, de 2015, dispõe não ser aplicável a remessa necessária "quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I) 1.000 (mil) salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público".

II- Em razão da similitude do caso, merece referência o entendimento firmado pelo C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg. no REsp. nº 637.676, no qual foi determinada a incidência imediata da lei processual aos feitos pendentes de julgamento por ocasião do advento da Lei nº 10.352/01, que dispensou a remessa necessária às condenações não excedentes ao valor nela mencionado.

III - In casu, observa-se que o valor da condenação não excede a 1.000 (mil) salários mínimos, motivo pelo qual a R. sentença não está sujeita ao duplo grau obrigatório.

IV- Agravo improvido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, ReeNec - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL - 1581471 - 0022461-04.2005.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NEWTON DE LUCCA, julgado em 25/06/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/07/2018)

Na hipótese dos autos, evidencia-se que embora a sentença seja ilíquida, resta evidente que a condenação ou o proveito econômico obtido na causa não excederá esse montante, razão pela qual a remessa oficial não merece ser conhecida.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 932, inciso III, do CPC, **não conheço** da remessa oficial.

Oportunamente, observadas as cautelas de estilo, remetam-se os autos ao d. Juízo de origem.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016810-42.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 31 - DES. FED. DALDICE SANTANA
AGRAVANTE: EDMEEA APARECIDA BORIN VERONEZZI
Advogado do(a) AGRAVANTE: WALDEMAR DE OLIVEIRA RAMOS JUNIOR - SP95226-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora em face da decisão que, em sede de cumprimento de sentença, indeferiu pedido de reserva de honorários contratuais ao seu patrono.

Em síntese, sustenta a reforma da decisão, pois o fato do contrato de honorários ter sido assinado depois do ajuizamento da ação não impede o destacamento dos honorários contratuais, principalmente, considerando que esta é a segunda ação proposta em nome da agravante e seus procuradores são conhecidos, além de ter acostado aditivo autorizando o destaque de honorários.

Requer a concessão do efeito suspensivo a este recurso.

É o relatório.

Presentes os requisitos dispostos no artigo 932 do Código de Processo Civil (CPC), julgo de forma monocrática.

Discute-se o indeferimento do pedido de reserva de honorários contratuais, em razão do contrato de honorários ter sido celebrado posteriormente ao ajuizamento da ação, não havendo certeza quanto aos limites da obrigação originariamente constituída, contrariando o artigo 783, do CPC.

Este recurso **não merece seguimento**, por faltar-lhe um dos requisitos subjetivos de admissibilidade, qual seja: a legitimidade recursal.

Com efeito, como condição de procedibilidade dos recursos, exige-se o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, dentre eles, a legitimidade recursal.

O artigo 996 do CPC prevê a possibilidade de interposição de recurso pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

No caso dos autos, a parte autora pleiteia o destaque da verba honorária contratual na requisição de pagamento.

Resalte-se: os honorários advocatícios estabelecidos por contrato entre o advogado e seu constituinte têm caráter personalíssimo de direito garantido pelo Estatuto da OAB; portanto, cabe apenas ao advogado requerer o respectivo levantamento.

Sobre essa questão, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de a parte não ter legitimidade para, em nome próprio, requerer o destacamento dos honorários contratuais da execução, os quais devem ser requeridos pelo advogado, mediante a juntada aos autos do contrato de honorários.

Nesse sentido, confirmam-se (g.n.):

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. EXECUÇÃO. DESTAQUE. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO ADVOGADO. (...) 2. "A parte não pode, em nome próprio, pretender destacar, da execução, a parte relativa aos honorários contratuais que firmou com o seu causídico. Tal legitimidade é conferida à parte apenas no que diz respeito aos honorários sucumbenciais, e não aos contratuais" (EDcl no AgRg no REsp 876534/RS, 5ª Turma, Min. Félix Fischer, DJe de 28.04.2008). 3. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 884.250/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 03/12/2008)

"PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC - NÃO-OCORRÊNCIA - DESTAQUE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS - EXECUÇÃO - ILEGITIMIDADE DA PARTE EXEQUENTE - PRECEDENTES. (...) 3. "Quanto aos honorários contratuais, pactuados diretamente entre a parte e seu respectivo patrono, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que inexistente legitimidade da parte para, de forma autônoma, executar tais parcelas. Nos termos do art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94, o destaque da verba honorária deve ser requerido pelo advogado, em seu próprio nome, mediante juntada aos autos do contrato de honorários." (AgRg no REsp 970.497/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 11.11.2008, DJe 1º.12.2008). Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 929.881/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 07/04/2009)

Depreende-se, portanto, que o autor da ação previdenciária subjacente **não detém legitimidade** para postular o destaque da verba honorária contratada entre ele e o seu patrono, por ser de interesse exclusivo deste, em nada aproveitando à parte recorrente, revelando sua total falta de interesse processual e econômico, e conseqüente ilegitimidade, para a propositura do presente recurso.

Assim, somente o causídico poderia figurar no polo ativo deste agravo de instrumento.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932, III, do CPC, **não conheço deste recurso**.

Oportunamente, obedecidas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007828-39.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARIA DE FATIMA VIEIRA ROCHA
Advogado do(a) AGRAVADO: LAURINDO DE OLIVEIRA - SP212087
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS contra decisão que julgou improcedente a impugnação à execução, considerando devidos os valores a título de aposentadoria por invalidez, durante período em que a parte autora contribuiu como segurado obrigatório do RGPS por exercer atividade laborativa remunerada (ID 129071777 – pp. 89/92).

Sustenta, o agravante, que os benefícios por incapacidade não são complementares à renda e sim substituição da renda quando o segurado não pode exercer atividade laborativa. Portanto, "rem-se a incompatibilidade entre o recebimento de benefício por incapacidade e o exercício de atividade remunerada, conforme art. 42 da lei nº 8.213/91", devendo, tais períodos, serem excluídos do cálculo.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao agravo de instrumento e, ao final, seu provimento, para que sejam aceitos os cálculos apresentados pelo ora agravante.

É o necessário.

Decido.

Nos termos do artigo 932 do CPC, estão presentes os requisitos para o julgamento por decisão monocrática.

No caso, a controvérsia cinge-se à possibilidade de desconto, em fase de liquidação do julgado, das parcelas de benefício por incapacidade, devidas à parte autora, durante período em que exercida atividade laboral.

A sentença condenou o INSS à concessão de “auxílio-doença a contar do pedido administrativo e a aposentadoria por invalidez, a contar da data da citação, ficando a cargo do requerido o cálculo dos benefícios, com pagamento dos benefícios, com pagamento dos atrasados de uma única vez”, corrigidos monetariamente e com juros de mora, nada dispondo a respeito da necessidade de devolução de eventuais valores relativos a período em que exercida atividade laboral concomitantemente (ID 129071777 – pp. 12/17).

Da mesma forma, o acórdão transitado em julgado em 19/02/2015 (ID 129071777 – p. 33) não abordou tal questão (ID 129071777 – pp. 22/31).

Quanto às parcelas devidas a título de benefício por incapacidade durante o período em que a parte autora exerceu atividade laboral, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 24/06/2020, negou provimento aos **Recursos Especiais nºs 1.786.590 e 1.788.700, objetos do Tema 1013**, firmando a seguinte tese: “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.” (grifei), cuja decisão encontra-se publicada no DJe de 01/07/2020.

Por oportuno, confira-se a ementa do julgado mencionado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. TEMA REPETITIVO 1.013/STJ. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA. DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO SEGURADO. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA DO SEGURADO. FUNÇÃO SUBSTITUTIVA DA RENDA NÃO CONSUBSTANCIADA. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO CONJUNTO DA RENDA DO TRABALHO E DAS PARCELAS RETROATIVAS DO BENEFÍCIO ATÉ A EFETIVA IMPLANTAÇÃO. TESE REPETITIVA FIXADA. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA 1. O tema repetitivo ora controvertido consiste em definir a “possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício.” 2. Os fatos constatados no presente Recurso Especial consistem cronologicamente em: a) o segurado teve indeferido benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) na via administrativa; b) para prover seu sustento, trabalhou após o indeferimento e entrou com ação judicial para a concessão de benefício por incapacidade; c) a ação foi julgada procedente para conceder o benefício desde o requerimento administrativo, o que acabou por abranger o período de tempo em que o segurado trabalhou; e d) o debate, travado ainda na fase ordinária, consiste no entendimento do INSS de que o benefício por incapacidade concedido judicialmente não pode ser pago no período em que o segurado estava trabalhando, ante seu caráter substitutivo da renda e à luz dos arts. 42, 46 e 59 da Lei 8.213/1991. 3. A presente controvérsia e, conseqüentemente, a tese repetitiva que for fixada não abrangem as seguintes hipóteses: 3.1. O segurado está recebendo regularmente benefício por incapacidade e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade, em que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento que justifique a cumulação, e a função substitutiva da renda do segurado é implementada de forma eficaz. 3.2. O INSS alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) somente na fase de cumprimento da sentença, pois há elementos de natureza processual prejudiciais à presente tese a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 20.8.2012). 3.3. O INSS alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) somente na fase de cumprimento da sentença, pois há elementos de natureza processual prejudiciais à presente tese a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 20.8.2012). 4. Alguns benefícios previdenciários possuem a função substitutiva da renda auferida pelo segurado em decorrência do seu trabalho, como mencionado nos arts. 2º, VI, e 33 da Lei 8.213/1991. Em algumas hipóteses, a substitutividade é abrangida, como no caso de ser possível a volta ao trabalho após a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991). Em outras, a substitutividade resulta na incompatibilidade entre as duas situações (benefício e atividade remunerada), como ocorre com os benefícios auxílio-doença por incapacidade e aposentadoria por invalidez. 5. Desses casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é pressuposto que a incapacidade total para o trabalho seja temporária ou definitiva, respectivamente. 6. Como consequência, o Regime Geral de Previdência Social arca com os citados benefícios por incapacidade para consubstanciar a função substitutiva da renda, de forma que o segurado que não pode trabalhar proveja seu sustento. 7. A cobertura previdenciária, suportada pelo regime contributivo solidário, é o provimento do sustento do segurado enquanto estiver incapaz para o trabalho. 8. É decorrência lógica da natureza dos benefícios por incapacidade, substitutivos da renda, que a volta ao trabalho seja, em regra, causa automática de cessação desses benefícios, como se infere do requisito da incapacidade total previsto nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/1991, com ressalva ao auxílio-doença. 9. No caso de aposentadoria por invalidez, o art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) estabelece como requisito a incapacidade “para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência”, e, assim, a volta a qualquer atividade resulta no automático cancelamento do benefício (art. 46). 10. Já o auxílio-doença estabelece como requisito (art. 59) que o segurado esteja “incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual”. Desse modo, a função substitutiva do auxílio-doença é restrita às duas hipóteses, fora das quais o segurado poderá trabalhar em atividade não limitada por sua incapacidade. 11. Alinhada a essa compreensão, já implícita desde a redação original da Lei 8.213/1991, a Lei 13.135/2015 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 60 daquela, com a seguinte redação (grifos acrescentados): “§ 6º O segurado que durante o gozo do auxílio-doença vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência poderá ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade. § 7º Na hipótese do § 6º, caso o segurado, durante o gozo do auxílio-doença, venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas.” 12. Apresentado esse panorama legal sobre o tema, importa estabelecer o ponto diferencial entre a hipótese fática dos autos e aquela tratada na lei: aqui o segurado requereu o benefício, que lhe foi indeferido, e acabou trabalhando enquanto não obteve seu direito na via judicial; já a lei trata da situação em que o benefício é concedido, e o segurado volta a trabalhar. 13. A presente controvérsia cuida de caso, portanto, em que falhou a função substitutiva da renda, base da cobertura previdenciária dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. 14. O provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferiu incorretamente o benefício, sendo inexigível do segurado que aguarde a efetivação da tutela jurisdicional sem que busque, pelo trabalho, o suprimento da sua subsistência. 15. Por culpa do INSS, resultado do equívocado indeferimento do benefício, o segurado teve de trabalhar, incapacitado, para o provimento de suas necessidades básicas, o que doutrinária e jurisprudencialmente convencionou-se chamar de sobre-esforço. Assim, a remuneração por esse trabalho tem resultado inafastável da justa contraprestação pecuniária. 16. Na hipótese, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua - indeferimento equívocado do benefício por incapacidade -, o segurado foi privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária, inerente aos mencionados benefícios. 17. Como tempo do elemento volitivo do segurado, constata-se objetivamente que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, está ele atuando de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito. 18. Assim, enquanto a função substitutiva da renda do trabalho não for materializada pelo efetivo pagamento do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, é legítimo que o segurado exerça atividade remunerada para sua subsistência, independentemente do exame da compatibilidade dessa atividade com a incapacidade laboral. 19. No mesmo sentido do entendimento aqui defendido: AgInt no AREsp 1.415.347/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, Je de 28.10.2019; REsp 1.745.633/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18.3.2019; AgInt no REsp 1.669.033/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 30.8.2018; REsp 1.573.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 13.11.2017; AgInt no AgInt no AREsp 1.170.040/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10.10.2018; AgInt no REsp 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.8.2018; AgInt no AREsp 1.393.909/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 6.6.2019; e REsp 1.724.369/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25.5.2018. FIXAÇÃO DA TESE REPETITIVA 20. O Tema Repetitivo 1.013/STJ é assim resolvido: “No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.” RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO 21. Ao Recurso Especial deve-se negar provimento, pois o Tribunal de origem julgou o presente caso no mesmo sentido do entendimento aqui proposto (fl. 142-143(e-STJ)): “A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstante a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade.” 22. Consubstanciado o que previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, o recorrente é condenado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015. CONCLUSÃO 23. Recurso Especial não provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015. (REsp 1786590/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2020, DJe 01/07/2020)

Assim sendo, não havendo delimitação expressa no título executivo que transitou em julgado acerca da impossibilidade de recebimento conjunto do benefício de incapacidade com eventual renda de trabalho exercido pelo segurado, deve ser aplicada integralmente a decisão paradigmática.

Posto isso, em observância ao princípio da fidelidade ao título, nego provimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 932, inciso IV, letra “b”, do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Após as providências legais, arquivem-se os autos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5027822-24.2018.4.03.0000
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
AGRAVANTE: JEAN RODRIGUES NUNES
Advogado do(a) AGRAVANTE: RUY VALIM DE MELO JUNIOR - MS5040
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela parte autora, com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão, em sede de cumprimento de sentença, que ao decidir sobre os cálculos, entendeu não haver valor retroativo a ser pago, visto que a parte autora já estava recebendo o benefício por força de tutela antecipada.

Relata o agravante que por força de decisão monocrática, proferida pelo TRF da 3ª Região em 28/05/2012, foi reconhecido o direito do autor ao recebimento do benefício assistencial LOAS entre 17/10/2003 e 01/10/2008 (fls.257/265), mas que no entanto, o *juízo a quo* desconsiderou essa omissão do Agravado.

Diz que o Agravante recebia o Benefício de Amparo Social ao Deficiente Físico, desde janeiro de 1.996 e em 31/07/2004 foi encerrado indevidamente, sendo pago até o mês de agosto de 2004, competência 08/2004.

Informa que a ação foi proposta em 23/04/2007, onde foi requerido o restabelecimento do benefício previdenciário NB 100.250.242-7, espécie 87, desde a suspensão em 31/07/2004, conforme requerimentos, fls. 9, sendo que em 25/04/2007, foi concedida a tutela antecipada, fls. 70-72 dos autos.

Adita que a ação foi julgada procedente, mas a sentença foi anulada em segunda instância, com invalidação dos atos a partir da citação, sendo que após a instrução do feito, às fls. 203-206 foi proferida nova a sentença condenando o Agravado a pagar, restabelecer imediatamente o benefício de amparo social por invalidez, no valor equivalente a um salário mínimo mensal a partir da cessação do benefício, devendo as prestações vencidas nesse período ser adimplidas de uma só vez.

O INSS apelou e apresentou às fls. 250-252, ofício comunicando a implantação do Benefício Assistencial por Incapacidade, implantado em 10/06/2007, por força de decisão de antecipação de tutela, sob o NB (Número de Benefício) 87/520749418-6.

Dita o agravante que o acórdão prolatado foi causa de ação rescisória (fls. 257-265), pelo fato de mencionar que o genitor do Agravante foi aposentado por invalidez em outubro de 2008, com renda de dois salários mínimos, porém a decisão considerou a miserabilidade do Agravante, compreendendo o período de 17 de outubro de 2003 a 01 de outubro de 2008.

Com o início do cumprimento de sentença (fls. 279-280), o Agravado apresentou o cálculo alegando que, não há valores a serem pagos ao Agravante, somente os honorários advocatícios, que já foram requisitados e levantados.

Afirma o recorrente que nesse período da primeira cessação do benefício, o Agravante faz jus ao recebimento das competências 09/2004 a 05/2007, que compreende, 01 de setembro de 2004 a 31 de maio de 2007.

Assevera que diante do encerramento pela segunda vez do benefício do Agravante foi a proposta ação rescisória, o qual foi reconhecido o erro material e novamente implantado o benefício NB 520.749.418-6, em 18 de maio de 2017, sendo que o INSS apresentou às fls. 337-338, os cálculos do período encerrado da competência de 04/2013 a 05/2017, ou seja, somente os valores referentes a ação rescisória, desconsiderando o período pertinente à ação principal.

Requer a suspensão liminar da decisão, com pagamento dos períodos inadimplidos e o conseqüente provimento do presente recurso para reformar a decisão atacada e determinar a inclusão do período entre 01/09/2004 e 01/06/2007 que não foram pagas.

Foi analisado o pedido de liminar, sendo proferida decisão deferindo o efeito suspensivo para determinar o cumprimento integral da sentença dos autos 2014.03.00.013459-1, prosseguindo-se na execução dos períodos 01/09/2004 a 31/05/2007.

Regularmente intimada, a parte agravada deixou transcorrer in albis o prazo para contraminutar.

É o relatório.

Decido.

De se ressaltar preambularmente, que nenhuma das partes trouxe aos autos qualquer argumento apto a infirmar o entendimento já manifestado quando da apreciação do pedido de antecipação de tutela.

Cinge-se a controvérsia a perscrutar se são devidos os pagamentos ao agravante durante a cessão indevida do benefício assistencial, em dois períodos distintos.

É sabido que o sistema processual civil brasileiro consagra o princípio da fidelidade ao título, conforme art. 475-G do CPC/1973 e art. 509, § 4º, do NCPC, segundo o qual a execução opera-se nos exatos termos da decisão transitada em julgado. Vide EDcl no AREsp nº 270.971-RS, DJE 28/11/2013; AREsp nº 598.544-SP, DJE 22/04/2015.

Assim, o Magistrado deve conduzir a execução nos limites do comando expresso no título executivo.

No caso dos autos, verifica-se que no acórdão referente aos autos 2014.03.00.013459-1 (ID Id 8705659, fls. 01) restou confirmada a miserabilidade do agravante apenas no período de 17/10/2003 a 1/10/2008, admitindo-se o pagamento do benefício nesse período, sem direito ao abono anual.

O acórdão consignou que após 01/10/2008 o agravado não mais faria jus ao benefício, tendo em vista que seu pai se aposentara, passando a receber do INSS dois salários mínimos, razão pela qual, a renda familiar auferida impedia a continuidade do recebimento. O acórdão foi objeto de ação rescisória.

Conforme informado no ID 7606797/98/99 e em consulta ao sistema Gedpro deste Tribunal, verificou-se que na ação rescisória nº 2014.03.00.013459-1, o agravante buscou a desconstituição da r. decisão que julgou improcedente o seu pedido de concessão de benefício assistencial, ao argumento da incidência de erro de fato, vez que restou comprovados requisitos exigidos para a manutenção do benefício após 01/10/2008, notadamente a condição de miserabilidade, pois o pai do requerente recebia aposentadoria por invalidez, no valor de apenas 01 (um) salário mínimo, e não de 02 (dois) salários mínimos como constou no julgado rescindendo.

A ação rescisória foi julgada procedente, para restabelecer o benefício assistencial no valor de um salário mínimo, a partir de 01/10/2008 (data em que foi determinada a cessação do benefício pelo julgado rescindendo), tendo o julgado transitado em julgado em 26/06/2017.

Cumprido consignar que o objeto da ação rescisória se restringiu ao pedido de restabelecimento do benefício assistencial, de forma que as outras questões da sentença rescindenda, pertinente aos pagamentos do período de 17/10/2003 a 1/10/2008, restaram mantidas.

Conchi-se assim, que o primeiro julgado (ID Id 8705659, fls. 01) determinou o pagamento do benefício período de 17/10/2003 a 1/10/2008, sendo que na ação rescisória admitiu-se o seu restabelecimento a partir de 01/10/2008.

Nos comprovantes de pagamento apresentados pelo INSS, veja-se Ids 7606832 (fls. 1) e 7606888, fls. 01 e 82, verifica-se que o pagamento de benefício cessou em 08/2004 e reiniciou em 01/06/2007, quando da implantação da tutela antecipada.

Inobstante tal constatação, a decisão agravada (ID 7606813, fls. 1/5) considerou preclusa a decisão sobre o recebimento dos períodos 01/09/2004 a 31/05/2007, visto que o autor concordara e dera quitação em relação ao recebimento dos primeiros cálculos apresentados, acrescentando não ser possível modificar a decisão transitada em julgado.

Sobre a preclusão, Teresa Arruda Alvim Wambier assim preleciona, *in verbis*:

"Pode-se falar em três espécies Ocorre a primeira quando a impossibilidade de praticar o ato decorre de ter passado a oportunidade processual em que este deveria ter sido praticado; a segunda, quando, anteriormente, se praticou um ato, incompatível com o ato que, posteriormente, se queira, mas já não se possa mais praticar; e, finalmente, a preclusão consumativa se dá quando a impossibilidade da prática do ato decorre da circunstância de já se o ter praticado."

Nesse norte, a decisão sobre a questão não precluiu, visto que o INSS nos primeiros cálculos, em que iniciou a execução invertida, não apresentou tais valores, afirmando que o benefício já havia sido pago, pendendo apenas os honorários de sucumbência, sendo que somente em momento posterior ao trânsito em julgado da ação rescisória é que a autarquia apresentou a planilha completa onde constam os períodos não pagos, situação que não foi aferida na decisão de extinção, pois cuidou apenas dos honorários, assim inexistiu preclusão se não foi apresentado o valor a executar, nem oportunizado ao exequente falar sobre ele.

E ainda, dispõem os artigos 503 e 504 do CPC:

Art. 503: A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal, expressamente decidida.(...)

Art. 504, II: Não fazem coisa julgada:

I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

Nos termos dos artigos supra, não se está a modificar o termo inicial do pagamento apontado na ação rescisória, visto que o objeto da lide se referia apenas à replantação do benefício, sendo levada a equívoco em razão do INSS ter afirmado em contestação que já efetuara o pagamento das parcelas correspondentes até 31/03/2013, conforme constou do relatório, o que não se constata ante a planilha apresentada após o trânsito em julgado.

Assim, como já assinalado acima, a verdade dos fatos, mesmo que estabelecida como fundamento da sentença, não faz coisa julgada.

Oportuno destacar do voto do Relator do REsp 1.298.342:

Uma vez assumido que a coisa julgada é uma qualidade que se agrega à declaração contida na sentença e que essa declaração somente existe como uma resposta jurisdicional, é inevitável concluir que a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença. Nem o relatório, nem a fundamentação da sentença podem se revestir da coisa julgada, porque nestes ainda não existe propriamente um julgamento.

Ademais se ressaltou na decisão rescindenda:

“Anotar-se ainda a obrigatoriedade de dedução, na fase de liquidação, dos valores eventualmente pagos à parte autora após o termo inicial assinalado à benesse outorgada, ao mesmo título ou cuja cumulação seja vedada por lei.” (Grifei).

Dessa forma, nos termos do artigo 504, II do CPC e considerando que a planilha de valores pagos administrativamente apresentada pelo INSS, demonstra que não houve pagamento, é de rigor que prossiga na execução desses valores.

Destarte, tendo em vista que a sentença proferida nos autos 2014.03.00.013459-1, que determinou o pagamento do benefício ao autor desde a data da cessação, ou seja, no período 17/10/2003 a 1/10/2008, sendo que restou comprovado que não houve pagamento entre de 01/09/2004 a 31/05/2007, deve ser reparada a decisão agravada, para efetivação do pagamento.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento e dou provimento ao recurso para determinar cumprimento integral da sentença dos autos 2014.03.00.013459-1, prosseguindo-se na execução dos períodos 01/09/2004 a 31/05/2007.

Comunique-se ao juízo de origem

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5669568-56.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

APELANTE: NEUZA DELAFUENTE DE FRANCA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogados do(a) APELANTE: CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N, MARIO EDINAEL FERREIRA - SP316526-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, NEUZA DELAFUENTE DE FRANCA

Advogados do(a) APELADO: MARIO EDINAEL FERREIRA - SP316526-N, CRISTIANO ALEX MARTINS ROMEIRO - SP251787-N

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afeita pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0016378-31.2013.4.03.9999

RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: PEDRO FURIAN ZORZETTO - SP230009-N
APELADO: ROSA OKICO OHASHI
Advogado do(a) APELADO: MILENE DE FARIA CAMARGO - SP168430-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000822-54.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 30 - DES. FED. BATISTA GONÇALVES
APELANTE: MARIA FRANCISCA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: DANILA BALSANI CAVALCANTE - MS18297-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O deslinde da presente causa envolve análise sobre a concessão de aposentadoria por idade híbrida, com aproveitamento de tempos urbano e rural.

A respeito da temática *sub judice*, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1674221/SP, fixou a seguinte tese:

O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo (Tema 1007/STJ).

O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, insurgiu-se contra o Acórdão proferido e interpôs Recurso Extraordinário, sustentando, em síntese, “que está presente a repercussão geral da questão tratada e que houve violação aos artigos 2º, 97, 195, §5º e 201 da Constituição Federal”

A Vice-Presidência do Colendo Superior Tribunal de Justiça “tendo em vista a relevância da matéria e considerando que o presente Recurso Extraordinário foi interposto em face de precedente qualificado desta Corte Superior de Justiça, proferido no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia”, admitiu o apelo extremo e determinou sua remessa ao Supremo Tribunal Federal, também na qualidade de representativo de controvérsia.

A Decisão proferida nos autos do RE nos EDcl no Recurso Especial nº 1674221 – SP- 2017/0120549-0 e publicada em 26/06/2020, do DJe Eletrônico, restou delimitada nos seguintes termos: “Recurso Extraordinário. Previdenciário. Aposentadoria Híbrida. Cômputo de tempo de serviço rural, remoto, descontínuo e sem contribuição, para fins de carência. Tese firmada no âmbito do STJ em sede de precedente qualificado. Recurso Extraordinário admitido como Representativo de Controvérsia.

Na oportunidade, a Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, determinou “a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais.”

A lide versada nestes autos está abarcada pela controvérsia pendente de julgamento, razão pela qual, em cumprimento à decisão emanada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, determino o sobrestamento do processo.

Proceda a Subsecretaria as anotações pertinentes.

Intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5182809-57.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: MARCILIO ROQUE
Advogado do(a) APELANTE: MARTA CRISTINA BARBEIRO - SP109515-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Terna 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002592-43.2019.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: EDIVALDO DONIZETE MEDEIROS
Advogados do(a) AGRAVANTE: FERNANDO LUIS PAULOSSO MANELLA - SP254291-A, EZEQUIEL GONCALVES DE SOUSA - SP251801-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

ID [133546171](#): Requer o autor “a desconsideração e o desentranhamento ou exclusão da petição de ID nº 1335546165 e documentos que a acompanham, eis que estranha a estes autos, conforme endereçamento e número de processo nela constantes.”

Considerando que as peças anexadas no processo eletrônico não podem ser desentranhadas, defiro o pedido formulado para desconsiderar a peça recursal lançada nos IDs indicados e determino sejam excluídos dos autos.

Cumpra-se. Intimem-se.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 0020830-16.2015.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO DUARTE NORI ALVES - SP196681-N
APELADO: EDITH MAXIMIANO DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: INES REGINA NEUMANN OLIVEIRA - SP115788-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Terna 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontinuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5280997-85.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: GENI MARIA MOREIRA
Advogado do(a) APELANTE: EMERSON GONCALVES BUENO - SP190192-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontinuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5033296-49.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: DIRCE TOLEDO BULGARI
Advogados do(a) APELANTE: FLAVIO ANTONIO MENDES - SP238643-N, LUIZ JOSE RODRIGUES NETO - SP315956-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Tema 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontinuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3o. da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5261099-86.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: HEDIO PORFIRIO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELADO: ROBERTA LOPES JUNQUEIRA - SP219409-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

A questão referente à “Possibilidade de concessão de aposentadoria híbrida, prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, mediante o cômputo de período de trabalho rural remoto, exercido antes de 1991, sem necessidade de recolhimentos, ainda que não haja comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo” foi afetada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no Terna 1007, por meio dos Recursos Especiais nºs 1674221/SP e 1788404/PR, em 22/03/2019.

Os representativos de controvérsia foram julgados, com acórdão publicado no DJe de 04/09/2019, firmando-se a seguinte tese: “O tempo de serviço rural, ainda que remoto e descontínuo, anterior ao advento da Lei 8.213/1991, pode ser computado para fins da carência necessária à obtenção da aposentadoria híbrida por idade, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei 8.213/1991, seja qual for a predominância do labor misto exercido no período de carência ou o tipo de trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo.”

Contudo, decisão da Vice-Presidência do Colendo Tribunal Superior, publicada no DJe de 25/06/2020, determinou novamente a suspensão de todos os feitos ao admitir o recurso extraordinário como representativo de controvérsia.

Diante da nova ordem de suspensão “determinando a manutenção da suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma controvérsia somente em grau recursal, em trâmite no âmbito dos Tribunais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais” e tendo em vista a identidade da matéria aqui discutida, **determino o sobrestamento** do presente feito até julgamento definitivo pela Suprema Corte.

Publique-se. Intime-se.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5244449-27.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 33 - DES. FED. GILBERTO JORDAN
APELANTE: LUZIA RODRIGUES DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: REGIANE DE FATIMA GODINHO DE LIMA - SP254393-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Tendo em vista que os presentes autos foram distribuídos a esta e. Corte sem a mídia digital, oficie-se ao MM. Juízo "a quo" solicitando o encaminhamento.

Faculto, ainda, às partes que providenciem, caso haja interesse, o envio de uma cópia da referida mídia eletrônica, a fim de dar celeridade ao julgamento do presente recurso.

Int.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5009668-84.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 32 - JUÍZA CONVOCADA LEILA PAIVA
AGRAVANTE: PAULO CORREA SOBRINHO
Advogado do(a) AGRAVANTE: ROSEMARIE GAZETTA MARCONATO - SP139831-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Trata-se de agravo de instrumento interposto por PAULO CORREA SOBRINHO contra a r. decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ibitinga/SP que, nos autos do processo nº 1000626-75.2020.8.26.0236, declinou de sua competência para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP.

Pretende o recorrente a manutenção do processo na Justiça Estadual, sob o argumento de que “a distância em quilômetros da sede da Comarca onde é domiciliado o jurisdicionado (Rua Salvador Grecco, 30, Jardim Planalto II, em Tabatinga - SP) até a sede da Justiça Federal que receberá doravante os efeitos (Av. Padre Francisco Salles Culturato, 658 - Vila Nice, Araraquara - SP, 14801-209), equivale a 73,80Km rodados.”

Pleiteia a concessão da tutela antecipada.

Requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, tendo em vista que tal pedido não chegou a ser apreciado pelo Juízo a quo.

É a síntese do necessário.

Decido.

Primeiramente, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita apenas para o processamento deste agravo de instrumento.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 1.015, apresenta um rol taxativo das decisões interlocutórias que comportam impugnação por meio de agravo de instrumento.

Ocorre, entretanto, que a Corte Especial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos e em sede de análise de recurso repetitivo, pacificou o precedente no sentido de ampliar a interpretação do artigo 1.015 do CPC para admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que trate de hipóteses que não estejam expressamente previstas (**Tema 988**, julgamento dos REsp ns. 1.704.520 e 1.696.396).

De acordo com a decisão da Colenda Corte Superior de Justiça, é possível a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação, tendo, na oportunidade, modulado os efeitos da decisão, “a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.” (acórdão publicado no DJe de 19/12/2018)

O r. *decisum* recorrido não consta no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, no entanto, por se tratar de recurso contra decisão declinatória de competência, afigura-se possível o seu conhecimento nesta oportunidade, nos termos do recurso paradigmático.

Apresentadas as premissas necessárias, passo a análise do efeito suspensivo.

A r. decisão agravada encontra-se assim fundamentada (ID 130792674):

“A competência federal delegada foi alterada pela Lei Federal nº 13.876, de 20 de setembro de 2019, que, por seu art. 3º, limitou o exercício da referida competência às comarcas situadas a mais de 70 km de municípios sede de Vara Federal, sendo que, ainda por seu art. 5º, estabeleceu a entrada em vigor de tal regra a partir de 1º de janeiro de 2020.

A Resolução nº 603/2019 do Conselho da Justiça Federal, de 12 de novembro de 2019, por meio de seu art. 2º, estabeleceu que “O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca”, e determinou, por meio de seu art. 3º, que “(...) os Tribunais Regionais Federais farão publicar, até o dia 15 de dezembro de 2019, lista das comarcas com competência federal delegada”.

Foi então que, dando estrito cumprimento ao quanto determinado, o E. TRF da 3ª Região editou a Resolução PRES nº 322, de 12 de dezembro de 2019, alterada pela Resolução PRES nº 334, de 27 de fevereiro de 2020, dispondo em seu art. 2º que “As comarcas que permanecem com competência federal delegada estão elencadas nos Anexos I (São Paulo) e II (Mato Grosso do Sul) desta Resolução”, encontrando-se no Anexo I (já na redação conferida pela Resolução PRES nº 334/20), relativamente à Sede da Subseção Araraquara, o município de Borborema como aquele que permanece com a competência federal delegada, não se encontrando em tal rol a presente comarca.

Amparado pela legislação acima citada, declino a competência deste juízo para uma das Varas Federais do Município de Araraquara-SP, sede desta comarca.

Redistribua-se.

Ao distribuidor para regularização.

Intimem-se.

Ibitinga, 19 de março de 2020.”

Em análise inicial dos autos, adequada a esta fase de cognição sumária, não verifico elementos suficientes para conceder o efeito suspensivo pleiteado, na forma estabelecida no art. 300 do CPC.

A competência da Justiça Federal tem sua previsão expressa no texto constitucional.

Estabelece o artigo 109, inciso I, da CR competir aos juízes federais o julgamento de causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Trata-se, portanto, de modalidade de competência absoluta em razão da pessoa jurídica de direito público envolvida.

O § 3º do artigo 109, com redação da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, permite à Justiça Estadual processar e julgar causas em que for parte instituição de previdência social e segurado na estrita hipótese de inexistência de instalação de Vara Federal na comarca de domicílio do autor, consistindo, portanto, em uma verdadeira exceção à regra prevista em seu *caput*.

A Lei 5.010/66, de 30/05/1966, organiza a Justiça Federal de primeira instância e regulamenta, em seu artigo 15, as causas que poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual, enquadrando-se em seu inciso III, em sua redação original, “os feitos ajuizados contra instituições previdenciárias por segurados ou beneficiários residentes na Comarca, que se referirem a benefícios de natureza pecuniária.”

A Lei n. 13.876, de 20/09/2019, por sua vez, alterou significativamente o referido dispositivo legal, impondo **limitação à delegação** de competência federal às comarcas estaduais, *in verbis*:

Art. 3º O art. 15 da Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III - as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município sede de Vara Federal;

(...)

§ 1º Sem prejuízo do disposto no art. 42 desta Lei e no parágrafo único do art. 237 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), poderão os Juízes e os auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer Município abrangido pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal.

§ 2º Caberá ao respectivo Tribunal Regional Federal indicar as Comarcas que se enquadram no critério de distância previsto no inciso III do *caput* deste artigo.” (NR)

Com intuito de dar estrito cumprimento aos preceitos contidos no **inciso II e no § 2º do artigo 15 da Lei nº 5.010, de 30/05/1966**, acima transcritos, o E. Conselho da Justiça Federal editou a Resolução CJF nº 603, de 12/11/2019, que dispõe em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º. O exercício da competência delegada é restrito às comarcas estaduais localizadas a mais de 70 quilômetros do Município sede da vara federal cuja circunscrição abranja o Município sede da comarca.

§ 1º. Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal na forma do *caput* deste artigo, deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do Município sede da comarca estadual e o centro urbano do Município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§ 2º. A apuração da distância, conforme previsto pelo parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou em outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Registre-se, ademais, que o artigo 96, inciso I, letra "a", da Constituição da República (CR), dispõe que compete privativamente aos tribunais dispor sobre “a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

Nesse sentido é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes precedentes: (AINTCC - Agravo Interno no Conflito de Competência - 148008 2016.02.04712-9, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - PRIMEIRA SEÇÃO, DJE DATA:01/08/2019; ROMS - Recurso Ordinário em Mandado de Segurança - 20576 2005.01.43088-5, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2009)

Assim, exercendo a atribuição concedida pela norma do artigo 96, inciso I, letra 'a', da CR, a Presidência desta Colenda Corte publicou a **Resolução nº 322, em 12/12/2019**, que dispõe sobre o exercício da competência delegada no âmbito da Justiça Federal da 3ª Região.

Constam dos §§ 1º e 2º do artigo 1º da aludida Resolução:

§1º Para definição das comarcas dotadas de competência delegada federal, (...) deverá ser considerada a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

§2º A apuração da distância, conforme previsto no parágrafo anterior, deverá considerar a tabela de distâncias indicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE ou por outra ferramenta de medição de distâncias disponível.

Na mesma oportunidade, elaborou-se uma lista das comarcas com competência federal delegada, listagem que foi posteriormente atualizada pela **Resolução PRES n. 334, de 27/02/2020**.

Derradeiro acrescentar que a Lei 13.876, de 20/09/2019 ainda destacou, em seu artigo 5º, a vigência da modificação da competência federal delegada a partir de 1º de janeiro de 2020.

Passo a analisar o caso concreto.

Cuida-se de demanda previdenciária ajuizada pelo agravante no r. Juízo Estadual da Comarca de Ibitinga/SP, em 17/03/2020 (ID 130792648), quando já estavam vigentes as novas regras de competência delegada previstas na Lei nº 13.876, de 20/09/2019.

A comarca de Ibitinga encontra-se sob a jurisdição da Subseção da Justiça Federal de Araraquara/SP (<https://www.trf3.jus.br/scaj/foruns-e-juizados/jurisdicoes-das-varas-e-jefs/jurisdicoes-por-municipios/>).

Ocorre, todavia, que em razão da alteração legislativa, a citada comarca deixou de possuir competência federal delegada para assuntos de natureza previdenciária por se encontrar a menos de 70 quilômetros de distância de Araraquara, município sede de Vara Federal, nos termos do Anexo I da Resolução PRES n. 322/2019, atualizada pela Resolução PRES n. 334/2020. Confira-se no sítio eletrônico: <http://www.distanciasentrecidades.com/pesquisa?from=ibitinga&to=araraquara>.

Posto isso, em juízo inicial e perfunctório, **não concedo** efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Cumpra-se o artigo 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Após, retomem-se os autos à conclusão.

Intimem-se.

SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001882-98.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: ORLANDO RATINE
Advogado do(a) APELANTE: GABRIEL DE VASCONCELOS ATAÍDE - SP326493-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000894-72.2019.4.03.6120
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: NELSON PEDRO ANTONIO
Advogado do(a) APELANTE: ALEXANDRE AUGUSTO FORCINITTI VALERA - SP140741-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008049-74.2019.4.03.6105
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: ODILON JOSE BOSCHETTI
Advogado do(a) APELANTE: JOSE DANTAS LOUREIRO NETO - SP264779-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000610-06.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: ANA SUPINO DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: EVANDRO JOSE LAGO - SP214055-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5009760-11.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: AGENOR BENITTES DA CRUZ
Advogado do(a) APELANTE: FERNANDA SILVEIRA DOS SANTOS - SP303448-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intime(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011425-05.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: AVILMAR WASHINGTON MARTINS
Advogado do(a) APELADO: GUSTAVO PALMA SILVA - SC19770-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intím(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000107-48.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: WALTER SARTORI
Advogado do(a) APELANTE: GABRIEL DE VASCONCELOS ATAIDE - SP326493-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Em decisão proferida pela Terceira Seção desta C. Corte em 12.12.2019 (publicada em 21.01.2020), no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 5022820-39.2019.4.03.0000, foi determinada a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tenham como objeto a readequação dos benefícios previdenciários concedidos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) aos tetos instituídos pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

Desse modo, determino o sobrestamento do presente feito.

Intím(m)-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5007226-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: CARLOS ALBERTO OLIVEIRA PEREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: RENATA RAQUEL DOS SANTOS - SP313136
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Considerando a decisão proferida na proposta de afetação nos REsp nº 1.767.789/PR e 1.803.154/RS, que determinou a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem acerca da "Possibilidade de, em fase de Cumprimento de Sentença, o segurado do Regime Geral de Previdência Social receber parcelas pretéritas de aposentadoria concedida judicialmente até a data inicial de aposentadoria concedida administrativamente pelo INSS enquanto pendente a mesma ação judicial, com implantação administrativa definitiva dessa última por ser mais vantajosa, sob o enfoque do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991" (Tema 1.018), determino o sobrestamento do presente feito, com filio no art. 313, inciso IV do Novo CPC, pelo prazo de um (01) ano ou até julgamento do referido recurso pelo C.STJ.

Após intimação das partes, proceda a Subsecretaria com as anotações pertinentes.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004344-07.2005.4.03.6183
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSALIA
APELANTE: VALDUMIRO RAMOS DE LIMA

DECISÃO

Trata-se de incidente de retratação previsto no artigo 1.040, inciso II, do CPC para verificação da pertinência do juízo positivo de retratação, tendo em vista que o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 579.431 – Tema 96, com repercussão geral da matéria, firmou orientação no sentido da legitimidade da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e da expedição do precatório/RPV e no julgamento do RE 870.947/SE – Tema 810, que restou definitivamente julgado confirmando a fixação dos juros de mora, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, e a atualização monetária pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

É o relatório.

DECIDO

A questão posta para exame, em eventual de juízo de retratação, limita-se a julgamento pelo C. STF do RE nº 579.431/RS- Temas 96 (*Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.*) e RE 870.947/SE - Tema 810, que afastou a TR – Taxa Referencial para atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública.

Em sede de apelação interposta pela parte autora diante de sentença que julgou procedente o pedido para conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço desde o requerimento administrativo, com juros e correção monetária (Id. 111931572 – fls.83/93), a r. decisão deu parcial provimento ao reexame necessário para reduzir a sentença aos limites do pedido e determinar a forma de incidência dos juros de mora, e negou provimento à apelação da parte autora (Id. 111931542 – fls. 06/14).

A decisão impugnada determinou que a correção monetária incide sobre as prestações em atraso, desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se que a partir de 11/08/2006 deve ser considerado o INPC como índice de atualização dos débitos previdenciários, nos termos do art. 31 da Lei nº 10.741/2003, c.c o art. 41-A da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Medida Provisória nº 316, de 11/08/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.430, de 26/12/2006, **não se aplicando no que tange à correção monetária as disposições da Lei nº 11.960/09** (AgRg no REsp 1285274/CE - REsp 1270439/PR). Quanto aos juros de mora, incidindo na forma da Lei 11.960/2009, a partir da citação até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor – RPV.

Verifica-se que o Recurso Extraordinário interposto pela parte autora visa afastar a aplicação da Lei 11.960/2009 para fins de juros mora, alegando que a decisão recorrida não observou o julgamento proferido pelo STF nas ADI5 4357 e 4425, que considerou inconstitucional a incidência da norma questionada, devendo ser observados os juros de 1% ao mês. Ainda, para determinar a incidência de juros moratórios sobre os valores em atraso até a data da inscrição do ofício precatório, nos termos da Constituição Federal e da Súmula Vinculante 17.

Entendo ser o caso de parcial retratação.

Conforme já pacificado pelo Colendo S.T.F. por meio da Súmula Vinculante n. 17, os juros de mora não têm incidência durante o período de tramitação do precatório: "*Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.*"

Quanto ao período anterior compreendido entre a data do cálculo de liquidação e a data da expedição do ofício requisitório/precatório, o Colendo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 579.431-RS, em sessão Plenária do dia 19/04/2017, cujo v. acórdão foi publicado, em 30/06/2017, assim decidiu:

"Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 96 da repercussão geral, negou provimento ao recurso. Não votou, no mérito, o Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do Ministro Teori Zavascki, que votara em assentada anterior: Em seguida, o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório", vencido, em parte, na redação da tese, o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.4.2017. " (grifo nosso).

Ementa: JUROS DA MORA - FAZENDA PÚBLICA - DÍVIDA - REQUISIÇÃO OU PRECATÓRIO. Incidem juros da mora entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório.

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do agravo legal em embargos infringentes n. 0001940-31.2002.4.03.6104, assim também decidiu:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. APLICABILIDADE DO ART. 557 DO CPC. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS ENTRE A DATA DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO E A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO /RPV. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. AGRAVO PROVIDO. EMBARGOS INFRINGENTES IMPROVIDOS.

I - Cabível o julgamento monocrático do recurso, considerando a orientação jurisprudencial firmada no âmbito desta Egrégia 3ª seção, alinhada à jurisprudência dos Tribunais Superiores, no sentido da ausência de impedimento legal ao julgamento dos embargos infringentes com base no artigo 557 do CPC. Precedentes. Preliminar afastada.

II - O artigo 530 do Código de Processo Civil limita a cognição admitida nos embargos infringentes à matéria objeto do dissenso verificado no julgamento da apelação que reformou integralmente a sentença de mérito, sob pena de subversão ao princípio do Juiz natural e do devido processo legal e indevida subtração da competência recursal das Turmas no julgamento dos recursos de apelação.

III - O dissenso verificado no julgamento do recurso de apelação ficou adstrito à questão da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação e a data da inclusão do precatório /RPV no orçamento, de forma a limitar a devolução na via dos presentes embargos infringentes.

IV - Acertado o entendimento proferido no voto condutor, no sentido da incidência de juros de mora no período compreendido entre a data da conta de liquidação elaborada no Juízo de origem (estipulação inicial do valor a ser pago) e a data da efetiva expedição do Ofício precatório ou Requisitório de Pequeno Valor (RPV) ao Tribunal. A apresentação da conta de liquidação em Juízo não cessa a incidência da mora, pois não se tem notícia de qualquer dispositivo legal que estipule que a elaboração da conta configure causa interruptiva da mora do devedor.

V - Entendimento que não se contrapõe às decisões proferidas pelas Cortes Superiores tidas como paradigmas para o julgamento dessa matéria (RE 579.431/RS - julgamento iniciado dia 29 de outubro p.p. com maioria de 6 votos já formada, interrompido por pedido de vista do Exmo. Min. Dias Toffoli).

V - Agravo legal provido. Embargos infringentes improvidos.

(AGRAVO LEGAL E EMBARGOS INFRINGENTES Nº 0001940-31.2002.4.03.6104/SP; Relator Des. Fed. Paulo Domingues, v.u., j. em 26/11/2015; D.E. 09/12/2015).

Assim, sob o parâmetro do Tema 96, é de se reconhecer a incidência de juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório, nos limites do julgamento do RE 579.431/RS.

Quanto ao Tema 810/STF, verifica-se que o v. acórdão recorrido não destoa do entendimento sufragado pela Corte Suprema, nem foi objeto de impugnação pela parte recorrente.

De fato, o C. Supremo Tribunal Federal, na Sessão de Julgamentos de 20/09/2017, RE 870.947 (Tema 810), publicado em 20/11/2017, fixou a seguinte tese:

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

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante de sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

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

O julgamento realizado na sessão de 03/10/2019, o C. STF rejeitou os embargos de declaração opostos, sem modulação dos efeitos da decisão acima transcrita.

Sendo assim, os valores devidos em condenações da Fazenda Pública não devem ser atualizados pela Taxa Referencial (TR), tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/09.

No caso dos autos, da análise do acórdão recorrido, observa-se que restou afastada a incidência da atualização monetária pela Taxa Referencial (TR), sendo que a parte autora buscava no seu recurso extraordinário o afastamento da Lei 11/960/2009 quanto aos juros de mora.

Assim, quanto a este tópico a decisão recorrida não merece ser reformada, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da TR como critério de correção monetária.

Diante do exposto, em juízo de parcial retratação, nos termos do artigo 1040, II, do Código de Processo Civil, **reformo em parte o v. acórdão de fls. 39/44 (Id. 111931542), para sua adequação ao entendimento firmado no RE 579.431/RS (Tema 96), mantendo-se, no mais, o decidido**, na forma da fundamentação.

Oportunamente, retomem-se os autos à Vice-Presidência desta Egrégia Corte.

P. e I.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6079665-50.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: BENEDITO DONIZETE BATISTA
Advogado do(a) APELADO: JOAO ROBERTO DA SILVA JUNIOR - SP307940-N

DESPACHO

Consta do termo de audiência (ID 98089640) que a inquirição das testemunhas foi realizada mediante sistema de gravação em audiovisual, não tendo, contudo, tais depoimentos sido anexados nestes autos.

Conforme certidão acostada no ID 126755626 providencie a Subsecretaria da Décima Turma, neste caso específico, a inserção no PJ-e da mídia/CD recebida, haja vista preliminar arguida em sede recursal.

Após, dê-se ciência às partes da mídia juntada aos autos e retomem para oportuno julgamento.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0012234-45.2012.4.03.6120
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: NIVALDO DOMICIANO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: MARIA AUGUSTA FORTUNATO MORAES - SP212795-N
APELADO: NIVALDO DOMICIANO DA SILVA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: MARIA AUGUSTA FORTUNATO MORAES - SP212795-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de restauração de autos de processo físico (Apelação Cível nº 0012234-45.2012.4.03.6120) que foi atingido pelo incêndio ocorrido nas dependências do prédio da Presidente Wilson em 30/11/2017 e que aguardavam suspensos/ sobrestados julgamento de casos paradigmáticos pelas Cortes Superiores de Justiça, abrangendo questões submetidas às sistemáticas dos recursos repetitivos e da repercussão geral.

Pela decisão ID 124604285, o então Vice-Presidente, Desembargador Federal Nery Junior, determinou a restauração de autos e, com fundamento nos arts. 712 e seguintes do Código de Processo Civil, o encaminhando dos autos ao Juízo de Origem, para início da restauração determinada, com posterior encaminhamento ao correspondente Órgão Julgador deste Tribunal Regional da 3ª Região, para a continuidade do seu processamento e julgamento, nos termos do art. 303, do RITRF3R.

O MM. Juízo de origem determinou a juntada das peças processuais em poder das partes, as quais foram juntadas, bem como foi juntado o extrato de movimentação processual.

Intimem-se as partes para conferência dos documentos por ambas digitalizados, indicando a este Juízo, em 05 (cinco) dias, eventuais equívocos ou ilegalidades.

Retifique-se a autuação para constar "Restauração de Autos" em lugar de "Apelação Cível".

Após, tomem conclusos.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007844-05.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: VILSON ALECRIM DA ROCHA
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5010033-53.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: R. A. S.
Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005558-03.2019.4.03.6103
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: MARIO KATAOKA FILHO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: LIGIA APARECIDA SIGIANI PASCOTE - SP115661-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5011095-31.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: IVAN DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ELIO OLIVEIRA DA SILVA - SP172887-A

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5006141-39.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ERIVALDO FERREIRA BARBOSA
Advogado do(a) APELADO: ERIKA CARVALHO - SP425952-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5008939-70.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: B. M. M. F. D. S.
REPRESENTANTE: CLAUDIA MARIA MALAQUIAS
Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE PRISCILA MENDES DOS SANTOS - SP136815-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5007841-50.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: JOAO BATISTA CUNHA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO - GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE INSS, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ÓRGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5002255-94.2019.4.03.6130
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: SERGIO NUNES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ROSSI REGIS RODRIGUES DOS PASSOS - SP209993-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DO INSS AGENCIA OSASCO, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003852-36.2019.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: REILSON COELHO MACHADO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDA LINO - SP218407-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006421-23.2019.4.03.6114
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: DULCINEA PINHO BARRA
Advogados do(a) PARTE AUTORA: PRISCILLA MILENA SIMONATO DE MIGUELI - SP256596-A, GEISLA LUARA SIMONATO - SP306479-A
PARTE RE: GERENTE EXECUTIVO DA AGENCIA DA PREVIDENCIA SOCIAL, GERENTE EXECUTIVO DA AGENCIA DA PREVIDENCIA SOCIAL DO INSS DE DIADEMA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado o cumprimento do acórdão proferido pela 2ª Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social, concluindo imediatamente seu processo administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006039-63.2019.4.03.6103

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

PARTE AUTORA: DORIVAL JOSE ANTONIO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: REGINA APARECIDA LOPES - SP236939-A, DANIELA DO NASCIMENTO SANTOS - SP220176-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5013078-65.2019.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: QUITERIA QUIRINO BRASILEIRO

Advogados do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A, ERIKA CARVALHO - SP425952-A

PARTE RE: SUPERINTENDENTE DA CEAB - RECONHECIMENTO DE DIREITO DAS RI - DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5005014-66.2019.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: CARLOS DOS SANTOS CABRAL

Advogado do(a) PARTE AUTORA: AUGUSTO MARTINEZ - SP240236-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000426-50.2020.4.03.6128

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

APELANTE: VALERIO DELAMANHA

Advogado do(a) APELANTE: CHRISTIANE NEGRI - SP266501-A

APELADO: GERENTE DA CENTRAL ESPECIALIZADA DE ALTA PERFORMANCE - CEAP, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005943-15.2019.4.03.6114

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ALDO DA SILVA LOURENCO

Advogado do(a) APELADO: LISIANE ERNST - SP354370-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado o cumprimento do acórdão proferido pela 2ª Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social, concluindo imediatamente seu processo administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016623-34.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: L. D. S.

CURADOR: ROZANA CANDIDA DE SOUZA

Advogado do(a) AGRAVADO: VALDECI RODRIGUES DE SOUZA - MS2772,

OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal e, na sequência, venhamos autos à conclusão.

Intime(m)-se.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002085-13.2019.4.03.6134
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: ISABEL DA CONCEICAO RITA PEREIRA
Advogados do(a) APELANTE: GABRIELA DE MATTOS FRACETO - SP401635-A, LUIS HENRIQUE VENANCIO RANDO - SP247013-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006034-14.2019.4.03.6112
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: RAQUEL DE OLIVEIRA SANTOS
Advogados do(a) PARTE AUTORA: FRANCIELI BATISTA ALMEIDA - SP321059-A, ROSINALDO APARECIDO RAMOS - SP170780-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado o cumprimento do acórdão proferido pela 3ª Câmara de Julgamentos do Conselho de Recursos da Previdência Social, concluindo imediatamente seu processo administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5000148-77.2019.4.03.6130
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: WILSON PALMA DE ANDRADE
Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRENNANGY FRANY PEREIRA GARCIA - SP384100-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSS EM COTIA

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 27 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006371-58.2019.4.03.6126

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

PARTE AUTORA: ALUIZO TOME DA SILVA

Advogado do(a) PARTE AUTORA: ELISANGELA MERLOS GONCALVES GARCIA - SP289312-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CHEFE DA AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE SANTO ANDRÉ

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010015-65.2011.4.03.6000

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

APELANTE: UNIAO FEDERAL, FUNDACAO NACIONAL DE SAUDE

APELADO: SINDICATO DOS TRABALHADORES PUBLICOS EM SAUDE, TRABALHO E PREVIDENCIA EM MATO GROSSO DO SUL

Advogados do(a) APELADO: ISMAEL GONCALVES MENDES - MS3415-A, FELIPE DE MORAES GONCALVES MENDES - MS16213-A, NEIDE GOMES DE MORAES - MS5456-A

DECISÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos de ação de rito ordinário, objetivando a parte autora - SINDICATO DOS TRABALHADORES PÚBLICOS EM SAÚDE, TRABALHO E PREVIDÊNCIA EM MATO GROSSO DO SUL, substituto processual de servidores da antiga Fundação Nacional da Saúde, depois redistribuídos para o Ministério da Saúde - que a parte ré conclua a análise de seu requerimento administrativo que visa o reconhecimento de tempo de serviço exercido em condições especiais.

Entretanto, compete às Turmas da Primeira Seção o processamento e julgamento dos feitos que tenham por objeto questões relativas a servidores civis, conforme artigo 10, §1º do Regimento Interno desta Corte.

Diante do exposto, **declaro a incompetência absoluta** para processar e julgar o presente feito. Após as formalidades legais, redistribuam-se os autos à 1ª Seção, nos termos expostos.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5009172-67.2019.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: JESUEL DIAS

Advogado do(a) PARTE AUTORA: CLAUDIA GODOY - SP168820-N

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5007283-78.2019.4.03.6183

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

PARTE AUTORA: GILBERTO BENICIO SOBRINHO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DA AGENCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL DE ITAQUERA

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5007915-96.2018.4.03.6100

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - SÃO PAULO/CENTRO

APELADO: CRIMERIO COSME DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: WAGNER DE SOUZA SANTIAGO - SP272779-A

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de revisão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado." (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5006239-70.2019.4.03.6103

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

PARTE AUTORA: ALEXANDRE ARANTES DE AQUINO

Advogado do(a) PARTE AUTORA: BRUNO DESCIO OCANHA TOTRI - SP270596-A

D E C I S Ã O

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de junho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5013297-78.2019.4.03.6183

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

APELANTE: SUPERINTENDENTE DA CEAB - RECONHECIMENTO DE DIREITO DA SR I - DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ARNALDO DOS SANTOS FILHO

Advogado do(a) APELADO: VIVIANE CABRAL DOS SANTOS - SP365845-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5005359-32.2019.4.03.6183

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, GERENTE EXECUTIVO DA GERÊNCIA EXECUTIVA LESTE - SP

APELADO: EDMILSON OLIVEIRA DO NASCIMENTO

Advogado do(a) APELADO: CLAUDIA DE SOUZA MIRANDALINO - SP218407-A

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado em face de Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), objetivando provimento judicial que determine ao impetrado a conclusão imediata da análise de seu requerimento administrativo de concessão de benefício previdenciário.

Embora já tenha entendido anteriormente pela competência da 3ª Seção para processar feitos como o presente - uma vez que relativos à Previdência Social, nos termos do § 3º, do art. 10, do Regimento Interno desta Corte - é certo que o Órgão Especial tem decidido, reiteradamente, pela competência da 2ª Seção, aplicando o § 2º, do artigo 10, do mesmo diploma normativo. Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA DESTINADO À OBTENÇÃO DE ORDEM PARA QUE O IMPETRADO PROCEDA O EXAME DE AUDITAGEM DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXCESSIVA DEMORA, COM DESCUMPRIMENTO DE PRAZO LEGAL E DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA 2ª SEÇÃO.

Se o impetrante do mandado de segurança não postula o reconhecimento do direito ao benefício previdenciário, queixando-se, sim, da excessiva demora da autarquia em realizar auditoria sobre a concessão do benefício; e se o pedido é fundado no dever da administração de cumprir os prazos legais e de respeitar os princípios da eficiência e da razoável duração do processo administrativo, a competência para processar e julgar a causa, no âmbito deste Tribunal Regional Federal, é das Turmas da 2ª Seção. Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por maioria, julgar improcedente o conflito de competência, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.” (CC - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - 21551 0003622-72.2017.4.03.0000, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 - ORGÃO ESPECIAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/11/2017)

Encaminhem-se os autos, portanto, à Subsecretaria de Registro e Informações Processuais para as providências necessárias à redistribuição do feito.

Intimem-se.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017769-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
AGRAVANTE: MANOEL MESSIAS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVANTE: CRISTIANO BORGES VIGARANI - SP346917-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de tutela antecipada recursal, interposto em face de r. decisão, proferida pelo Juizado Especial Federal Cível de Franca – 13ª. Subseção Judiciária do Estado de São Paulo que, emação de natureza previdenciária, objetivando a implantação do benefício de aposentadoria por idade rural, indeferiu a tutela antecipada.

Sustenta o agravante, em síntese, a presença dos requisitos autorizadores a concessão da tutela antecipada recursal, nos termos do artigo 300 do CPC. Aduz fazer jus a imediata implantação do benefício de aposentadoria por idade rural. Requer a concessão da tutela antecipada recursal e, ao final, provimento do recurso com reforma da decisão agravada.

É o relatório.

DECIDO

Consoante o NCPC as decisões nos Tribunais devem ser, em princípio, colegiadas, porém, o inciso III, do artigo 932, permite que o Relator não conheça recurso inadmissível ou prejudicado.

Dispõe a Constituição Federal que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (artigo 98, inciso I).

A Emenda Constitucional nº 45, 08/12/2004, transformou o parágrafo único ao artigo 98 da Constituição Federal, em parágrafo 1º.,: "*Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal*".

Portanto, a norma constitucional conferiu ao legislador ordinário a criação dos Juizados Especiais Federais, e, com isso, a fixação das hipóteses legais de competência de referido órgão jurisdicional, respeitadas as balizas do inciso I do artigo 98 da Carta Constitucional.

Em cumprimento ao comando constitucional, adveio a Lei nº 10.259/2001, dispondo sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

Depreende-se do texto constitucional (inciso I do artigo 98) que somente serão permitidos a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau nas hipóteses previstas em lei.

Por outro lado, os Tribunais Regionais Federais não têm competência recursal relativa às causas de que trata a Lei nº 10.259/2001.

Não há previsão de recurso cabível perante os Tribunais Regionais Federais contra decisão proferida pelos Juizados Especiais Federais/Turmas Recursais.

Portanto, falta previsão legal ao pedido formulado pelo agravante, restando manifestamente inadmissível o presente agravo de instrumento.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932, inciso III, do CPC, **NÃO CONHEÇO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO** e determino a remessa deste recurso à Turma Recursal Competente, nos termos da fundamentação supra.

Observadas as formalidades legais, cumpra-se.

P. e I.

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por **IZILDA APARECIDA CASONI GERMANO** face à decisão judicial exarada nos autos de ação de concessão de benefício de aposentadoria por idade rural, por meio da qual o d. Juiz Estadual da 1ª Vara da Comarca de Monte Alto/SP reconheceu sua incompetência para o julgamento do feito.

A agravante requer, em breve síntese, a reforma da decisão agravada, sob o argumento de que inexistente sede, Vara ou Subseção da Justiça Federal no domicílio de origem da segurada e, por isso, a competência federal delegada é concorrente, consoante Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 24 desta Colenda Corte Regional. Inconformada, pugna pela concessão de efeito suspensivo e posterior reforma da decisão agravada, a fim de determinar o prosseguimento do feito junto à Comarca de seu domicílio (Monte Alto/SP).

Houve concessão de efeito suspensivo para o fim de determinar a manutenção da competência para o julgamento do presente feito na Comarca de Monte Alto/SP.

Devidamente intimado, o réu não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

Quanto à taxatividade do rol do artigo 1.015 do CPC, o STJ, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.696.396/MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado no DJ Eletrônico em 19.12.2018, fixou-se a seguinte tese jurídica:

O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.

Transcrevo, por oportuno o inteiro teor da ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

1 - O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.

2 - Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”.

3 - A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo.

4 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz, para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos.

5 - A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na ripristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo.

6 - Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação (g.n.).

7 - Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.

8 - Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato.

9- Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

Assim, deve ser conhecido o presente agravo de instrumento, pois embora não se omita que o Código de Processo Civil de 2015 elenque as hipóteses nas quais cabe tal espécie recursal, apresentando rol taxativo, isso não significa que não se possa fazer interpretação extensiva ou analógica.

Nesse contexto, entendo que é de rigor interpretar o artigo 1.015 do CPC no sentido de abranger as decisões interlocutórias que versem sobre competência, dada a necessidade de possibilitar meio para que, em face delas, a parte que se sentir prejudicada possa se insurgir de imediato, não tendo que aguardar toda a instrução processual e manifestar sua irrisignação apenas no momento da interposição da apelação (art. 1.009, § 1º), inclusive em face do disposto no artigo 64, § 3º, do referido diploma legal, segundo o qual "o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência".

Feitas tais considerações, passo à análise do mérito.

As regras de competência, relativamente à matéria previdenciária, estão disciplinadas principalmente no artigo 109, inciso I e §§ 3º e 4º, da Constituição da República.

De acordo com o inciso I do referido dispositivo, compete aos juízes federais julgar todas as causas em que a *União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*.

A redação originária dos §§ 3º e 4º do artigo 109 da Magna Carta, a seu turno, estabelecia que nos locais onde não houvesse vara federal, seriam processadas e julgadas na Justiça Estadual, no foro de domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que fosse parte instituição de previdência social (INSS), com recurso para o respectivo Tribunal Regional Federal.

O constituinte originário, ao delegar a competência, em matéria previdenciária, da Justiça Federal ao magistrado estadual foi motivado pela necessidade de se facilitar acesso à justiça, permitindo que aqueles tidos por hipossuficientes pudessem, sem deslocar-se do foro de seu domicílio, demandar perante a Justiça que lhes fosse mais próxima e acessível, bem como pelo fato de que, à época, a Justiça Federal ainda não era suficientemente interiorizada.

Entretanto, a regra do art. 109, § 3º, da Constituição de 1988, sofreu importante alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 103, promulgada em 12.11.2019, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 109. (...)

§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal.

Deixou de existir, portanto, a regra de eficácia plena que estabelecia a competência da Justiça Estadual do foro do domicílio do segurado ou beneficiário, nos locais onde não houvesse unidade da Justiça Federal, para as ações movidas pelo segurado em face do INSS.

De outro giro, o art. 3º da novel Lei no 13.876/2019 se antecipou à reforma constitucional e modificou os termos do inciso III do art. 15 da Lei no 5.010/1966, que organiza a Justiça Federal de primeira instância, trazendo a seguinte disposição:

Art. 15. Quando a Comarca não for sede de Vara Federal, poderão ser processadas e julgadas na Justiça Estadual:

(...)

III – as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado e que se referirem a benefícios de natureza pecuniária, quando a Comarca de domicílio do segurado estiver localizada a mais de 70 km (setenta quilômetros) de Município de sede de Vara Federal;

(...)

Destarte, de acordo com a legislação atualmente em vigor, pode-se afirmar que: se o segurado reside em local com distância superior a 70 (setenta) quilômetros de Município de sede de Vara Federal, lhe é facultado ajuizar demanda previdenciária tanto perante a Justiça Federal, quanto perante a Justiça Estadual pertencente ao seu domicílio. Entretanto, caso o segurado tenha seu domicílio localizado a menos de 70 (setenta) quilômetros de município detentor de sede de Vara Federal, será obrigado a propor ação perante a Justiça Federal.

Considerando que o artigo 5º da Lei nº 13.876/2019 determinou sua entrada em vigor, quanto ao artigo 3º, a partir do dia 1º de janeiro de 2020, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 603/2019, determinando o seguinte, em relação aos feitos já em trâmite:

Art. 4º. As ações, em fase de conhecimento ou de execução, ajuizadas anteriormente a 1º de janeiro de 2020, continuarão a ser processadas e julgadas no juízo estadual, nos termos em que previsto pelo § 3º do art. 109 da Constituição Federal, pelo inciso III do art. 15 da Lei n. Este texto não substitui a publicação oficial. 5.010, de 30 de maio de 1965, em sua redação original, e pelo art. 43 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, a I. Presidência dessa Corte editou a Resolução n. 322, de 12 de dezembro de 2019, na qual relaciona, em seu anexo I, as comarcas que permanecem com competência federal delegada, considerando a distância entre o centro urbano do município sede da comarca estadual e o centro urbano do município sede da vara federal mais próxima, em nada interferindo o domicílio do autor.

Posteriormente, em 03.03.2020, foi publicado o Provimento CJF3R nº 35, de 27 de fevereiro de 2020, o qual alterou a jurisdição das Subseções Judiciárias de Catanduva, Jales, São José do Rio Preto e Ribeirão Preto.

Em seu artigo 1º, "caput", foi excluído o Município de Monte Alto da jurisdição das Varas Federais e do JEF da 2ª Subseção Judiciária de Ribeirão Preto para incluí-lo na jurisdição da Vara Federal da Subseção Judiciária de Catanduva, nada mais dispondo acerca da competência outrora a ele delegada pela Resolução n. 322, de 12 de dezembro de 2019. Na verdade, o que se constata foi tão somente uma adequação da distância de 70km com a vara federal.

Assim, entendo que, tendo em vista a alteração de competência acima descrita, o feito deve ser encaminhado à Vara Federal da Subseção Judiciária de Catanduva, nos termos dos artigos 3º e 4º do Provimento CJF3R nº 35, de 27 de fevereiro de 2020, mantendo-se, portanto, a decisão agravada.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto pela autora.

Decorrido "in albis" o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6110343-48.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: R. V. B.
REPRESENTANTE: TERESA MARTINHO AYRES VIEIRA BUENO
Advogado do(a) APELADO: PATRICIA MARA ROCHA CODOGNO - SP149925-N,
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido da parte autora para condenar o réu a lhe conceder o benefício de prestação continuada previsto no art. 203, V, da Constituição da República, no valor mensal de um salário mínimo, desde a data do requerimento administrativo efetuado em 02.08.2017. As parcelas vencidas deverão ser corrigidas monetariamente nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e acrescidas de juros de mora na forma da Lei n. 11.960/09. Pela sucumbência, o réu arcará com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Confirmada a tutela de urgência, para a implantação imediata do benefício. Sem custas.

O Instituto réu busca a reforma da sentença sustentando, em resumo, que o autor não faz jus à concessão do benefício, vez que não restaram comprovados os requisitos da deficiência e da hipossuficiência econômica. Subsidiariamente, requer a fixação do termo inicial do benefício a partir da data da juntada do laudo pericial, bem como sejam observados os critérios de cálculo de correção monetária da Lei n. 11.960/09 e, por fim, a redução dos honorários advocatícios.

Noticiada pelo réu a implantação do benefício.

Com as contrarrazões da parte autora, os autos vieram a esta E. Corte.

Emparecer, o i. representante do Parquet Federal opina pelo desprovimento da apelação do INSS.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgada em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: ***A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.***

Do mérito.

O benefício pretendido pela parte autora está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação legislativa do dispositivo constitucional restou materializada com o advento da Lei 8.742/93, que dispõe na redação atualizada do *caput* do seu artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Assim, para fazer jus ao amparo constitucional, o postulante deve ser portador de deficiência ou ser idoso (65 anos ou mais) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção status normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de 'pessoa com deficiência', definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de "pessoa com deficiência" constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, a perícia médica realizada em 24.09.2018, constatou que o autor, com 15 anos de idade, é portador de esclerose tubosa, doença crônica e grave, que pode acometer vários órgãos e partes do corpo como pele, ossos, dentes, rins, pulmões, olhos, coração e sistema nervoso central, que é particular neste caso, provocando epilepsia. Há necessidade de tratamento permanente com acompanhamento médico ambulatorial e medicamentos.

Faz-se mister, aqui, observar o que dispõe o art. 4º, §1º, do Decreto 6.214/2007:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

§ 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade.

Neste passo, em se tratando de criança/adolescente, não há que se perquirir quanto à sua capacidade laborativa, mas deve-se ter em conta as limitações que a deficiência de que é portadora impõem ao seu desenvolvimento e a atenção especial de que necessita.

Há que se reconhecer, portanto, que a parte autora fará jus ao benefício assistencial, caso preencha o requisito socioeconômico, haja vista possuir 'impedimentos de longo prazo', com potencialidade para 'obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com outras pessoas'.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar per capita, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda per capita não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1.232-DF. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 27.08.98; D.J. 01.06.2001).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do §3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente descompasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que "ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o §3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização". Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar. Verifique-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. (...)

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

(...)

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

(Rcl 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

Cumpre observar, ademais, que a Lei n. 13.981/2020, publicada em 24.03.2020, alterou o § 3º do art. 20, da Lei n. 8.742/93, para considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a meio salário mínimo.

No caso dos autos, das informações colhidas por ocasião do estudo social realizado em 07.12.2018, observa-se que o autor reside com a genitora, a Sra. Tereza Martinho Ayres e uma irmã menor. A residência é própria, de construção simples, feita de alvenaria, com seis cômodos de pequenas dimensões, dispoendo de um banheiro social, uma cozinha contendo: um armário, um fogão, uma mesa com quatro cadeiras e uma geladeira; três quartos, contendo no primeiro: uma cama de casal e um roupeiro de seis portas; no segundo: uma cama de solteiro, um roupeiro de quatro portas, um criado mudo e uma penteadeira; no terceiro: uma cama de solteiro e um roupeiro de duas portas e uma sala contendo: um jogo de sofá e um rack. A mobília apresenta condições de uso. A família não possui veículo. Os pais do requerente são separados de fato, o genitor mora em Itapetininga em casa própria. Segundo a Senhora Tereza ele não ajuda nas despesas da família, em razão de estar enfermo, com câncer e incapaz de realizar atividade laborativa. A renda mensal familiar é proveniente dos trabalhos esporádicos da genitora da autora, no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). A família é beneficiária dos Programas de Transferência de Renda: Bolsa Família e Ação Jovem. Recebem ajuda da comunidade através de alimentos. A despesa mensal relatada é de aproximadamente R\$ 400,00, considerando gastos com: água, energia elétrica, alimentação, quando ausentes na rede pública. Concluiu a assistente social que se trata de uma família em situação de vulnerabilidade socioeconômica, de saúde, com um membro em situação de privação de liberdade.

Portanto, resta comprovado que o autor é deficiente e que não possui meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus à concessão do benefício assistencial.

O termo inicial do benefício deve ser mantido a partir da data do requerimento administrativo efetuado em 02.08.2017.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as tesses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento), deverão incidir sobre o valor das prestações vencidas até a data da presente decisão, em conformidade com entendimento desta Décima Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As parcelas em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença, compensando-se as adimplidas por força da tutela de urgência.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento à apelação do réu e à remessa oficial tida por interposta.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intímem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0351790-03.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIAURSAIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: WALDIRENE FERREIRA ANTUNES
Advogado do(a) APELADO: MARCO ANTONIO DE MORAIS TURELLI - SP73062-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão de aposentadoria por idade rural, sobreveio sentença de procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a conceder o benefício, no valor de um salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo, com correção monetária e juros de mora, além do pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ. Foi determinada a implantação do benefício, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), limitado a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

A autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, postulando a integral reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando que não cumpriu os requisitos necessários. Subsidiariamente, requer a alteração quanto ao termo inicial do benefício.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

O Novo Código de Processo Civil (art. 927 c/c art. 932, IV e V) atribui ao Relator a possibilidade de decidir monocraticamente os recursos a ele distribuídos, nas hipóteses ali previstas.

Recebo o recurso de apelação, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil.

Postula a parte autora a concessão de aposentadoria rural por idade, no valor de um salário mínimo.

A aposentadoria por idade é devida aos trabalhadores rurais, referidos no artigo 11, inciso I, alínea a, inciso V, alínea g, e incisos VI e VII, da Lei nº 8.213/91, aos 55 (cinquenta e cinco) à mulher e aos 60 (sessenta) anos ao homem (artigo 48, § 1º, do mesmo diploma legal), mediante a comprovação do trabalho rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, cumprindo-se o número de meses exigidos nos art. 25, inciso II, ou o número de meses exigidos no art. 142 da Lei 8.213/91, a depender do ano de implemento do requisito etário, dispensando-se, assim, a comprovação do efetivo recolhimento das contribuições mensais nesse período.

Cabe esclarecer que a regra contida nos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.718/08 não implicou a fixação de prazo decadencial para a obtenção de aposentadoria por idade rural por aqueles que implementaram a idade após 31/12/2010. Com efeito, estabeleceu-se apenas novas regras para a comprovação do tempo de atividade rural após referida data.

Ressalta-se que a norma prevista nos artigos acima citados é inaplicável aos segurados especiais, sendo que, após 31/12/2010, continuarão a fazer jus ao benefício em questão, em virtude do disposto nos artigos 26, inciso III, 39, inciso I, e 48, §2º, da Lei de Benefícios. Somente o segurado especial que desejar usufruir benefícios outros e em valor diverso a um salário mínimo é que deve comprovar haver contribuído para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social, a teor do inciso II do art. 39 da referida Lei.

No tocante ao empregado rural e ao contribuinte individual, entretanto, conclui-se pela aplicação das novas regras e, portanto, pela necessidade de contribuições previdenciárias, a partir de 01/01/2011, uma vez que o prazo de 15 (quinze) anos previsto no artigo 143 da Lei de benefícios esauriu-se, conforme o disposto no artigo 2º da Lei 11.718/08.

Saliente-se, contudo, que não se transfere ao empregado a obrigação de comprovar os recolhimentos das contribuições do período laborativo anotado na carteira profissional, uma vez que é de responsabilidade exclusiva do empregador a anotação do contrato de trabalho em CTPS, o desconto e o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, não podendo o segurado ser prejudicado pela conduta negligente do empregador, que efetuou as anotações dos vínculos empregatícios, mas não recolheu as contribuições. Precedente do STJ: REsp 566405/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, j.18/11/03, DJ 15/12/03, p.394.

À luz do caráter protetivo social da Previdência Social, evidenciado pelas diretrizes que regem o sistema previdenciário instituído pela Constituição de 1988 (artigos 1º, 3º, 194 e 201), especialmente a proteção social, a universalidade da cobertura, a uniformidade e equivalência dos benefícios, a equidade na forma de participação no custeio, e a isonomia, bem como da informalidade de que se revestem as atividades desenvolvidas pelos rurícolas, não se pode exigir do trabalhador rural, à exceção do contribuinte individual, o recolhimento de contribuições previdenciárias.

No presente caso, tendo a parte autora nascido em 17/11/1960, completou a idade acima referida em 17/11/2015.

Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei 8.213/91 e do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, para a comprovação do trabalho rural é necessária a apresentação ao menos de início de prova material, corroborável por prova testemunhal. Ressalta-se que o início de prova material, exigido pelo § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de ruralista, pois isto importaria em se exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal para demonstração do labor rural.

Início de prova material, conforme a própria expressão o diz, não indica completude, mas sim começo de prova, princípio de prova, elemento indicativo que permita o reconhecimento da situação jurídica discutida, desde que associada a outros dados probatórios.

Neste caso, há início de prova documental da condição de ruralista dos pais da autora, consubstanciado em certidões de nascimento e de casamento, nas quais ambos ou o genitor foram qualificados como lavradores (ID 117995555 – p. 2/3). O Superior Tribunal de Justiça, sensível à realidade social do trabalhador rural, pacificou o entendimento de ser extensível aos filhos a qualificação de trabalhador rural apresentada pelo genitor, constante de documento, conforme revela a ementa de julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. PERÍODO LABORADO COMO RURÍCOLA. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. DOCUMENTOS EM NOME DOS PAIS DO AUTOR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE.

Em se tratando de trabalhador rural, em razão das dificuldades de produzir provas no meio rural, verificar os elementos probatórios carreados aos autos não agride a Súmula n. 7 do STJ. O rol de documentos previsto no art. 106 da Lei nº 8.213/91 não é numerus clausus, sendo possível utilizar-se de documentos em nome dos genitores do autor, com o propósito de suprir o requisito de início de prova material, desde que acrescido por prova testemunhal convincente.

Agravo regimental desprovido.”

(STJ; AGRESP 200801500588; 6ª Turma; Rel. Ministro Og Fernandes; j. 03.02.2009; DJE 02.03.2009);

“A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido da validade dos documentos em nome do pai do Autor para fins de comprovação da atividade laborativa rural em regime de economia familiar.” (REsp nº 516656/CE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 432).

Há, ainda, início de prova material da condição de ruralista da autora, consistente em vínculo de natureza rural anotados em Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS (ID 117995569) e ficha de inscrição no Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Angatuba/SP (ID 117995573 – p. 1). Segundo a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tal documentação, em conjunto com a prova testemunhal colhida no curso da instrução processual, é hábil ao reconhecimento de tempo de serviço trabalhado como ruralista, conforme revela a seguinte ementa de julgado:

“As anotações em certidões de registro civil, a declaração de produtor rural, a nota fiscal de produtor rural, as guias de recolhimento de contribuição sindical e o contrato individual de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, todos contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material.” (REsp nº 280402/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10/09/2001, p. 427).

Cumpre pontuar que tal entendimento está em consonância com o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 10/10/2012, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 554 - Recurso Especial Repetitivo 1.321.493/PR, Rel. Min. Herman Benjamin), que firmou orientação no sentido de que *“Aplica-se a Súmula 149/STJ (A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade ruralista, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário) aos trabalhadores rurais denominados ‘boias-frias’, sendo imprescindível a apresentação de início de prova material. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador campesino, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reatizada prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.”*

Observo também que no julgamento do REsp 1.348.633/SP, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento de que o início de prova material da atividade rural possui eficácia probatória tanto para o período anterior quanto posterior à data do documento, desde que corroborado por prova testemunhal.

Por sua vez, as testemunhas ouvidas complementaram esse início de prova documental ao asseverarem, perante o juízo de primeiro grau, sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sem contraditas, que a autora exerceu labor rural até dois anos antes da data da audiência, realizada em 05/11/2019 (mídia digital).

Assim, nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91, e em estrita observância à Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, restou comprovado que a parte autora exerceu trabalho rural pelo tempo equivalente à carência necessária, de acordo com os artigos 25, inciso II, e 142 da Lei nº 8.213/91, e imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ou até o cumprimento do requisito etário.

Necessário ressaltar-se que em 2015 a parte autora atingiu a idade mínima para aposentar-se, de forma que, nessa época, já havia adquirido o direito à obtenção do benefício em tela, faltando apenas exercer o respectivo direito. O fato de a autora somente haver formulado o seu pedido de aposentadoria no ano de 2018 não impede o auferimento do benefício, nos termos do artigo 102, §1º, da Lei nº 8.213/91.

A E. 10ª Turma desta Corte Regional, seguindo a jurisprudência do E. STJ, adota posicionamento no sentido de que, nos termos do disposto no § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 11.718/08, para fazer jus ao benefício de aposentadoria por idade o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual à carência exigida, o que ocorreu no caso concreto.

A respeito da matéria, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 09/09/2015, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 642 - Recurso Especial Repetitivo 1.354.908/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques), firmou orientação no sentido de que o segurado especial deve estar trabalhando no campo quando do preenchimento do requisito etário, momento em que poderá requerer seu benefício, ressalvada a hipótese em que, *“embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, preencher de forma concomitante, no passado, ambos os requisitos carência e idade”, que é o caso dos autos:*

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.” (STJ - Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 10/02/2016) - grifei

Portanto, atendidos os requisitos legais, a parte autora faz jus à aposentadoria por idade rural, no valor de 1 (um) salário mínimo.

O termo inicial da revisão do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo, nos termos do artigo 49, "b", da Lei n.º 8.213/91.

Diante do exposto, nos termos do art. 927 c/c art. 932, IV e V, do CPC, **NEGO PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS**, na forma da fundamentação.

Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intimem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6168345-11.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: APARECIDO SEBASTIAO DE SOUZA
CURADOR: NAIR JESUS DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: CRISTIANE PARREIRA RENDA DE OLIVEIRA CARDOSO - SP119377-A,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que objetiva a concessão do benefício de amparo assistencial ao deficiente, sob o fundamento de que não teriam sido comprovados os requisitos necessários. Condenado o demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), observando-se a gratuidade judiciária concedida.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, há vista a necessidade de realização de nova perícia, na especialidade de psiquiatria. Quanto ao mérito, argumenta, em síntese, que restaram comprovados os requisitos para a concessão do benefício almejado.

Sem as contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

O representante do Ministério Público Federal, em seu parecer, manifestou-se pelo desprovimento do recurso do autor.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pela parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Rejeito a preliminar arguida pela parte autora, vez que o laudo pericial encontra-se bem elaborado, por profissional de confiança do Juízo e equidistante das partes, sendo suficiente ao deslinde da matéria, despicinda a realização de nova perícia, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Do mérito.

O benefício pretendido pela parte autora está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação legislativa do dispositivo constitucional restou materializada com o advento da Lei 8.742/93, que dispõe na redação atualizada do caput do seu artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Assim, para fazer jus ao amparo constitucional, o postulante deve ser portador de deficiência ou ser idoso (65 anos ou mais) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção status normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de "pessoa com deficiência", definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de "pessoa com deficiência" constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2o Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade. Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1o Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, o laudo médico pericial realizado em 21.09.2018, constatou que o autor, nascido em 10.05.1971, é portador de luxação do cotovelo, bem como transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de álcool - síndrome de dependência, apresentando incapacidade total e temporária para o trabalho, desde 05/2018, quando foi internado em clínica para recuperação. Estima-se 06 meses de afastamento, devendo ser reavaliado para aferir capacidade remanescente.

Em que pese o perito tenha concluído pela incapacidade temporária, há que se reconhecer que o autor fará jus ao benefício assistencial, caso preencha o requisito socioeconômico, haja vista que apresenta impedimentos de longo prazo de natureza física, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas, restando comprovado o requisito da deficiência, ao menos no período indicado pela perícia.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar *per capita*, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda *per capita* não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente (STF ADI 1.232-DF. Rel. p/ Acórdão Mm. Nelson Jobim. J. 27.08.98; DJ. 01.06.2001).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do §3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Mm. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente desconhecimento entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que "ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o §3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização". Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar (Rcl4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

Cumpre observar, ainda, que a Lei n. 13.981/2020, publicada em 24.03.2020, alterou o § 3º do art. 20, da Lei n. 8.742/93, para considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a meio salário mínimo.

No caso dos autos, o estudo social realizado em 16.09.2018, constatou que o autor reside com o genitor, o Sr. Antonio Sebastião de Souza, aposentado e pensionista; uma irmã, sua curadora, a Sra. Nair Jesus de Souza; uma sobrinha, Luana Larissa de Souza Ramos, e um sobrinho, Julio Cezar de Souza, ambos filhos da irmã Nair. A moradia é própria, construída em alvenaria, coberta por telha romana sem forro, piso de cerâmica, dividido em quatro quartos, dois banheiros, duas cozinhas, uma sala, uma área. Guamecida por três camas de solteiro e duas de casal, quatro guardas roupas, geladeira, fogão, mesa com cadeiras, tanquinho, rack com TV e sofás com dois e três lugares. Os móveis são simples e alguns encontram-se deteriorados pelo tempo de uso. O local possui luz elétrica, água encanada, rede de esgoto e dejetos, asfalto e limpeza pública. Seus sobrinhos informaram não possuírem rede de internet, canal por assinatura nem veículo. O genitor do autor é aposentado e pensionista e percebe dois salários mínimos mensais. A Sr. Nair mencionou que reside no endereço, mas trabalha em Santa Fé como faxineira e recebe aproximadamente R\$ 800,00 (oitocentos reais), possui mais uma casa, financiada, que se encontra fechada. Luana Larissa de Souza Ramos, sobrinha do autor, nascida em 28.04.1999, trabalha temporariamente (frente de emprego) no Centro de Referência da Assistência Social- CRAS, até o mês de dezembro e recebe a quantia de R\$1.200,00 (um mil e duzentos reais), estudante do curso de estética em Jales, mas as mensalidades e apostilas são pagas por seu pai. Acrescentou que o tratamento do tio é pago pelo município e que no final do mês é ela quem assina para essa liberação. Julio Cezar de Souza, (sobrinho) nascido em 14.03.1996, declarou-se desempregado, ensino médio completo. As despesas declaradas são referentes ao custo com água: R\$ 81,85 (oitenta e um reais e oitenta e cinco centavos); energia elétrica: R\$ 262,93 (duzentos e sessenta e dois reais e noventa e três centavos), valor este dividido com a família que reside nos fundos; alimentação: R\$ 300,00 (trezentos reais). Os medicamentos utilizados pelo autor são concedidos pela rede pública de saúde e enviados à clínica onde se encontra internado. Não são beneficiários de programa de transferência de renda em nenhuma esfera de governo. O autor não possui plano de saúde, quando é necessário atendimento em outras localidades depende de transporte público.

Consoante se verifica dos dados atualizados do CNIS, o sobrinho do autor possuía vínculo empregatício, tendo percebido remuneração de R\$ 1.804,73, em janeiro de 2020, bem como conta com recolhimentos previdenciários contínuos desde 01.05.2017.

Destaco, outrossim, que não há que se aplicar ao caso, o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2001, para excluir do cômputo da renda mensal o benefício percebido pelo genitor do autor, uma vez que este auferia renda mensal de dois salários mínimos.

Depreende-se, portanto, que a renda auferida pelos familiares, embora modesta, é superior aos gastos declarados, e, portanto, suficiente à manutenção das necessidades mínimas do núcleo familiar.

Portanto, o conjunto probatório existente nos autos demonstra que o autor não se encontra em situação de miserabilidade que justifique a concessão do amparo assistencial, ainda que se considere que a família do autor viva em condições econômicas modestas.

Não se trata, na espécie, de deixar de considerar a renda *per capita* inferior a meio salário mínimo como presunção absoluta de miserabilidade, mas sim apenas de apontar a fragilidade do conjunto probatório, inábil a comprovar de maneira inequívoca a renda do núcleo familiar e a situação econômica respectiva.

Mantidos os honorários advocatícios na forma fixada pela sentença.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento à apelação da parte autora.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006484-23.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: WALTER OLIVEIRA DOS SANTOS

Advogados do(a) AGRAVANTE: MAIRA CAMANHES DE OLIVEIRA - SP300424-A, LUIS GUSTAVO MARTINELLI PANIZZA - SP173909-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Data de Divulgação: 08/07/2020 1965/2089

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por WALTER OLIVEIRADOS SANTOS face à decisão proferida nos autos de ação de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, em que o d. Juiz *quo* determinou o sobrestamento dos autos subjacentes por entender que há a possibilidade de haver coisa julgada parcial em desfavor do demandante, tendo em vista a identidade de parte dos pedidos nestes autos, e no processo n.º 0001127-29.2015.4.03.6304, também por ele intentado, e atualmente suspenso em razão do tema 995 do STJ.

O agravante sustenta, em síntese, a inexistência de triplíce identidade apta a ensejar a figura litispendência ou coisa julgada, alegando que, no presente caso, embora pretenda o reconhecimento da especialidade também do interregno de 01.10.1998 a 22.04.2014, o qual não foi reconhecido naqueles autos, agora o faz com novos fundamentos, tendo em vista a juntada de novo PPP emitido pela empresa na qual laborou, bem como em razão de novo requerimento administrativo, o que altera a causa de pedir e o pedido. Inconformado, requer a atribuição de efeito suspensivo à decisão agravada.

É o breve relatório. Decido.

O Código de Processo Civil de 2015 elenca as hipóteses nas quais cabe agravo de instrumento, apresentando rol taxativo, conforme segue:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

No caso em tela, a decisão agravada versa sobre hipótese não contemplada no rol acima, eis que inexistente previsão legal que admita a interposição de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias que determinam o sobrestamento dos autos.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, III, do Novo Código de Processo Civil, **não conheço do agravo de instrumento da parte autora.**

Intímem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL(199) Nº 5272795-85.2020.4.03.9999

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

PARTE AUTORA: NEY RIBEIRO ALVES

Advogados do(a) PARTE AUTORA: JOAO ANTONIO DE OLIVEIRA JUNIOR - SP336760-A, RICARDO SALVADOR FRUNGILO - SP179554-A

PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por NEY RIBEIRO ALVES em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando concessão do benefício por incapacidade.

O INSS apresentou contestação.

O pedido foi julgado procedente. Houve submissão da sentença à remessa necessária.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 18.02.2020 e a data de início do benefício é 14.12.2017.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1011, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA.**

Após o trânsito em julgado, retomemos os autos à Vara de origem.

Intím-se.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5274089-75.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: APARECIDO FERNANDES ROSA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SILVIA ESTELA SOARES - SP317243-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por APARECIDO FERNANDES ROSA em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando concessão do benefício por incapacidade.

O INSS apresentou contestação.

O pedido foi julgado procedente. Houve submissão da sentença à remessa necessária.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 14.05.2020 e a data de início do benefício é 20.03.2019.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1011, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA.**

Após o trânsito em julgado, retomemos os autos à Vara de origem.

Intím-se.

São Paulo, 24 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002810-13.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: GERCINO DE FREITAS
Advogado do(a) APELADO: JOSE RAMOS DOMINGOS - PR49467-A

DESPACHO

Vistos.

Em atenção ao requerido pela parte autora no Id. 135883490, em consulta aos dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, verifica-se que o benefício de aposentadoria por invalidez não foi implantado. Assim, tendo em vista a decisão proferida em 28.05.2020, determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se novamente ao INSS (Gerência Executiva), com urgência**, a fim de que sejam adotadas as providências cabíveis para que seja imediatamente implantado em favor da parte autora, **Gercino de Freitas**, o benefício de aposentadoria por invalidez, com DIB em 18.08.2016 e renda mensal inicial a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do Novo CPC.

Após, certifique-se a Subsecretaria o que de direito, devendo o feito aguardar na Vara de Origem o cumprimento da tutela antecipada.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004620-47.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: TAINA RIMAS PEREIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: DOMINICIO JOSE DA SILVA - SP337579-A
AGRAVADO: UNIÃO FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Tainá Rimas Pereira Hertel em face de decisão que, nos autos de mandado de segurança, indeferiu pedido de tutela de urgência para restabelecimento do benefício de seguro-desemprego.

Conforme o noticiado pelo Ministério Público Federal (ID 135178824), e após consulta ao Sistema de Informações Processuais da Justiça Federal, verifico ter sido proferida sentença nos autos de origem, motivo pelo qual restou prejudicado o julgamento do presente recurso.

Diante do exposto, **JULGO PREJUDICADO** o agravo de instrumento, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5277136-57.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: ANTONIO SOARES COELHO
Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL MARQUES DOS SANTOS - SP264811-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por ANTONIO SOARES COELHO em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, objetivando concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O INSS apresentou contestação.

O pedido foi julgado procedente. Houve submissão da sentença à remessa necessária.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 11.02.2020 e a data de início do benefício é 22.12.2017.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1011, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA.**

Após o trânsito em julgado, retomemos os autos à Vara de origem.

Intímem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5275110-86.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: MASSIR BESSON
Advogado do(a) PARTE AUTORA: SIRLEI RICARDO DE QUEVEDO - SP170573-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por **MASSIR BESSON** em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, objetivando concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

O INSS apresentou contestação.

O pedido foi julgado parcialmente procedente. Houve submissão da sentença à remessa necessária.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 16.09.2019 e a data de início do benefício é 14.11.2017.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1011, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA.**

Após o trânsito em julgado, retomemos os autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5274506-28.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
PARTE AUTORA: CELIA REGINA RETONDO BRUNETTI
Advogado do(a) PARTE AUTORA: ALESSANDRO MARTINELLI - SP246930-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

O Exmo. Desembargador Federal Nelson Porfírio (Relator): Trata-se de ação previdenciária proposta por **CELIA REGINA RETONDO BRUNETTI** em face do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, objetivando concessão do benefício de aposentadoria por idade.

O INSS apresentou contestação.

O pedido foi julgado procedente. Houve submissão da sentença à remessa necessária.

Sem recursos voluntários, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório. DECIDO.

Anoto que a sentença foi proferida já na vigência do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 -, razão pela qual se deve observar o disposto no art. 496, §3º, I. No caso dos autos, não obstante a sentença ser ilíquida, é certo que o proveito econômico obtido pela parte autora não superará o valor de 1.000 (mil) salários mínimos, ainda que se considere o valor máximo dos benefícios do RGPS, tendo em vista que a sentença foi prolatada em 27.03.2020 e a data de início do benefício é 18.02.2019.

Neste sentido observo que a 1ª Turma do C. STJ, ao apreciar o REsp 1.735.097/RS, em decisão proferida em 08.10.2019, entendeu que, não obstante a iliquidez das condenações em causas de natureza previdenciária, a sentença que defere benefício previdenciário é espécie absolutamente mensurável, visto que pode ser aferível por simples cálculos aritméticos. Assim, na vigência do Código de Processo Civil/2015, em regra, a condenação em ações previdenciárias não alcança o valor de mil salários mínimos, observada a prescrição quinquenal, com os acréscimos de juros, correção monetária e demais despesas de sucumbência, restando afastado o duplo grau necessário.

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1011, I, ambos do Código de Processo Civil de 2015, **NÃO CONHEÇO DA REMESSA NECESSÁRIA.**

Após o trânsito em julgado, retomemos os autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 25 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5898175-95.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROGERIO PAULINO
Advogado do(a) APELADO: WELINGTON LUCAS AFONSO - SP376314-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de ação objetivando a concessão de auxílio-acidente.

Consta da petição inicial que: "A Parte Autora foi vítima de um acidente típico de trabalho, ocorrido na data de 10 de novembro de 2015, durante exercício do trabalho, quando conduzia um veículo da empresa e veio a colidir com outro veículo, conforme consta no Boletim de ocorrência da Polícia Civil e CAT em anexo. A empresa em que o autor exercia atividade laborativa na época do acidente se encontra com a razão social: FRANGO NUTRIBEM LTDA, conforme CTPS anexada aos autos. Do acidente, o autor sofreu fratura completa do côndilo femoral lateral direito, cursando com fratura completa do planalto tibial lateral direito, resultando ainda em edema nas partes moles do joelho direito e um grande derrame articular, comprometendo a articulação do membro, tendo que ser submetido a procedimentos cirúrgicos, o que lhe gerou sequelas incapacitantes permanentes. Em razão das lesões sofridas, foi concedido o benefício de auxílio-doença por acidente de trabalho – espécie 91 (NB/612.593.010-0), com início em 26/11/2015 (DIB) e cessação em 12/06/2016 (DCB), quando o médico do INSS lhe deu alta para que voltasse ao seu trabalho habitual, despendendo grande esforço do autor (...)".

Em virtude do infortúnio, foi emitida a **comunicação de acidente de trabalho - CAT** (ID 82636020 – Pg. 01) dando conta do ocorrido.

Como consequência do acidente de trabalho sofrido, o réu concedeu-lhe **auxílio-doença por acidente de trabalho (NB 91/612.593.010-01)**, conforme extrato do CNIS (ID 82636020 – Pg. 03).

Conforme exposto em perícia, trata-se de benefício decorrente de acidente de trabalho, de acordo com questionamento "b" do INSS, sobre o caso se tratar ou não de acidente de trabalho: "R.-Acidente de trabalho, quando dirigia veículo na SP 310 na data de 10-11-2015. Socorrido pelo resgate atendido na Santa Casa de Araraquara. ".

O INSS apela, requerendo o envio do pleito ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

Assim, em conformidade como art. 109, I, da Constituição Federal, bem como da Súmula 15 do C. Superior Tribunal de Justiça, a presente ação é de competência da Justiça Estadual. Nesse sentido:

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Para verificação da competência no caso de ações previdenciárias, deve-se considerar a natureza do benefício, se acidentário ou previdenciário, bem como o procedimento adotado para a sua concessão.

2. As ações que versam sobre benefícios previdenciários são de competência da Justiça Federal, ressalvado o disposto no art. 109, § 3º, da Lei Maior. Dessa forma, as ações que envolvam concessão e revisão de pensão por morte, independentemente da circunstância em que o segurado faleceu, devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal.

3. Exceção a esta regra está nas ações acidentárias típicas, envolvendo o trabalhador e a autarquia previdenciária, nas quais há necessidade de prova pericial a ser realizada pelo INSS, o que justifica a manutenção da competência da Justiça Estadual, a teor do art. 109, inciso I, in fine, da Constituição.

4. Agravo regimental improvido". Os grifos não estão no original." (STJ, 3ª Seção, Ministro Arnaldo Esteves Lima, AgRg no CC nº 107796, 28/04/2010)

"AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL. PREVIDENCIÁRIO. PRETENSÃO QUE VISA À REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. É competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação relativa a acidente de trabalho, estando abrangida nesse contexto tanto a lide que tem por objeto a concessão de benefício como, também, as relações daí decorrentes (restabelecimento, reajuste, cumulação), uma vez que o art. 109, I, da CF/88, não fez qualquer ressalva a este respeito. Incidência da Súmula 15/STJ: Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho.

2. Agravo regimental a que se nega provimento". Os grifos não estão no original." (STJ, 3ª Seção, Desembargador Convocado do TJRJ Adilson Vieira Macabu, AgRg no CC nº 117486, 26/10/2011)

Também assim vem entendendo esta 10ª Turma: Desembargador Federal Sergio Nascimento, AC nº 2015.03.99.041890-0/SP, 15/12/2015 e Desembargador Federal Baptista Pereira, AC nº 2015.03.99.038835-0/SP, 21/12/2015.

Diante do exposto, determino a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, haja vista a incompetência desta Corte para análise e julgamento do feito, dando-se baixa na Distribuição.

Intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016750-69.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: H. D. G., F. D. G., E. D. G., TATIANA COLI DEMATEI
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERICA SANTANA DIAS GOMES - SP376615-N
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERICA SANTANA DIAS GOMES - SP376615-N
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERICA SANTANA DIAS GOMES - SP376615-N
Advogado do(a) AGRAVANTE: ERICA SANTANA DIAS GOMES - SP376615-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos cumprimento provisório de sentença extraído de ação previdenciária, condicionou a implantação de pensão por morte ao julgamento definitivo dos autos principais.

É o relatório. DECIDO.

O feito comporta julgamento monocrático, nos termos autorizados pelo artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Dispõe o artigo 1.016, §2º do diploma processual civil:

"Art. 1.016. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, por meio de petição com os seguintes requisitos:

(...)

§ 2º No prazo do recurso, o agravo será interposto por:

I - protocolo realizado diretamente no tribunal competente para julgá-lo;

II - protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias;

III - postagem, sob registro, com aviso de recebimento;

IV - transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei;

V - outra forma prevista em lei."

A r. decisão agravada foi disponibilizada no Diário Eletrônico da Justiça em 28/05/2020 (quinta-feira), havendo publicação em 29/05/2020 (sexta-feira), conforme verifco no sistema de informações processuais da Justiça Estadual. O prazo para interposição de recurso iniciou-se em 01/06/2020 (segunda-feira), com término previsto para 19/06/2020.

A parte agravante interpôs o presente agravo de instrumento perante o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, pela decisão monocrática ID 135087446 - págs. 10/14, não conheceu do recurso e declinou da competência em favor desta e. Corte Regional.

No caso em exame, o agravo não pode ser conhecido em virtude de sua manifesta intempestividade, haja vista que foi protocolado neste Tribunal apenas em 22/06/2020, quando já decorrido o prazo legal de 15 (quinze) dias, fixado no artigo 1.003, §5º do CPC. Neste sentido:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DO ART. 522 DO CPC PROTOCOLADO EM TRIBUNAL INCOMPETENTE. IRRELEVÂNCIA PARA A AFERIÇÃO DA TEMPESTIVIDADE. 1. Como o feito tramitou na primeira instância perante Juiz de Direito investido de jurisdição federal delegada, o tribunal Regional Federal da 4ª Região é o competente para a apreciação do agravo de instrumento que originou o presente recurso especial. 2. A tempestividade do agravo de instrumento deve ser aferida na data do protocolo do recurso no tribunal competente. Precedentes: AgRg no Ag 933.179/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 30.11.2007; AgRg no Ag 327.262/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 24.9.2001; EDeI no REsp 525.067/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26.4.2004. 3. No caso, o agravo de instrumento foi considerado intempestivo pelo tribunal Regional Federal da 4ª Região, pois o protocolo dentro do prazo legal no tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul é irrelevante para a aferição da tempestividade de recurso de sua competência. 4. Recurso especial desprovido." (Recurso Especial nº 1099544/RS, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Relatora: Ministra Denise Arruda, DJE 07/05/2009).

"PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO INTERPOSTA EM JUÍZO INCOMPETENTE. INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO PROTOCOLIZADO FORA DO PRAZO LEGAL.

1. A tempestividade do recurso deve ser aferida perante o Tribunal competente. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no Resp nº 1085812/PR, 2ª Turma, Relator: Ministro Castro Meira, DJe: 29/05/2009).

Na mesma linha de entendimento é possível mencionar diversos precedentes desta c. Corte Regional: 2ª Turma, Desembargador Federal Cotrim Guimarães, AI nº 2015.03.00.013965-9/SP, j. 08/07/2015; 10ª Turma, Desembargadora Federal Lucia Ursaiá, AI nº 2015.03.00.009466-4/SP, j. 12/05/2015.

Diante do exposto, **NÃO CONHEÇO do agravo de instrumento**, nos termos do artigo 932, III, do Código de Processo Civil.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Intime(m)-se.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5297848-05.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSALIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: RONILDO APARECIDO MOSCA
Advogados do(a) APELADO: ELIANE SCAVASSA - SP254274-N, VANESSA ARSUFFI - SP254432-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento de natureza previdenciária, objetivando a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, mediante o reconhecimento de atividade rural, sem registro em CTPS e de atividade urbana, de natureza especial, sobreveio sentença de parcial procedência do pedido, condenando-se a autarquia previdenciária a reconhecer a atividade rural no período de 04/1983 a 04/1994, a atividade especial no período de 04/09/1996 a 27/12/2013 e a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de serviço, desde a citação, com correção monetária e juros de mora, além do pagamento pelas partes de metade das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), nos termos do artigo 85, §8º do CPC, ressalvada a gratuidade da justiça. Por fim, determina a imediata implantação do benefício.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação pugnano pela reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a ausência de cumprimento dos requisitos legais para a concessão do benefício. Subsidiariamente, requer a alteração da sentença para que seja observada, para fins de correção monetária, a modulação de efeitos do Recurso Extraordinário 870.947 (tema 810 da repercussão geral).

Com contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

O Novo Código de Processo Civil (art. 927 c/c art. 932, IV e V) atribui ao Relator a possibilidade de decidir monocraticamente os recursos a ele distribuídos, nas hipóteses ali previstas.

Recebo o recurso de apelação do INSS, haja vista que tempestivo, nos termos do artigo 1.010 do novo Código de Processo Civil, ressalvando que a apelação tem efeito suspensivo, salvo no tocante à concessão da tutela provisória (art. 1012, caput e § 1º, inciso V, do referido Código).

Nos termos do artigo 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91 e de acordo com a jurisprudência consubstanciada na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, é possível a comprovação do trabalho rural mediante a apresentação de início de prova documental, devendo esta ser complementada por prova testemunhal.

Ressalta-se que o início de prova material, exigido pelo § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, não significa que o segurado deverá demonstrar mês a mês, ano a ano, por intermédio de documentos, o exercício de atividade na condição de ruralista, pois isso importaria em exigir que todo o período de trabalho fosse comprovado documentalmente, sendo de nenhuma utilidade a prova testemunhal para demonstração do labor rural.

Início de prova material, conforme a própria expressão traduz, não indica completude, mas, sim, começo de prova, princípio de prova, elemento indicativo que permita o reconhecimento da situação jurídica discutida, desde que associada a outros dados probatórios.

Sobre a extensão significativa da expressão "início de prova material", o Tribunal Regional Federal da Quarta Região bem enfrentou a questão, não limitando o aproveitamento da prova material ao ano ou à data em que foi produzido: AC nº 333.924/RS, Relator Desembargador Federal LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, j. 12/06/2001, DJ 11/07/2001, p. 454.

No caso, há início de prova material da condição de rurícola da parte autora, consistente em ficha de alistamento militar (Id 36212993), na qual está qualificado profissionalmente como trabalhador agrícola.

Acostou, ainda, contratos de parceria agrícola, notas fiscais de produtor e pedido de talonário de produtor – PTP, notas fiscais de entrada e declaração cadastral - produtor (Id 36212995 e 36212996), em nome do genitor.

Segundo a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tal documentação, em conjunto com a prova testemunhal colhida no curso da instrução processual, é hábil ao reconhecimento de tempo de serviço trabalhado como rurícola, conforme revelam as seguintes ementas de julgados:

"As anotações em certidões de registro civil, a declaração de produtor rural, a nota fiscal de produtor rural, as guias de recolhimento de contribuição sindical e o contrato individual de trabalho em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, todos contemporâneos à época dos fatos alegados, se inserem no conceito de início razoável de prova material." (REsp nº 280402/SP, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10/09/2001, p. 427).

"A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido da validade dos documentos em nome do pai do Autor para fins de comprovação da atividade laborativa rural em regime de economia familiar." (REsp nº 516656/CE, Relatora Ministra LAURITA VAZ, J. 23/09/2003, DJ 13/10/2003 p. 432).

Cumprido pontuar que tal entendimento está em consonância com o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 10/10/2012, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 554 - Recurso Especial Repetitivo 1.321.493/PR, Rel. Min. Herman Benjamin), que firmou orientação no sentido de que "Aplica-se a Súmula 149/STJ (A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário) aos trabalhadores rurais denominados 'boias-frias', sendo imprescindível a apresentação de início de prova material. Por outro lado, considerando a inerente dificuldade probatória da condição de trabalhador camponês, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal".

O C. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.348.633-SP (tema 638), firmou posicionamento no sentido de ser possível o reconhecimento do "tempo de serviço rural mediante apresentação de um início de prova material sem delimitar o documento mais remoto como termo inicial do período a ser computado, contanto que corroborado por testemunhos idôneos a elastecer sua eficácia" (Primeira Seção, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, por maioria, j. 28/08/2013, DJe 05/12/14). Nesses termos, a atual Súmula nº 577, do e. STJ:

É possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório.

Por sua vez, a prova testemunhal complementou plenamente o início de prova documental apresentado ao asseverar, perante o juízo de primeiro grau, sob o crivo do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, que a parte autora exerceu a alegada atividade rural (mídia digital).

Contudo, é de se ressaltar que a autora nasceu em 20/05/1971 e pleiteia o reconhecimento de atividade rural, em regime de economia familiar, a partir de abril/1983, quando contava com 11 (onze) anos de idade. Em que pese sabermos que o trabalhador que nasce na zona rural inicia muito cedo na atividade laborativa, principalmente aqueles que trabalham em regime de economia familiar, a prova dos autos não autoriza o reconhecimento da atividade rural a partir dessa data. Ademais, a Constituição Federal de 1946, art. 157, inciso IX, proíbia qualquer trabalho aos menores de 14 (quatorze) anos.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1967, proibiu-se o trabalho de menores de 12 (doze) anos, nos termos do inciso X do artigo 165, de forma que se deve tomar como parâmetro para a admissão do trabalho rural tal limitação.

Portanto, a norma acima não pode ser flexibilizada a ponto de ser reconhecida atividade laboral à criança, pois se a autora quando ainda contava com 11 (onze) anos de idade, acompanhando seus pais na execução de algumas tarefas, isto não o caracteriza como trabalhador rural ou empregado, tampouco caracteriza trabalho rural em regime de economia familiar, pois seria banalização do comando constitucional. Assim, devemos tomar como base a idade de 12 (doze) anos, início da adolescência, pois caso contrário se estaria a reconhecer judicialmente a exploração do trabalho infantil. Além disso, não é factível que um menor de 12 (doze) anos, ainda na infância, portanto, possua vigor físico suficiente para o exercício pleno da atividade rural, sendo sua participação nas lides rurais de caráter limitado, secundário, não se podendo conceber o seu eventual auxílio como período de efetivo labor rural.

Assim, as provas produzidas são suficientes para comprovar o exercício de atividade rural pela autora, no período de 20/05/1983 (data em que completou 12 anos de idade) a 31/03/1994 (data anterior ao primeiro vínculo empregatício anotado em CTPS).

O trabalho rural no período anterior à vigência da Lei nº 8.213/91 poderá ser computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme disposição expressa do artigo 55, § 2º, do citado diploma legal.

No que tange ao trabalho rural exercido após o advento da Lei nº 8.213/91, sem registro em CTPS, exige-se o recolhimento de contribuições previdenciárias para que seja o respectivo período considerado para fins de aposentadoria por tempo de serviço. É de bom alvitre deixar claro que, em se tratando de segurado especial a que se refere o inciso VII do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, tal recolhimento somente é exigível no caso de benefício previdenciário superior à renda mínima, a teor do disposto no artigo 26, inciso III, c.c. o artigo 39, inciso I, da mesma lei previdenciária. A respeito, traz-se à colação os seguintes trechos de julgados:

"O reconhecimento da atividade agrícola exercida no período posterior à edição da Lei n. 8.213/91, necessário ao implemento do intervalo correspondente à carência, não está sujeito ao recolhimento de contribuições previdenciárias, seja porque o inc. I do art. 39 da Lei de Benefícios não exige, para concessão de aposentadoria por idade rural, o respectivo aporte contributivo, seja porque o art. 55, § 2º, da Lei de Benefícios, que determina o recolhimento de contribuições para cômputo de tempo de serviço rural para efeito de carência, destina-se especificamente à aposentadoria por tempo de serviço." (TRF - 4ª Região; REO - Processo nº 200104010599660/PR, Relator Desembargador Federal Celso Kipper, j. 30/11/2004, DJU 12/01/2005, p. 860);

"O reconhecimento do tempo de serviço laborado na atividade rural, no período posterior à vigência da Lei nº 8.213/91, somente dispensa o recolhimento das contribuições previdenciárias se o benefício pleiteado for de renda mínima." (TRF - 5ª Região; AC nº 331859/RN, Relator Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, j. 25/11/2004, DJ 28/02/2005, p. 596).

Assim, fica limitado o reconhecimento da atividade rural até ao advento da Lei nº 8.213/91, eis que a partir dessa data, somente mediante contribuição é que será possível acrescer o tempo posterior para fins do benefício requerido.

De fato, compulsando os autos verifica-se que a parte autora não comprovou o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes ao período de atividade rural posterior ao advento da Lei nº 8.213/91, não podendo ser computado, portanto, o tempo de serviço em questão para fins de aposentadoria por tempo de serviço.

No tocante ao reconhecimento da atividade especial é firme a jurisprudência no sentido de que a legislação aplicável para a caracterização do denominado trabalho em regime especial é a vigente no período em que a atividade a ser considerada foi efetivamente exercida.

Para a verificação do tempo de serviço em regime especial, no caso, deve ser levada em conta a disciplina estabelecida pelos Decretos nºs 83.080/79 e 53.831/64.

Salvo no tocante aos agentes físicos ruído e calor, a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser obrigatória a partir de 05/03/1997, data da publicação do Decreto nº 2.172/97, que regulamentou a Lei nº 9.032/95 e a MP 1.523/96, convertida na Lei nº 9.528/97.

Contudo, acompanhando posicionamento adotado nesta 10ª Turma, no sentido de que em se tratando de matéria reservada à lei, tal decreto somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, entendendo que a exigência de laudo técnico para a comprovação das condições adversas de trabalho somente passou a ser exigência legal a partir de 11/12/1997, nos termos da referida lei, que alterou a redação do § 1º do artigo 58 da Lei nº 8.213/91. Neste sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 422616/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 02/03/2004, DJ 24/05/2004, p. 323; REsp nº 421045/SC, Relator Ministro Jorge Scartezzini, j. 06/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 382.

O artigo 201, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, passou a exigir a definição das atividades exercidas sob condições especiais mediante lei complementar, com a ressalva contida no art. 15 da referida EC nº 20/98, no sentido de que os artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 mantêm a sua vigência até que seja publicada a lei complementar exigida. Assim, dúvidas não há quanto à plena vigência, do artigo 57, § 5º, da Lei nº 8.213/91, no tocante à possibilidade da conversão do tempo trabalhado em condições especiais em tempo de serviço comum.

A propósito, quanto à plena validade das regras de conversão de tempo de serviço especial em comum, de acordo com o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91, traz-se à colação trecho de ementa de aresto: "Mantida a redação do § 5º do art. 57 da Lei 8.213/91, em face da superveniência da Lei 9.711 de novembro de 1998 que converteu a MP 1.663/15º sem acolher abolição da possibilidade de soma de tempo de serviço especial com o comum que a medida provisória pretendia instituir, e ainda persistindo a redação do caput desse mesmo art. 57 tal como veiculada na Lei 9.032/95 (manutenção dessa ordenada pelo expressamente no art. 15 da Emenda Constitucional nº 20 de 15.12.98) de modo que o regramento da aposentadoria especial continuou reservado a "lei", não existe respiradouro que dê sobrevida às Ordens de Serviço ns. 600, 612 e 623, bem como a aspectos dos D. 2.782/98 e 3.048/99 (que restringiam âmbito de apreciação de aposentadoria especial), já que se destinavam justamente a disciplinar administrativamente o que acabou rejeitado pelo Poder Legislativo. Art. 28 da Lei 9.711/98 - regra de transição - inválido, posto que rejeitada pelo Congresso Nacional a revogação do § 5º do art. 57 do PBPS." (TRF - 3ª Região; AMS nº 219781/SP, 01/04/2003, Relator Desembargador Federal JOHNSOM DI SALVO, j. 01/04/2003, DJU 24/06/2003, p. 178).

Além disso, conforme se extrai do texto do § 1º do art. 201 da Constituição Federal, o trabalhador que se sujeitou a trabalho em atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física tem direito a obter a inatividade de forma diferenciada.

A presunção da norma é de que o trabalhador que exerceu atividades em condições especiais teve um maior desgaste físico ou teve sua saúde ou integridade submetidas a riscos mais elevados, sendo merecedor da aposentação em tempo inferior àquele que exerceu atividades comuns, com o que se estará dando tratamento equânime aos trabalhadores. Assim, se em algum período de sua vida laboral o trabalhador exerceu alguma atividade classificada como insalubre ou perigosa, porém não durante tempo suficiente para obter aposentadoria especial, esse tempo deverá ser somado ao tempo de serviço comum, com a devida conversão, ou seja, efetuando-se a correspondência com o que equivaleria ao tempo de serviço comum, sob pena de não se fazer prevalecer o ditame constitucional que garante ao trabalhador que exerceu atividades em condições especiais atingir a inatividade em menor tempo de trabalho.

É indubitável que o trabalhador que exerceu atividades perigosas, insalubres ou penosas teve ceifada com maior severidade a sua higidez física do que aquele trabalhador que nunca exerceu atividade em condições especiais, de sorte que suprimir o direito à conversão prevista no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 significa restringir o alcance da vontade das normas constitucionais que pretenderam dar tratamento mais favorável àquele que labutou em condições especiais.

Assim, o disposto no § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 tem por escopo garantir àquele que exerceu atividade laborativa em condições especiais a conversão do respectivo período, o qual, depois de somado ao período de atividade comum, deverá garantir ao segurado direito à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço.

Rejeita-se também a alegação de inexistência de previsão de conversão de atividade especial em comunitárias de 1980, eis que tendo o legislador estabelecido na Lei 3.807/60, critérios diferenciados de contagem de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria especial ao obreiro que esteve sujeito às condições prejudiciais de trabalho, feriria o princípio da isonomia negar o mesmo tratamento diferenciado àquele que em algum período de sua vida exerceu atividade classificada prejudicial à saúde.

Nesse sentido, decidiu a PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo:

"RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 4º, DA LEI 5.890/1973, INTRODUZIDO PELA LEI 6.887/1980. CRITÉRIO. LEI APLICÁVEL. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de desconsiderar, para fins de conversão entre tempo especial e comum, o período trabalhado antes da Lei 6.887/1980, que introduziu o citado instituto da conversão no cômputo do tempo de serviço.

2. Como pressupostos para a solução da matéria de fundo, destaca-se que o STJ sedimentou o entendimento de que, em regra; a) a configuração do tempo especial é de acordo com a lei vigente no momento do labor; e b) a lei em vigor quando preenchidas as exigências da aposentadoria é a que define o fator de conversão entre as espécies de tempo de serviço. Nesse sentido: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC.

3. A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à conversão entre tempos de serviço especial e comum, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço. Na mesma linha: REsp 1.151.652/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9.11.2009; REsp 270.551/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 18.03.2002; Resp 28.876/SP, Rel. Ministro Assis Toledo, Quinta Turma, DJ 11.09.1995; AgRg nos EDcl no Ag 1.354.799/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5.10.2011.

4. No caso concreto, o benefício foi requerido em 24.1.2002, quando vigente a redação original do art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991, que previa a possibilidade de conversão de tempo comum em especial.

5. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (REsp 1310034-PR, j.24/10/2012, DJe 19.12.2012, Rel. Min. Herman Benjamin)."

Todavia, não se exige que a profissão do segurado seja exatamente uma daquelas descritas nos anexos dos Decretos nºs 53.831/64 e 83.080/79, sendo suficiente para reconhecimento da atividade especial que o trabalhador esteja sujeito, em sua atividade, aos agentes agressivos descritos em referido anexo, na esteira de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos fragmentos de ementas a seguir transcritos:

"A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o rol de atividades consideradas insalubres, perigosas ou penosas é exemplificativo, pelo que, a ausência do enquadramento da atividade desempenhada não inviabiliza a sua consideração para fins de concessão de aposentadoria." (REsp nº 666479/PB, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, j. 18/11/2004, DJ 01/02/2005, p. 668);

"Apenas para registro, ressalto que o rol de atividades arroladas nos Decretos n.os 53.831/64 e 83.080/79 é exemplificativo, não existindo impedimento em considerar que outras atividades sejam tidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que devidamente comprovadas por laudo pericial." (REsp nº 651516/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 07/10/2004, DJ 08/11/2004, p. 291).

Ressalte-se que o artigo 58, § 1º, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela Lei 9.732, de 11/12/1998, dispõe que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será efetuada nos termos da legislação trabalhista.

O art. 194 da CLT aduz que o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual pelo empregador, aprovado pelo órgão competente do Poder Executivo, seu uso adequado e a consequente eliminação do agente insalubre são circunstâncias que tornam inexistente o pagamento do adicional correspondente. Portanto, retira o direito ao reconhecimento da atividade como especial para fins previdenciários.

Por sua vez, o art. 195 da CLT estabelece: A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo do Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho.

A respeito da matéria, a Primeira Seção do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 14/05/2014, em sede de recurso representativo da controvérsia (Recurso Especial Repetitivo 1.398.260/PR, Rel. Min. Herman Benjamin), firmou orientação no sentido de que o nível de ruído que caracteriza a insalubridade para contagem de tempo de serviço especial deve ser superior a 80 (oitenta) decibéis até a edição do Decreto nº 2.171/1997, de 05/03/1997, superior a 90 (noventa) decibéis entre a vigência do Decreto nº 2.171/1997 e a edição do Decreto nº 4.882/2003, de 18/11/2003, e após a entrada em vigor do Decreto nº 4.882/2003, ou seja, a partir de 19/11/2003, incide o limite de 85 (oitenta e cinco) decibéis, considerando o princípio *tempus regit actum*.

Ainda com relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o ARE 664.335/SC, em 04/12/2014, publicado no DJe de 12/02/2015, da relatoria do Ministro LUIZ FUX, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional nele suscitada e, no mérito, fixou o entendimento de que a eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria, quando o segurado estiver exposto ao agente nocivo ruído.

No presente caso, a parte autora demonstrou haver laborado em atividade especial nos períodos de 04/09/1996 a 05/03/1997 e de 19/11/2003 a 27/12/2013. É o que comprova o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, elaborado nos termos dos arts. 176 a 178, da Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007 (DOU - 11/10/2007) e art. 68, § 2º, do Decreto nº 3.048/99 (Id 36212999), trazendo a conclusão de que a parte autora desenvolveu sua atividade profissional, com exposição ao agente agressivo ruído. Referido agente agressivo é classificado como especial, conforme o código 1.1.6 do Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79, em razão da habitual e permanente exposição aos agentes ali descritos.

Fazendo as vezes do laudo técnico, o Perfil Profissiográfico Previdenciário é documento hábil à comprovação do tempo de serviço sob condições insalubre, pois embora continue a ser elaborado e emitido por profissional habilitado, qual seja, médico ou engenheiro do trabalho, o laudo permanece em poder da empresa que, com base nos dados ambientais ali contidos, emite o referido PPP, que reúne em um só documento tanto o histórico profissional do trabalhador como os agentes nocivos apontados no laudo ambiental, e no qual consta o nome do profissional que efetuou o laudo técnico, sendo assinado pela empresa ou seu preposto.

De outra parte, o fato de não constar do PPP a informação acerca da habitualidade e permanência da exposição a agentes agressivos não pode ser motivo para se presumir o contrário, ou seja, no sentido de não ser habitual e permanente a exposição do segurado a esses agentes, ainda mais porque tal documento e seus quesitos foram elaborados pelo próprio INSS, cabendo ao empregador apenas preencher os campos existentes.

Contudo, no período de 06/03/1997 a 18/11/2003, não é possível o reconhecimento da atividade exercida como especial, uma vez que o nível de ruído apurado é inferior a 90 dB.

Assim, restou devidamente comprovado nos autos o exercício de atividade especial pela parte autora nos períodos indicados, conforme a legislação aplicável à espécie, em virtude de sua exposição ao agente nocivo supra.

Ressalte-se que, quando da análise do requerimento administrativo, a autarquia previdenciária reconheceu o exercício da atividade especial no período de 04/09/1996 a 05/03/1997 (Id 36212999, página 06).

O período em que a parte autora trabalhou com registro em CTPS (Id 36212997, páginas 11/14 e 36212998, páginas 01/06) é suficiente para garantir-lhe o cumprimento do período de carência de 180 (cento e oitenta) meses de contribuição, na data do ajuizamento da ação, nos termos do art. 142 da Lei nº 8.213/91.

No presente caso, a parte autora faz jus ao recebimento de aposentadoria por tempo de contribuição, benefício disciplinado pelo artigo 201, § 7º, da Constituição Federal e artigos 52 e seguintes da Lei nº 8.213/91, tendo em vista o preenchimento dos requisitos após a Emenda Constitucional nº 20/98.

Com efeito, computando-se a atividade rural no período de 20/05/1983 a 31/10/1991 (anterior ao advento da Lei nº 8.213/91), a atividade especial nos períodos de 04/09/1996 a 05/03/1997 e de 19/11/2003 a 27/12/2013, como o tempo de serviço comum (Id 36212997, páginas 11/14 e 36212998, páginas 01/06), o somatório do tempo de serviço da parte autora, na data da publicação da EC 20/98, é inferior a 30 (trinta) anos, de maneira que é aplicável ao caso dos autos a regra de transição prevista no artigo 9º da referida Emenda Constitucional, pois a parte autora não possuía direito adquirido ao benefício de aposentadoria por tempo de serviço na data da sua publicação, em 16/12/1998.

De outra parte, computando-se o tempo de serviço posterior a 15/12/1998, devidamente registrado em CTPS, verifica-se que a parte autora alcançava 33 (trinta e três) anos e 09 (nove) meses, na data da citação, de maneira que, à época, a parte autora não tinha cumprido o tempo de serviço necessário para a concessão da aposentadoria proporcional por tempo de serviço exigido pela Emenda Constitucional nº 20/98, não fazendo jus à concessão do benefício.

Contudo, considerando que o último vínculo empregatício anotado na CTPS da parte autora está em aberto (Id 36212997, página 12), foi realizada consulta ao Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, em terminal instalado no gabinete desta Relatora, o que revelou a continuidade do referido contrato de trabalho posteriormente ao ajuizamento da presente demanda.

Assim, computado mencionado registro, a parte autora implementou o tempo de serviço de 35 (trinta e cinco) anos, em 02/11/2017, o que autoriza a concessão da aposentadoria integral por tempo de contribuição desde então, devendo ser observado o disposto nos artigos 53, inciso II, 28 e 29 da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que a imposição da regra de transição para a aposentadoria integral por tempo de serviço é inócua, não possuindo qualquer eficácia, uma vez que é mais gravosa do que a regra permanente. Inclusive, a Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20/09/2006, que sucedeu a Instrução Normativa INSS/DC nº 118, de 14/04/2005, deixa claro que tanto os segurados que já se encontravam filiados ao R.G.P.S. até 16/12/1998 quanto os que ingressaram posteriormente no sistema poderão obter o benefício mediante a comprovação de tempo de contribuição, sem qualquer exigência de "pedágio" ou idade mínima.

Na hipótese, essa egrégia Corte Regional enfrentando a matéria decidiu que **"Não se exige para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição integral, idade mínima ou pedágio, que incidem somente na aposentadoria proporcional, nos termos da EC 20/98, sendo este, inclusive, o entendimento adotado pela própria Autarquia Previdenciária, expresso em seus atos administrativos (IN 57/2001, IN 84/2002, IN 95/2003 e, mais recentemente, IN 118/2005)." (TRF - 3ª Região; AC nº 908063/SP, Relator Desembargador Federal Santos Neves, j. 08/08/2005, DJU 25/08/2005, p. 542). No mesmo sentido: "Afastada a incidência do requisito idade instituído no artigo 9º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, na concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição postulado, cabível sua incidência somente na concessão dos benefícios de aposentadoria proporcional, já que a Emenda Constitucional nº 20, na alteração introduzida no corpo permanente da Constituição, não fez incluir no inciso I do § 7º do artigo 201 o requisito idade para a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço." (TRF - 3ª Região; AI nº 216632/SP, Relatora Desembargadora Federal Marisa Santos, j. 28/03/2005, DJU 22/03/2005, p. 448).**

A Lei Processual Civil pátria orienta-se no sentido de conferir a máxima efetividade ao processo e adequada prestação jurisdicional, com relevo também para a economia processual. Daí a possibilidade de se considerar quando se dá por preenchido o requisito legal do tempo de serviço.

Com isso, propicia-se à parte uma definição, mediante uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva, uma vez que os requisitos idade e tempo de serviço aperfeiçoaram-se no curso da demanda.

Visando à efetividade, o art. 493 do novo Código de Processo Civil ao tratar do fato superveniente, legitima o entendimento trazido à baila, devendo ser o mesmo considerado pelo juiz no momento da prolação da sentença, não prosperando a alegação de nulidade da sentença, ao argumento de julgamento *extra petita*.

Cumpra pontuar inclusive que tal entendimento está em consonância com o decidido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de julgamento realizada em 23/10/2019, em sede de recurso representativo da controvérsia (Tema 995 - Recurso Especial repetitivo 1727063/SP, 1727064/SP e 1727069/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES), que firmou orientação no sentido de que “é possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir”, conforme ementa a seguir transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O comando do artigo 493 do CPC/2015 autoriza a compreensão de que a autoridade judicial deve resolver a lide conforme o estado em que ela se encontra. Consiste em um dever do julgador considerar o fato superveniente que interfira na relação jurídica e que contenha um liame com a causa de pedir.
2. O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na petição inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da relação jurídico-processual.
3. A reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais do benefício previdenciário.
4. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.
5. No tocante aos honorários de advogado sucumbenciais, descabe sua fixação, quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo.
6. Recurso especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal a quo um novo julgamento do recurso, admitindo-se a reafirmação da DER. Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.”

O termo inicial da aposentadoria por tempo de serviço deve ser fixado na data em que o autor implementou o tempo de serviço necessário para a sua concessão (02/11/2017).

A correção monetária e os juros de mora serão aplicados de acordo com o vigente Manual de Cálculos da Justiça Federal, atualmente a Resolução nº 267/2013, observado o julgamento final do RE 870.947/SE em Repercussão Geral.

Diante do exposto, nos termos do art. 927 c/c art. 932, IV e V, além do art. 485, IV, e 320, do CPC, **DOU PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO INSS** para limitar o reconhecimento da atividade rural ao período de 20/05/1983 a 31/10/1991 e da atividade especial aos períodos de 04/09/1996 a 05/03/1997 e de 19/11/2003 a 27/12/2013 e conceder a aposentadoria por tempo de serviço, com termo inicial e correção monetária, nos termos da fundamentação.

Transitado em julgado, encaminhem-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

P. e I.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002860-91.2019.4.03.6113
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSULA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: VENI DE FARIA MOREIRA
Advogado do(a) APELADO: JULIANA MOREIRA LANCE COLI - SP194657-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DE C I S Ã O

Impetrado mandado de segurança por *VENI DE FARIA MOREIRA*, objetivando corrigir ato ilegal praticado pelo *Chefe da Agência da Previdência Social em Ribeirão Preto-SP*, objetivando a implantação do benefício de aposentadoria por idade (NB: 192.221.714-7) formulado em 07/05/2019.

A r. sentença (Id. 133116943) concedeu a segurança para declarar o direito líquido e certo do impetrante ao benefício de aposentadoria por idade, com início em 07/05/2019.

A r. sentença foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação, pugnano pela integral reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido, sustentando a falta de comprovação dos requisitos para a concessão do benefício.

Com contrarrazões, nas quais a parte autora pugna pela manutenção da sentença recorrida e o arbitramento de honorários de sucumbência recursal (art. 85, § 11, CPC), os autos foram remetidos a este Tribunal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo desprovemento do reexame necessário.

É o relatório.

D E C I D O.

O Novo Código de Processo Civil (art. 927 c/c art. 932, IV e V) atribui ao Relator a possibilidade de decidir monocraticamente os recursos a ele distribuídos, nas hipóteses ali previstas.

Apelação interposta pelo INSS recebida, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei 12.016/2009.

Postula a impetrante a concessão do benefício de aposentadoria por idade.

Nos termos do artigo 48, "caput", da Lei n.º 8.213/91, exige-se para a concessão da aposentadoria por idade o implemento do requisito etário e o cumprimento da carência.

Considera-se, para efeito de carência, o número de meses previsto na tabela do artigo 142 da Lei n.º 8.213/91, correspondente ao ano em que a impetrante completou o requisito etário, ainda que, àquela época, não possuísse o número de contribuições suficiente, podendo ser considerados períodos de contribuição posteriores à data em que a impetrante completou a idade.

Nesse sentido, já foi decidido pela Terceira Seção desta Corte Regional, conforme revelamos seguintes julgados:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAR LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V, CPC). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

- Desnecessário o depósito a que alude o art. 488, II, do CPC, por cuidar-se de feito ajuizado por autarquia federal, ex vi do art. 8º da Lei nº 8.620/93 e da Súmula 175 do Superior Tribunal de Justiça.

- Afasta-se alegação sobre os incisos III e VII do artigo 485 do Código de Processo Civil, invocados na contestação. É notório o descabimento das hipóteses que encerram, uma vez que a exordial censura o aresto proferido, apenas, no que concerne a ter violado literal disposição de lei, circunstância prevista no inciso V do artigo em comento.

- Rejeitada a preliminar de ausência de prequestionamento.

- A pretendente à aposentadoria por idade deve preencher dois requisitos, quais sejam, idade mínima e carência.

- No caso dos autos, o quesito etário restou demonstrado.

- A interessada deve preencher a carência prevista no art. 142 da Lei n. 8.213/91, levando-se em conta o ano em que implementou todas condições necessárias à obtenção do benefício.

- Tendo a ré atingido a idade mínima em 1991, necessárias seriam, portanto, 60 (sessenta) contribuições, número satisfeito já em 1994.

- Verificada a não violação a qualquer dispositivo de lei, não se há falar em rescisão da decisão vergastada."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, AR 0055991-39.2000.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL VERA JUCOVSKY, julgado em 23/08/2006, DJU DATA:29/09/2006).

"PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADOR URBANO. REQUISITO ETÁRIO. CARÊNCIA. APROVEITAMENTO DOS RECOLHIMENTOS EM ATRASO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. NOVA FILIAÇÃO. CUMPRIMENTO DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.213/91.

1. À aposentadoria por idade de trabalhador urbano, basta o preenchimento dos requisitos idade e o cumprimento do período de carência.

2. Não se exige o preenchimento simultâneo dos requisitos (Precedentes do STJ), sendo que a Lei 10.666/03 acompanhou a jurisprudência já dominante e deixou de considerar a perda da qualidade de segurado para a concessão do benefício, não se tratando, portanto, de aplicação retroativa da norma em referência.

3. A autora, nascida em 12/11/1935, completou a idade mínima em 12/11/1995.

4. Instrui os autos cópia de comprovantes de recolhimento de contribuições previdenciárias nos períodos de setembro de 1984 a janeiro de 1988 e de outubro de 1993 a janeiro de 1998.

5. Registram-se, é certo, contribuições recolhidas em atraso a partir de abril de 1985, que, no caso, não obstante a dicação do artigo 27, II, da Lei n. 8.213/91, podem ser aproveitadas para efeito de carência, porquanto foram intercaladas com contribuições vertidas dentro do prazo legal e não implicaram perda da qualidade de segurado.

6. Carência cumprida, consideradas todas as contribuições a partir de abril de 1985, data do primeiro recolhimento sem atraso, até 15/3/1997.

7. Para a verificação do cumprimento da carência, a legislação determina seja levado em conta o ano em que o segurado implementou o requisito etário, mesmo nos casos de recolhimentos ocorridos em períodos posteriores ao implemento deste requisito. Precedente da Egrégia Terceira Seção desta Corte.

8. Em virtude da perda da qualidade de segurado e da nova filiação ao sistema, a autora comprovou o recolhimento de 1/3 do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência, que, na hipótese, é de 78 (setenta e oito) meses, por ter implementado a idade em 1995.

9. Embargos infringentes improvidos."

(TRF 3ª Região, TERCEIRA SEÇÃO, EI 0008159-60.2002.4.03.6104, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL DALDICE SANTANA, julgado em 02/12/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/12/2011)

A impetrante completou 60 (sessenta) anos em 18/05/2014.

A carência é de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais para o segurado que implementou a idade legal em 2014 (artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.213/91).

No caso em exame, verifica-se que a impetrante esteve filiada à Previdência Social, como empregada urbana ou contribuinte, nos períodos de 02/12/93 a 07/04/97, 08/04/97 a 01/06/99, 02/06/99 a 28/08/99, 01/09/99 a 01/02/01, 21/06/01 a 17/07/17 e de 01/10/17 a 31/10/17, conforme cópia do extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais- CNIS (Id. 133116766, página 12).

Verifica-se, ainda, que impetrante esteve em gozo do benefício previdenciário auxílio-doença nos períodos de 27/01/2000 a 20/03/2000, 07/01/2008 a 30/01/2008, 11/04/2008 a 07/06/2008 e 08/04/2008 a 02/02/2017, intercaladamente ou durante períodos contributivos.

Entendo que os períodos em que a impetrante esteve em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença, devidamente intercalados com períodos de atividade, devem ser contados tanto para fins de tempo de contribuição como para carência, eis que o § 5º do art. 29 da Lei 8.213/91, assim dispõe:

"art. 29.

(...)

§ 5º. Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo."

Por sua vez, o art. 55, inciso II, da Lei 8.213/91, dispõe que:

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

(...)

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez;

(...)"

Dessa forma, o período intercalado em que a impetrante recebeu benefício previdenciário deve ser adotado para compor a carência exigida para o benefício requerido.

O Supremo Tribunal Federal apreciou a questão, em julgamento submetido à sistemática da repercussão geral, ocasião em que ficou firmado o entendimento de que é possível o cômputo do período de recebimento de auxílio-doença, desde que intercalado com atividade laborativa, como período contributivo:

"CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CARÁTER CONTRIBUTIVO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. AUXÍLIO-DOENÇA. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR. LIMITES. 1. O caráter contributivo do regime geral da previdência social (caput do art. 201 da CF) a princípio impede a contagem de tempo ficto de contribuição. 2. O § 5º do art. 29 da Lei nº 8.213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS) é exceção razoável à regra proibitiva de tempo de contribuição ficto com apoio no inciso II do art. 55 da mesma Lei. E é aplicável somente às situações em que a aposentadoria por invalidez seja precedida do recebimento de auxílio-doença durante período de afastamento intercalado com atividade laborativa, em que há recolhimento da contribuição previdenciária. Entendimento, esse, que não foi modificado pela Lei nº 9.876/99. 3. O § 7º do art. 36 do Decreto nº 3.048/1999 não ultrapassou os limites da competência regulamentar porque apenas explicitou a adequada interpretação do inciso II e do § 5º do art. 29 em combinação com o inciso II do art. 55 e com os arts. 44 e 61, todos da Lei nº 8.213/1991. 4. A extensão de efeitos financeiros de lei nova a benefício previdenciário anterior à respectiva vigência ofende tanto o inciso XXXVI do art. 5º quanto o § 5º do art. 195 da Constituição Federal. Precedentes: REs 416.827 e 415.454, ambos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. 5. Recurso extraordinário com repercussão geral a que se dá provimento." (RE 583834, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012 RT v. 101, n. 919, 2012, p. 700-709) - grifei

No mesmo sentido, decidiu que o período de gozo de auxílio-doença, intercalado com atividade laborativa, deve ser considerado também para fins de carência:

"AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PERÍODO DE GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA, INTERCALADO COM ATIVIDADE LABORATIVA. CONTAGEM PARA FINS DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. O período no qual o segurado esteve em gozo do benefício de auxílio-doença, desde que intercalado com atividade laborativa, deve ser computado não apenas como tempo de contribuição, mas também para fins de carência, em obsequio ao entendimento firmado pelo Plenário desta CORTE, no julgamento do RE 583.834-RG/SC, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 14/2/2012. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, §11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que o julgado recorrido foi publicado antes da vigência da nova codificação processual." (RE 816470 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 18/12/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 06-02-2018 PUBLIC 07-02-2018) - grifei

Nesse sentido, também, o entendimento do E. STJ:

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONVERSÃO DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITO ETÁRIO PREENCHIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 8.213/1991. DESCABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA FINS DE CARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO EM PERÍODO INTERCALADO.

IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A Lei 8.213/1991 não contemplou a conversão de aposentadoria por invalidez em aposentadoria por idade.

2. É possível a consideração dos períodos em que o segurado esteve em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, como carência para a concessão de aposentadoria por idade, se intercalados com períodos contributivos.

3. Na hipótese dos autos, como não houve retorno do segurado ao exercício de atividade remunerada, não é possível a utilização do tempo respectivo.

4. Recurso especial não provido."

(REsp 1422081/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014) - grifei

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO DE GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO PARA FINS DE CARÊNCIA. CABIMENTO.

1. É possível a contagem, para fins de carência, do período no qual o segurado esteve em gozo de benefício por incapacidade, desde que intercalado com períodos contributivos (art. 55, II, da Lei 8.213/91). Precedentes do STJ e da TNU.

2. Se o tempo em que o segurado recebe auxílio-doença é contado como tempo de contribuição (art. 29, § 5º, da Lei 8.213/91), conseqüentemente, deve ser computado para fins de carência. É a própria norma regulamentadora que permite esse cômputo, como se vê do disposto no art. 60, III, do Decreto 3.048/99.

3. Recurso especial não provido."

(REsp 1334467/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 05/06/2013) - grifei

Esta Corte também assim já decidiu:

"PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. ART. 48, "CAPUT", DA LEI Nº 8.213/91. RECOLHIMENTOS EM ATRASO. AUXÍLIO-DOENÇA ENTRE PERÍODOS CONTRIBUTIVOS. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. O benefício de aposentadoria por idade urbana exige o cumprimento de dois requisitos: a) idade mínima, de 65 anos, se homem, ou 60 anos, se mulher; e b) período de carência (art. 48, "caput", da Lei nº 8.213/91).

2. As contribuições vertidas em atraso podem ser computadas para efeito de carência, uma vez que a autora efetuou regularmente contribuições em períodos pretéritos, sem perder a qualidade de segurada. Nesse sentido, pela interpretação do art. 27, inciso II, da Lei n. 8.213/91, deve ser contado o período de carência a partir da data do efetivo recolhimento da primeira contribuição sem atraso, desconsiderando-se o período anterior a ela.

3. Os intervalos de tempo em que o segurado gozou de auxílio-doença, desde que estejam entre períodos contributivos, devem ser considerados para efeito de carência.

4. Satisfeitos os requisitos necessários à concessão da aposentadoria por idade, faz jus a parte autora ao seu recebimento.

5. Apelação do INSS desprovida. Apelação da parte autora parcialmente provida. Fixados, de ofício, os consectários legais."

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5352894-76.2019.4.03.9999, Rel. Desembargador Federal NELSON DE FREITAS PORFIRIO JUNIOR, julgado em 29/08/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA:03/09/2019) - grifei;

"PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. IRREGULARIDADE. RESTABELECIMENTO IMEDIATO DO BENEFÍCIO. PERÍODO EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA. INTERCALADO. ATIVIDADE INSALUBRE. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. RUIDO. COMPROVAÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. PPP. EPI EFICAZ. INCLUSÃO DE SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO NO PBC. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OPÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

I - Remessa oficial tida por interposta, na forma da Súmula 490 do STJ.

II - Em consonância com o artigo 55, II, da Lei 8.213/1991, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que é possível considerar o período em que o segurado esteve no gozo de benefício por incapacidade para fins de carência, desde que intercalados com períodos contributivos.

III - Mantidos os termos da sentença que determinou o cômputo dos períodos (10.01.2007 a 01.09.2008, 20.10.2008 a 08.11.2010) em que o autor era beneficiário de auxílio-doença previdenciário, inclusive para fins de carência, eis que intercalados com período contributivo.

(...)

XVII - Apelação do réu e remessa oficial, tida por interposta, improvidas."

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5002705-22.2018.4.03.6114, Rel. Desembargador Federal SERGIO DO NASCIMENTO, julgado em 13/12/2018, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 17/12/2018) - grifei

Por fim, somados estes períodos àqueles em que esteve filiada à previdência como empregada ou contribuinte, verifica-se que, na data do requerimento (07/05/2019), a impetrante contava com carência em número superior à exigida.

Portanto, preenchido o requisito da idade e comprovado o cumprimento do período de carência exigido, a concessão do benefício, nos moldes do artigo 48, caput, da Lei nº 8.213/91, é de rigor.

De outra parte, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios em observância ao disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/09 e na Súmula 105 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, nos termos do art. 927 c/c art. 932, IV e V, do CPC, **NEGO PROVIMENTO AO REEXAME NECESSÁRIO E À APELAÇÃO DO INSS**, na forma da fundamentação.

Transitado em julgado, remetam-se os autos à Vara de origem, observadas as formalidades legais.

Publique-se e intem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5238078-47.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: TANIA SILVA DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELANTE: ELIZANDRA MARCIA DE SOUZA BERNO - SP173750-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Proposta ação de conhecimento, objetivando a concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, sobreveio sentença de improcedência do pedido, condenando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, suspendendo sua execução por força da gratuidade de justiça.

A parte autora interpôs recurso de apelação, pugnano pela reforma da sentença, para julgar procedente o pedido, uma vez que presentes os requisitos legais para concessão dos benefícios pleiteados.

Com as contrarrazões, os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

D E C I D O.

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, uma vez que a autora passou a desenvolver problemas ortopédicos decorrentes de suas atividades laborativas, conforme afirma na inicial (Id 130907193) e no recurso de apelação (Id 130907231).

Observa-se, assim, que as doenças da requerente são consideradas acidente de trabalho, nos termos do art. 20 da Lei nº 8.213/91.

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal, RECONHEÇO DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame do mérito da apelação.

Publique-se e intimes-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5002395-64.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: GECSON ESDRAS DA SILVA

Advogados do(a) APELADO: PAULO DE TARSO AZEVEDO PEGOLO - MS10789-A, HENRIQUE DA SILVA LIMA - MS9979-A, GUILHERME FERREIRA DE BRITO - MS9982-A

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *embargos de declaração* opostos pela parte autora, em face da decisão monocrática (id 123356790) que determinou a remessa dos autos para o Tribunal de Justiça, por se tratar de matéria pertinente a benefício acidentário.

Sustenta o embargante (id 123356790), em síntese, vício de obscuridade/contradição quanto ao Tribunal de remessa dos autos, por se tratar de ação movida no Estado do Mato Grosso do Sul, e não no Estado de São Paulo. Requer o *acolhimento* dos embargos.

Intimada, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 1023, do CPC, a Autarquia não se manifestou (id 124588198).

É o relatório.

DECIDO

Conheço dos *embargos de declaração*, haja vista que tempestivos e, no mérito, os acolho.

O art. 1.022 do NCPA admite *embargos de declaração* contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, bem como suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco obscuridade é "a falta de clareza em um raciocínio, em um fundamento ou em uma conclusão constante da sentença"; contradição é "a colisão de dois pensamentos que se repelem"; e omissão é "a falta de exame de algum fundamento da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc."

As causas acidentárias são de competência da justiça estadual, nos termos da Súmula 15 do STJ. Todavia, verifico a ocorrência de erro material na r. decisão proferida, uma vez que foi determinada a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando, na realidade, o autos devem ser remetidos ao E. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932, III, do NCPC, **ACOLHO OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, para integrar a r. decisão embargada, nos termos da fundamentação supra, para determinar a remessa dos autos ao E. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

Publique-se e intímem-se.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5182840-43.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: VILMA MOREIRA SIRILO
Advogados do(a) APELANTE: VAGNER LUIZ MAION - SP327924-N, ELIAS FORTUNATO - SP219982-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-acidente, sobreveio sentença de improcedência (id 126086234), condenando-se a parte autora no pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interpsó recurso de apelação (id 126086238), pugnano pela reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando a presença dos requisitos legais para a concessão do benefício, em especial, a redução da capacidade para o labor.

Semas contrarrazões (id 126086243), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de benefício previdenciário de cunho acidentário, em decorrência de acidente de trabalho sofrido pela parte autora, conforme se depreende da petição inicial (id 126086189), documentos juntados (id 126086194) e da perícia judicial (id 126086221).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. *Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).*

2. *O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.*

3. *Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).*

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal, **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame da apelação do INSS.

Publique-se e intímem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5180590-37.2020.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: CRISTIANE DE CASTRO

Advogados do(a) APELADO: JULIO CESAR ALPHONSE - SP325620-N, DANILO ALPHONSE DOS ANJOS - SP336948-N, RAFAEL FRANCHON ALPHONSE - SP70133-N, SILVIA REGINA ALPHONSE - SP131044-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-doença acidentário, aposentadoria por invalidez acidentário ou auxílio-acidente, sobreveio sentença de procedência parcial do pedido (id 125871605), condenando-se o INSS a conceder auxílio-doença acidentário desde 19/09/2017, com o desconto das parcelas pagas administrativamente, fixando correção monetária e juros de mora, condenando a autarquia em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da sentença, com observância da Súmula 111 do STJ. Foi reconhecida a isenção de custas ao INSS.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação (id 125871608), pugnano pela reforma da sentença, alegando a ausência dos requisitos para a concessão do benefício.

Com as contrarrazões (id 125871613) os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECISÃO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, em decorrência de acidente de trabalho, conforme se depreende da petição inicial e documentos juntados (id 125871558 e 125871565) e da perícia judicial (id 125871590).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgr nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame do mérito da apelação do INSS.

Publique-se e intirem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5177406-73.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
REPRESENTANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
REPRESENTANTE: OCIONE DE ALMEIDA SANTOS
Advogado do(a) REPRESENTANTE: MARCOS HENRIQUE DE FARIA - SP124603-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-acidente, sobreveio sentença de procedência parcial do pedido (id 125628588), condenando-se o INSS a conceder auxílio-acidente desde a cessação do auxílio-doença acidentário, em 18/02/2015, fixando correção monetária e juros de mora, condenando a autarquia em honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até a data da sentença, com observância da Súmula 111 do STJ. Foi reconhecida a isenção de custas ao INSS.

A r. sentença não foi submetida ao reexame necessário.

Inconformada, a autarquia previdenciária interpôs recurso de apelação (id 125628593), pugnano pela reforma da sentença, alegando a ausência dos requisitos para a concessão do benefício.

Com as contrarrazões (id 125628597) os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECISÃO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de aposentadoria por invalidez, em decorrência de acidente de trabalho, conforme se depreende da petição inicial (id 125628448) e documentos juntados (id 125628452) e da perícia judicial (id 125628544 e 1256285480).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as consequências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal, **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame do mérito da apelação do INSS.

Publique-se e intemem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5161890-13.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA

D E C I S Ã O

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-acidente acidentário, sobreveio sentença de improcedência (id 124272778), condenando-se a parte autora no pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interps recurso de apelação (id 124272783), pugnando pela reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando a presença dos requisitos legais para a concessão do benefício, em especial, a redução da capacidade para o labor.

Semas contrarrazões (id 124272787), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de benefício previdenciário de cunho acidentário, em decorrência de acidente de trabalho sofrido pela parte autora, conforme se depreende da petição inicial (id 124272737), documentos juntados (id 124272746 e 124272747) e da perícia judicial (id 124272770).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente de trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente de trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as conseqüências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal, **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame da apelação do INSS.

Publique-se e intímem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5147965-47.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSALIA
APELANTE: CREMILDA DA CRUZ DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA DE LIMA KUNTER - SP220371-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-doença acidentário, sobreveio sentença de improcedência (id 122927120), condenando-se a parte autora no pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interps recurso de apelação (id 122927124), pugnano pela reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando a presença dos requisitos legais para a concessão do benefício, em especial, a redução da capacidade para o labor.

Semas contrarrazões (id 122927129), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de benefício previdenciário de cunho acidentário, em decorrência de acidente de trabalho sofrido pela parte autora, conforme se depreende da petição inicial (id 122927023), documentos juntados (id 122927032/44) e da perícia judicial (id 122927091).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. *"Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).*

2. *O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as conseqüências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.*

3. *Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).*

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame da apelação do INSS.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017320-55.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ELISA ANGELICA DA SILVA CARDOSO
Advogados do(a) AGRAVADO: CLAITON LUIS BORK - SP303899-A, GUSTAVO RINALDI RIBEIRO - SP287057-A

ATO ORDINATÓRIO

Considerando-se a impossibilidade de alteração da autuação da r. decisão abaixo anexada, pratico este ato meramente ordinatório para devida intimação acerca da referida decisão.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017320-55.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ELISA ANGELICA DA SILVA CARDOSO
Advogado do(a) AGRAVADO: GUSTAVO RINALDI RIBEIRO - SP287057-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão que, nos autos de cumprimento de sentença previdenciária, determinou que os autos aguardassem no arquivo sobrestado o pagamento do precatório expedido.

Em suas razões a parte agravante alega, em síntese, que a decisão agravada comandou o pagamento do precatório conforme conta apresentada pela parte autora.

Sustenta a procedência da impugnação oposta para acolher o cálculo da autarquia no que tange à renda mensal inicial e à renda mensal.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento.

É o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 932, III, do CPC.

Compulsando os autos originários, observo que, iniciado o cumprimento de sentença, o INSS foi intimado nos termos do artigo 535 do CPC, porém, não apresentou impugnação.

Na sequência, conforme determinação judicial de 17.06.2019 (ID 18517404), foram expedidos ofícios requisitórios e aberta vista às partes, tendo o INSS silenciado (ID 26846121).

Após transmissão dos ofícios a este e. Tribunal, o Juízo de origem despachou:

"Aguarde-se no arquivo sobrestado o pagamento do precatório" (ID 31331856).

Anoto que, ao contrário do alegado pela autarquia, tal decisão não determinou o pagamento de precatório, mas tão somente, que o processo fosse encaminhado para o arquivo sobrestado.

Desse modo, constata-se a inexistência de respaldo fático entre o teor da decisão agravada e as razões do presente recurso.

Portanto, de acordo com o disposto no art. 932, III, do Código de Processo Civil, o agravo de instrumento não poderá ser conhecido, pois apresenta **razões dissociadas dos fundamentos da decisão agravada**. Neste sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

"PROCESSUAL CIVIL. RAZÕES DA APELAÇÃO DISSOCIADAS DA SENTENÇA. ART. 514, INCISO II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. No presente caso, o recorrente, ao apresentar sua apelação, limitou-se a defender o mérito da ação, qual seja, seu direito à indenização pelas benfeitorias efetuadas no imóvel, não impugnando, em qualquer momento, o fundamento da sentença apelada que extinguiu o feito, em razão da ocorrência de coisa julgada, fundamento suficiente a manter a decisão do juízo a quo.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que as razões de apelação dissociadas do que decidido pela sentença equiparam-se à ausência de fundamentos de fato e de direito, exigidos pelo art. 514, II, do CPC, como requisitos de regularidade formal da apelação. 3. Agravo regimental não provido." (STJ, Segunda Turma, AGREsp 1381583, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 11.09.2013)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. RAZÕES DISSOCIADAS. 1. Cuida-se de pedido de concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento do filho da parte autora. 2. Contudo, em razões de agravo interno, pleiteia a parte autora a concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de seu cônjuge. 3. Incumbe ao recorrente a adequada e necessária impugnação do decisum que pretende ver reformado, com exposição dos fundamentos de fato e de direito de seu recurso, de modo a demonstrar as razões de seu inconformismo com a sentença prolatada, a teor do disposto nos artigos 514, II, e 515, caput, ambos do diploma processual civil. 4. Recurso de Agravo legal a que se nega provimento."

(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AC 0016247-61.2010.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, julgado em 06.05.2013, e-DJF3 Judicial 1 de 15.05.2013).

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1016, ambos do Código de Processo Civil, **NÃO CONHEÇO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**.

Intím(m)-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6072052-76.2019.4.03.9999

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

APELANTE: TERESINHA MARIANO DA SILVA

Advogados do(a) APELANTE: ADRIANA ACCESSOR COSTA FERNANDEZ - SP199498-A, RODRIGO VICENTE FERNANDEZ - SP186603-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Retomem os autos ao r. Juízo de origem, a fim de que seja dado cumprimento ao v.Acórdão (ID 97544653), o qual anulou a sentença proferida nos autos, para a produção de indispensável prova pericial, com oportuna prolação de nova decisão de mérito. Ressalto, ainda, conforme disposto no julgamento proferido por este Tribunal, que: *"acaso encerradas as atividades das empresas ou destruídas as instalações nas quais as funções indicadas na exordial foram laboradas, deverá a perícia técnica ser realizada em outras empresas de características semelhantes ou idênticas, por similaridade."* (ID 97544653 - pág. 7).

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006853-17.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDRE VINICIUS RODRIGUES CABRAL - SP305943-N

AGRAVADO: RAPHAEL PINHEIRO MACHADO

Advogado do(a) AGRAVADO: EDSON CLAUDIO DE ARAUJO - SP251262

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face de decisão proferida nos autos da ação de concessão de benefício de pensão por morte, em que o d. Juiz a quo deferiu a tutela de urgência.

Alega o agravante, em síntese, que não restaram preenchidos os requisitos ensejadores à concessão do provimento antecipado, porquanto o direito à pensão por morte ao filho maior, em virtude da morte de seu genitor, depende da comprovação de que, à data do óbito deste, era filho total e definitivamente inválido antes de ter completado 21 anos. Inconformado, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a consequente reforma da r. decisão.

Em decisão inicial, foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta.

O Ministério Público Federal opina pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O presente recurso não merece provimento.

Prevê o art. 300, *caput*, do novo CPC, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A qualidade de segurado do falecido é inquestionável, tendo em vista que era titular de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB:42/1575311779 - DIB em 14.02.2012 - ID 28041463 dos autos originários) à data do seu óbito (27.03.2019; Certidão de óbito de ID 28041462 - Pág. 1).

A condição de dependente do demandante em relação ao falecido, na figura de filho inválido, restou igualmente caracterizada, a teor do art. 16, I, § 4º, da Lei n. 8.213/91. Com efeito, tanto no RG (ID 28041476 - Pág. 11) quanto na Certidão de Registro de Interdição (ID's 28041458 - Pág. 1 e 28041476 - Pág. 12) consta a relação de filiação entre o autor e o *de cujus*. De outra parte, foi apresentada cópia da certidão de registro de interdição, decretada por meio de sentença transitada em julgado em 2015 (ID's 28041458 - Pág. 1 e 28041476 - Pág. 12), bem como parecer da perícia médica do INSS que concluiu pela incapacidade total desde 07.02.1987 (ID 28041476 - Pág. 18), em razão de quadro de paralisia cerebral (CID 10 G 80) e epilepsia (CID 10 G 40).

Assim sendo, considerando que o demandante já era incapaz na época do falecimento de seu genitor, é de se reconhecer a manutenção de sua condição de dependente inválido.

Cumpra-se destacar que o que justifica a concessão do benefício de pensão por morte é a situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com seu genitor, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHO INVÁLIDO. EMANCIPAÇÃO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. OCORRÊNCIA. DIB. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CUSTAS.

I - Depreende-se do texto legal que um dos dependentes do segurado é o filho inválido. A lei não condiciona que a invalidez deva existir desde o nascimento ou tenha sido adquirida até aos 21 anos para que o filho possa ser considerado beneficiário. O que a norma considera para estabelecer a relação de dependência do filho em relação ao seu genitor é a invalidez, seja ela de nascença ou posteriormente adquirida.

II - A condição de dependente econômico do autor em relação ao "de cujus", restou caracterizada, a teor do art. 16, I, §4º, da Lei n. 8.213/91, uma vez que sua invalidez é anterior à data do óbito de seu falecido pai.

(...)

(TRF3; AC 2004.61.11.000942-9; 10ª Turma; Rel. Jui: Federal Convocado David Diniz; j. 19.02.2008; DJ 05.03.2008)

Não há que se falar em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, considerando não se tratar de medida liminar que esgota o objeto da demanda, permitindo a imediata suspensão dos pagamentos caso ao final julgada improcedente a ação principal. Além disso, o caráter de extrema necessidade alimentar que cerca o benefício em questão suplanta o interesse patrimonial do ente público responsável pela concessão.

Dessa forma, verifico o preenchimento dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência antecipada, devendo ser mantida a r. decisão agravada em todos os seus termos.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento interposto pelo INSS.

Decorrido "in albis" o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6071604-06.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: EUNICE GUIDINI
Advogado do(a) APELANTE: GILSON BENEDITO RAIMUNDO - SP118430-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

Vistos

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido que objetivava a concessão do benefício de pensão por morte, decorrente do falecimento de Argemiro José de Oliveira, ocorrido em 26.01.1986, sob o fundamento de que não restou comprovada a alegada união estável. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade processual.

Objetiva a parte autora, em suas razões recursais, seja decretada nulidade da r. sentença, em virtude da ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que protestou pela produção de provas, notadamente a prova oral, todavia se efetivou o julgamento antecipado da lide. Requer, pois, seja proferida nova decisão com a análise das provas apresentadas, ou seja determinada a colheita de provas, invertendo o ônus de sucumbência, ficando todos dispositivos prequestionados.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o breve relatório, passo a decidir.

Recebo a apelação da parte autora, nos termos do art. 1.011 do CPC.

DA DECISÃO MONOCRÁTICA.

De início, cumpre observar que a matéria veiculada no presente recurso foi objeto de precedente do e. STJ, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, do CPC.

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105-2015), passo a decidir monocraticamente.

DOMÉRITO.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de companheira de Argemiro José de Oliveira, falecido em 26.01.1986, conforme certidão de óbito id. 97509114 – pág. 01.

Sustenta a demandante que viveu em união estável como *de cujus*, tendo seu relacionamento perdurado até a data do óbito.

De início, cumpre esclarecer que o regime jurídico a ser observado no caso em tela é aquele vigente à época do óbito (26.01.1986), momento no qual se verificou a ocorrência do fato com aptidão, em tese, para gerar o direito da autora ao benefício vindicado, devendo-se aplicar, portanto, o regramento traçado pelo Decreto n. 89.312/84.

No que tange à condição de dependente, cumpre invocar o disposto no art. 10, I, do Decreto n. 89.312/84, *in verbis*:

Art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:

1 - a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 05 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida;

(...)

Por seu turno, prescreve o art. 11 do mesmo diploma normativo:

Art. 11. O segurado pode designar a companheira que vive na sua dependência econômica, mesmo não exclusiva, desde que a vida em comum ultrapasse 5 (cinco) anos.

§1º São provas de vida em comum o mesmo domicílio, conta bancária conjunta, procuração ou fiança reciprocamente outorgada, encargo doméstico evidente, registro de associação de qualquer natureza onde a companheira figura como dependente, ou qualquer outra capaz de constituir elemento de convicção.

§2º A existência de filho em comum supre as condições de designação e de prazo.

§3º A designação pode ser suprida "post mortem" mediante pelo menos 3 (três) das provas de vida em comum previstas no §1º, especialmente a do mesmo domicílio.

§4º A companheira designada concorre com os filhos menores havidos em comum com o segurado, salvo se existe expressa manifestação deste em contrário.

§5º A designação de companheira é ato de vontade do segurado e não pode ser suprida, ressalvado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, bem como no §4º do artigo 10.

Para fins de comprovação da alegada união estável, a autora trouxe aos autos Certidão de Batismo da Paróquia Nossa Sra. Aparecida, da Diocese de Franca-SP, dando conta da celebração do batizado de sua filha Cristiane, ocorrido em 17.02.1980, sem indicação do nome do genitor (id. 97509118 – pág. 1).

A rigor, o documento acima reportado não comprova a existência de filha em comum, posto que a filiação somente poderia ser atestada mediante apresentação de certidão de nascimento, além do que sequer há indicação do Sr. Argemiro José de Oliveira como genitor.

Por outro lado, há firme entendimento jurisprudencial no sentido de que a comprovação da união estável pode ser feita por qualquer meio probatório, até por prova testemunhal isoladamente, não prevenindo a legislação uma forma específica, como se vê do seguinte aresto:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU.

1. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem indeferiu o pedido de pensão por morte, porquanto não ficou comprovada a condição de dependente da autora em relação ao de cujus. Asseverou (fl. 166, e-STJ): "As testemunhas arroladas as fls. 81/82 e 103, foram uníssonas em comprovar que a autora vivia em união estável com o de cujus e ele custeava os gastos familiares, porem somente a prova testemunhal é insuficiente para comprovar o alegado".

2. No entanto, o entendimento acima manifestado está em confronto com a jurisprudência do STJ de que a legislação previdenciária não exige início de prova material para a comprovação de união estável, para fins de concessão de benefício de pensão por morte, sendo bastante, para tanto, a prova testemunhal, uma vez que não cabe ao julgador criar restrições quando o legislador assim não o fez.

3. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no REsp. 1.536.974/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.12.2015; AR 3.905/PE, Terceira Seção, Rel. Min. com. Campos Marques, DJe 1.8.2013; AgRg no REsp. 1.184.839/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 31.5.2010; REsp. 783.697/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 9.10.2006, p. 372.

4. Recurso Especial de Cleuza Aparecida Balthazar provido para restabelecer a sentença de primeiro grau. Agravo do INSS prejudicado.

(STJ, REsp n. 1824663-SP; 2ª Turma; Rel. Ministro Hermann Benjamin; j. 03.09.2019)

Nesse passo, poder-se-ia cogitar na ocorrência de cerceamento de defesa, na medida em que a parte autora requereu expressamente a produção de prova oral, postulação esta que não foi atendida pela r. sentença recorrida.

Por outro lado, dispõe o art. 1.013, §1º, do CPC:

Art. 1013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

(...)

Assim sendo, é possível a apreciação por esta Turma Julgadora da questão concernente à qualidade de segurado do falecido, que se encontra no âmbito do capítulo impugnado, ou seja, diz respeito diretamente ao mérito da causa, da mesma forma que a condição de dependente.

Do exame dos autos, verifica-se a superação do período de "graça" previsto no art. 7º, *caput*, do Decreto n. 89.312/84, tendo em vista o transcurso temporal superior a 12 (doze) meses entre o termo final de seu último vínculo empregatício (08-1983) constante do CNIS (id. 97509192 - pág. 21) e a data do evento morte (26.01.1986).

Cabe destacar, ainda, que a hipótese de prorrogação do período de "graça" previsto no art. 7º, §1º, "d", do Decreto n. 89.312/84, não se aplica ao caso vertente, posto que o finado não contava com mais de 120 (contribuições) mensais.

De outra parte, mesmo se fosse considerada a situação de desemprego, com o acréscimo de 12 (doze) meses ao período de "graça", não haveria alteração do quadro jurídico, dado que a qualidade de segurado se estenderia até, no máximo, 15.10.1985, antes da data do óbito.

Outrossim, não se vislumbra o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria por idade, ou por tempo de serviço, ou por invalidez, uma vez que o falecido possuía 41 anos de idade na data de seu passamento, com menos de 10 (dez) anos de contribuição, sem indicação de acometimento de enfermidade incapacitante por documento médico.

Importante destacar, ainda, que o E. STJ, ao apreciar recurso especial representativo de controvérsia, na forma prevista no art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que a manutenção da qualidade de segurado do finado é indispensável para a concessão do benefício de pensão por morte aos dependentes, excepcionando-se essa condição somente nas hipóteses em que o falecido preencheu em vida os requisitos necessários para a concessão de uma das espécies de aposentadoria, o que não se verificou no caso vertente. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência:

RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO AOS DITAMES DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO Nº 8/STJ. PENSÃO POR MORTE. PERDA PELO DE CUJUS DA CONDIÇÃO DE SEGURADO. REQUISITO INDISPENSÁVEL AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. EXCEÇÃO. PREENCHIMENTO EM VIDA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - A condição de segurado do de cujus é requisito necessário ao deferimento do benefício de pensão por morte aos(s) seu(s) dependentes(s). Excepciona-se essa regra, porém, na hipótese de o falecido ter preenchido, ainda em vida, os requisitos necessários à concessão de uma das espécies de aposentadoria do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Precedentes.

II - In casu, não detendo a de cujus, quando do evento morte, a condição de segurada, nem tendo preenchido em vida os requisitos necessários à sua aposentação, incabível o deferimento do benefício de pensão por morte aos seus dependentes. Recurso especial provido.

(Resp III.056-5/SE; Rel. Ministro Felix Fischer; 3ª Seção; 27.05.2009; Dje 03.08.2009)

Em síntese, não configurada a qualidade de segurado do *de cujus*, é de rigor a improcedência do pedido.

Mantidos os honorários na forma estabelecida na sentença, cumprindo esclarecer que a exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV, b, do CPC, **nego provimento à apelação da parte autora.**

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5171159-76.2020.4.03.9999

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

APELANTE: DENILSON ANDRE BERGAMASCO

Advogados do(a) APELANTE: IVAN FERNANDES NERIS - SP222754-N, LUIZ CARLOS GOMES - SP105416-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Proposta ação de conhecimento objetivando a concessão de auxílio-acidente desde a cessação do auxílio-doença acidentário, sobreveio sentença de improcedência (id 125099751), condenando-se a parte autora ao pagamento das verbas de sucumbência, ressalvada a gratuidade da justiça.

Inconformada, a parte autora interps recurso de apelação (id 125099755), pugnando pela reforma da sentença, para que seja julgado procedente o pedido, sustentando a presença dos requisitos legais para a concessão do benefício, em especial, a redução da capacidade para o labor.

Semas contrarrazões (id 125099760), os autos foram remetidos a este Tribunal.

É o relatório.

DECIDO

A matéria trazida à análise comporta julgamento monocrático, conforme o disposto no artigo 932, III, do Código de Processo Civil/2015.

Trata-se de pedido de concessão de benefício previdenciário de cunho acidentário, em decorrência de acidente de trabalho sofrido pela parte autora, conforme se depreende da petição inicial (id 125099755), documentos juntados (id 125099670) e da perícia judicial (id 125099742).

A competência para processar e julgar ações de concessão e de restabelecimento de benefícios de natureza acidentária é da Justiça Estadual, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF.

A teor do § 3º c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente de trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido.

(STF - REAgR nº 478472, Ministro CARLOS BRITTO, 1ª Turma, 26.04.2007);

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ACIDENTÁRIA. JUSTIÇA ESTADUAL. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SÚMULA Nº 15/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO.

1. "Compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho." (Súmula do STJ, Enunciado nº 15).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que a exceção prevista no artigo 109, inciso I, da Constituição da República deve ser interpretada de forma extensiva, cabendo à Justiça Estadual não só julgamento da ação relativa ao acidente de trabalho, mas, também, todas as conseqüências dessa decisão, tais como a fixação do benefício e seus reajustamentos futuros. Precedentes do STF e da 6ª Turma deste STJ.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 45ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ, suscitante." (STJ, CC nº 31972/RJ, Relator Ministro HAMILTON CARVALHO, j. 27/02/2002, DJ 24/06/2002, p. 182).

Dessa maneira, compete à Justiça Estadual processar e julgar ações de concessão de benefício de natureza acidentária (Súmula 501 do STF e Súmula 15 do STJ), o que torna esta Corte Regional Federal incompetente para apreciar e julgar a apelação interposta.

Ante o exposto, nos termos do artigo 33, inciso XIII, do Regimento Interno desta Corte Regional Federal **RECONHEÇO, DE OFÍCIO, A INCOMPETÊNCIA DESTA TRIBUNAL**, determinando a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual é competente para processar e julgar, em grau de recurso, ações de concessão e de restabelecimento de benefícios acidentários, ficando prejudicado o exame da apelação do INSS.

Publique-se e intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5735819-56.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: BRUNO LEME CAVALHEIRO
Advogado do(a) APELADO: CARLOS ALBERTO BERNABE - SP293514-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos

Trata-se de apelação interposta pelo réu em face de sentença que julgou procedente o pedido para condená-lo a conceder ao autor o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, a contar da data do requerimento administrativo (02.03.2017). Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária e juros de mora, a partir da citação, consoante Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E, conforme decisão do E. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE nº 870.947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425. O réu foi condenado ao pagamento de despesas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença. Isento de custas processuais. Concedida a tutela antecipada, determinando-se a imediata implantação do benefício, tendo sido cumprida a decisão judicial pelo réu, consoante se verifica dos dados do CNIS.

O réu recorre aduzindo não restarem preenchidos os requisitos para a concessão da benesse em comento, não estando configurada a miserabilidade ou deficiência física. Subsidiariamente, requer que seja observada a prescrição quinquenal, bem como aplicados os índices de correção monetária e juros de mora previstos na Lei n. 11.960/2009.

Contrarrazões da parte autora.

O representante do Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e desprovemento do recurso de apelação interposto pelo réu.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo réu.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

O benefício pretendido pela parte autora está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação legislativa do dispositivo constitucional restou materializada com o advento da Lei 8.742/93, que dispõe na redação atualizada do caput do seu artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Assim, para fazer jus ao amparo constitucional, o postulante deve ser portador de deficiência ou ser idoso (65 anos ou mais) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção status normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de 'pessoa com deficiência', definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de "pessoa com deficiência" constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

No caso dos autos, o laudo pericial, elaborado em 02.03.2017, atesta que o autor, 25 anos de idade, segundo grau incompleto, sem função laboral definida, compareceu à perícia com sua mãe, que referiu que ele não trabalhava, mas que o fez por três meses, como auxiliar de limpeza. Há seis anos atrás, nunca conseguindo laborar por muito tempo em razão de seus problemas de saúde.

Alegou que sempre teve comportamento estranho, com tendência de tomar banho várias vezes ao dia, lavar as mãos de cinco em cinco minutos, ter que separar o seu sabonete. Porém, como era adolescente, não achava que isto seria, de fato, algum problema. Todavia em 2013, de uma hora para outra, ele começou a alegar que tudo estava cheirando mal, que seu corpo fedía, que não queria mais conversar com os outros e preferir a ficar no seu quarto. Acabou levando a um médico psiquiatra do posto de saúde, que falou que ele estava com um surto psicótico e orientou a tomar medicamentos e fazer uma ressonância magnética da cabeça. Com o exame, o médico lhe disse que tinha um nódulo no cérebro e que não precisava fazer nada e que isto não se relacionava ao seu problema mental. Alegou que fez o tratamento preconizado, porém sem melhora. Com o tempo, mudou de médico, indo para a UNICAMP, onde acabaram lhe falando que o que tinha era esquizofrenia paranoide. Disse que, neste período, ficou internado por duas vezes, sendo a primeira em data que não se lembra mais por quatro meses, e a segunda em fevereiro de 2017, por novos quatro meses. Apontou que, atualmente, se encontra estabilizado, porém com crises eventuais de agressividade. O perito concluiu que o autor apresenta histórico compatível com esquizofrenia, com surtos agudizados ao longo do tempo. O autor apresenta exame clínico com alterações, possuindo restrições para as atividades e participação que permitam considerá-lo como portadora de deficiência.

Preenchido, portanto, o requisito concernente à deficiência física.

Há que se reconhecer, portanto, que a parte autora fará jus ao benefício assistencial, caso preencha o requisito socioeconômico.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar *per capita*, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda *per capita* não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente (STF. ADI 1.232-DF. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 27.08.98; D.J. 01.06.2001).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do § 3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente desconspasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que "ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização". Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar (Rel 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos fatos que a assola, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

Conforme estudo social, realizado em 03.09.2018, o núcleo familiar do autor é formado por ele, Bruno Leme Cavalheiro, 25 anos, nascido em 06/03/1993, solteiro, escolaridade: ensino médio incompleto, desempregado, sua mãe, Ione Lemes Ferraz Cavalheiro, 60 anos, escolaridade: ensino fundamental incompleto, profissão: do lar e seu genitor, Ciro Leme Cavalheiro, 48 anos, ensino médio, profissão: desempregado. Segundo a mãe do autor, a única renda da família provém de sua pensão, recebida pela morte de seu ex-marido, no valor de R\$ 640,00 (seiscentos e quarenta reais) mensais, devido aos diversos empréstimos bancários realizados, em decorrência das dificuldades financeiras enfrentadas pela família. Bruno reside com os genitores em imóvel cedido por um familiar de sua mãe. construído em alvenaria e composto por três quartos, sala, cozinha, banheiro, garagem e área de serviço, o local apresenta condições muito simples de estrutura e conservação.

Os cômodos são pequenos; as paredes apresentam pintura muito simples e desgastada; o chão possui revestimento de piso frio desgastado; o interior do imóvel possui forração de madeira, também deteriorada. A mobília e os equipamentos domésticos que guarnecem a residência são muito simples e desgastados, apresentando modestas condições de uso. A sala possui sofá de três lugares, poltrona, rack e televisão LCD de 32 polegadas; o quarto dos genitores de Bruno possui cama de casal, guarda roupa e rack; o quarto de Bruno possui cama de solteiro, guarda-roupa, cômoda, televisão e vídeo game; o terceiro quarto possui cama de casal e cômoda; a cozinha possui mesa com seis cadeiras, fogão de quatro bocas, geladeira e armário; a lavanderia possui tanquinho e máquina de lavar. Segundo a senhora Ione, na mudança de endereço a Piraju, sua mobília ficou no município de Paulínia, por falta de condições financeiras da família para transportá-la, sendo a mobília e os equipamentos domésticos também cedidos, assim como o imóvel. A mãe de Bruno possui um automóvel marca Chevrolet, modelo Kadett, ano 1993, o qual foi doado a ela por suas filhas, devido às necessidades de Bruno a serem atendidas diariamente. Afirma Ciro não mais possuir microempresa em seu nome, que teria sido fechada há aproximadamente um ano, não exercendo nenhuma atividade remunerada no momento da visita. Segundo ele, com bicos como pedreiro, eletricitista ou encanador, consegue um rendimento de R\$ 80,00 por dia trabalhado. A mãe do autor dedicava-se exclusivamente aos cuidados de Bruno. Pontuou o pai de Bruno não ser possível apresentar declaração de renda da empresa que foi de sua propriedade, por ter sido ela fechada. O autor não concluiu o ensino médio, vivendo na companhia dos genitores, com diagnóstico de esquizofrenia paranoide, fazendo uso diário de diversas medicações e não apresenta condições mentais para exercer atividade remunerada. Segundo sua genitora, Bruno possui também um nódulo no cérebro, decidindo a família por não realizar cirurgia, temendo pelos riscos e pelas sequelas que esta intervenção possa causar no mesmo.

Apesar de medicado, o autor ainda acaba sofrendo surtos psiquiátricos, sendo necessária a intervenção dos genitores para contê-lo, por tornar-se agressivo e muito alterado. Os genitores afirmaram, também, que o último surto ocorreu duas semanas antes da visita, quando ele gritou muito, jogou objetos ao chão e tentou fugir da residência. Bruno passou por duas internações, devido à sua enfermidade e os surtos que apresentou, durante o período em que a família reside em Paulínia, sendo atendido no Hospital Unicamp, em Campinas. Diante do diagnóstico, comportamento alterado e os surtos apresentados por Bruno, torna-se necessária a dedicação exclusiva de sua genitora aos seus cuidados e da residência, não sendo possível à senhora Ione o exercício de atividade remunerada. Os genitores de Bruno são casados há vinte e cinco anos, possuindo somente ele de filho. A senhora Ione possui três filhos de seu primeiro matrimônio, os quais não residem em Piraju. Além da enfermidade do autor, seus genitores são soro positivo para o vírus HIV. O casal tomou conhecimento da doença há cerca de vinte anos e vem realizando acompanhamento médico sistemático, sendo necessário o uso diário de coquetel medicamentoso. A família se mudou para Piraju no início deste ano, devido às dificuldades financeiras que enfrentavam no município de Paulínia, mediante a proposta de um familiar da senhora Ione em ajudá-los, cedendo imóvel, mobília e equipamentos domésticos. O imóvel em que vive a família em tela apresenta condições muito simples de estrutura e conservação, oferecendo a mobília e os equipamentos domésticos condições modestas de uso e de acomodação.

Cumpra-se observar que a Lei n. 13.981/2020, publicada em 24.03.2020, alterou o § 3º do art. 20, da Lei n. 8.742/93, para considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência, ou idosa, a família cuja renda mensal per capita seja inferior a meio salário mínimo.

Portanto, o conjunto probatório existente nos autos, demonstra que o autor preenchia o requisito referente à deficiência e comprovou sua hipossuficiência econômica, observando-se, quanto ao fato de o núcleo familiar contar com automóvel, que este foi doado pelas filhas do primeiro casamento da genitora, veículo com 27 anos de uso, utilizado tão somente para possibilitar o transporte do autor. Ademais, tanto o autor, quanto seus genitores enfrentam problemas de saúde que demandam despesas específicas, justificando a concessão do benefício assistencial.

Mantido o termo inicial do benefício na forma da sentença, ou seja, a contar da data do requerimento administrativo (02.03.2017), devendo ser compensadas as parcelas pagas a título de antecipação de tutela, quando da liquidação da sentença. Não há parcelas atingidas pela prescrição quinquenal.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data até a data do presente julgamento, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação, compensando-se as parcelas recebidas a título de benefício de pensão por morte.

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004718-30.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: JOSE ROBERTO ALVES FROES
Advogado do(a) APELANTE: EMANUELLE SILVA MARTINS - SP371804-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando o restabelecimento do benefício de prestação continuada. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, ressalvando-se a exigibilidade nos termos da assistência gratuita.

A parte autora apela, aduzindo restarem preenchidos os requisitos para a concessão do benefício em comento.

Sem contrarrazões.

O representante do Ministério Público Federal opinou pela desnecessidade de sua intervenção.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalta-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação da parte autora.

O benefício pretendido pelo autor está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Coube à Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (LOAS), a instituição do referido benefício, tratando dos critérios para sua concessão em seus artigos 20 e 21. Por sua vez, a Lei 12.435, de 06 de julho de 2011, veio modificar os referidos dispositivos, sendo aplicáveis para os benefícios requeridos a partir de sua edição - caso dos autos - os seguintes requisitos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteado solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. § 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz, não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Assim, para que alguém faça jus ao benefício pleiteado, deve ser portador de deficiência incapacitante para o trabalho ou ter mais de 65 anos e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Verifica-se dos autos que foi agendada perícia em 27.10.2015, tendo sido solicitados exames complementares ao autor que acabou por falecer no curso da lide, em 07.08.2017, em razão de morte súbita, consoante certidão de óbito, procedida a habilitação dos herdeiros necessários.

O perito relatou em 25.07.2018 que deixou de concluir a perícia, por falta de elementos, posto que o autor não teria apresentado os exames complementares por ele solicitados.

Entendo, portanto, que é irreparável a r. sentença recorrida, posto que não comprovada a deficiência física alegada, restando desnecessária a análise de sua situação socioeconômica.

Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da causa. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

Ante o exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **nego provimento à apelação da parte autora.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004516-53.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: PEDRO DA SILVA LEITE, EDILAINÉ DA SILVA LEITE, WELLINGTON RODRIGO DA SILVA LEITE, TAINÉ UENI DA SILVA LEITE
SUCEDIDO: ZENAIDE APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA LEITE
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido da autora em ação em que pleiteia a concessão de amparo assistencial ao deficiente, sob o fundamento de que não teria sido comprovado o requisito relativo à deficiência. Condenada a demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade judiciária concedida.

Noticiado o óbito da autora, em 10.09.2014, anteriormente à sentença, foram habilitados os herdeiros.

Os apelantes, em suas razões de recurso, alegam, em síntese, que restaram comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício almejado, até a data do óbito da autora.

Com as contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Em seu parecer, o representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da apelação da parte autora, com a concessão do benefício.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pela parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O benefício pretendido pela parte autora está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação legislativa do dispositivo constitucional restou materializada com o advento da Lei 8.742/93, que dispõe na redação atualizada do caput do seu artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Assim, para fazer jus ao amparo constitucional, o postulante deve ser portador de deficiência ou ser idoso (65 anos ou mais) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)
§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção status normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de "pessoa com deficiência", definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de "pessoa com deficiência" constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)
§ 2o Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1o Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, a perícia médica indireta, realizada em 07.07.2018, constatou que a autora, trabalhadora rural, 46 anos de idade à época da propositura da demanda, era portadora de embolia e trombose de artérias do membro superior direito, bem como de mielite transversa, apresentando incapacidade total e temporária para o trabalho, por um período de 12 meses para tratamento.

Ressalto que, malgrado tenha o perito concluído pela incapacidade temporária da autora, deve se levar em conta que era trabalhadora rural, e acabou falecendo em razão das enfermidades que lhe acometiam, conforme se verifica pela certidão de óbito, de modo que há que se reconhecer que possuía 'impedimentos de longo prazo', com potencialidade para 'obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com outras pessoas'.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar per capita, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda per capita não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1.232-DF. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 27.08.98; D.J. 01.06.2001).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do §3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente desconpasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que "ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o §3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização". Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar. Verifique-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. (...)

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

(...)

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

(Rel 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

Cumpre observar, ainda, que a Lei n. 13.981/2020, publicada em 24.03.2020, alterou o § 3º do art. 20, da Lei n. 8.742/93, para considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a meio salário mínimo.

No caso dos autos, das informações colhidas por ocasião do estudo social realizado em 07.09.2014, a autora residia com seu esposo, o Sr. Pedro da Silva Leite, de 50 anos de idade, uma filha de 16 anos (Taiane) e um neto, de 06 anos de idade (Cristiano). A residência é cedida pela Prefeitura Municipal, construída pelo sistema de mutirão, está em condições razoáveis de conservação, porém não apresenta reboco exterior nem forro, é coberta com telha de cerâmica, compõe de cimento queimado. A casa possui quatro cômodos, sendo um banheiro, uma cozinha, um quarto e um cômodo que é usado como sala e também como quarto, além de uma pequena área de serviço coberta com telha de fibrocimento. Nos fundos há uma edícula onde reside uma filha da requerente, que paga o IPTU do imóvel. A casa quase não possui mobílias e as poucas existentes são bastante velhas. Não possuem telefone fixo nem computador, somente o extremo necessário às necessidades mais fundamentais de sobrevivência. Em razão do agravamento do estado de saúde da requerente, o esposo ficou impossibilitado de trabalhar, deixando a família sem nenhuma fonte de renda. A família vem sendo mantida pelas irmãs e pela mãe de Pedro, que doam R\$ 200,00 (duzentos reais) por mês, remédios e alimentos. A assistente social concluiu que a família se encontrava em situação de vulnerabilidade social, pois não possuía condições econômicas de arcar com os gastos para suprir suas necessidades básicas.

Portanto, resta comprovado que a autora era deficiente e que não possuía meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus à concessão do benefício assistencial.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação (25.10.2013), tendo em vista que não há como se aferir a hipossuficiência econômica anterior, sendo devido até a data do óbito da autora, em 10.09.2014.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas entre o termo inicial e final do benefício, de acordo com entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, dou parcial provimento à apelação da parte autora, para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, a contar da data da citação (25.10.2013) até a data do óbito (10.09.2014).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem

Intímem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004516-53.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: PEDRO DA SILVA LEITE, EDILAINÉ DA SILVA LEITE, WELLINGTON RODRIGO DA SILVA LEITE, TAINÉ UENI DA SILVA LEITE
SUCEDIDO: ZENAÍDE APARECIDA DE OLIVEIRA DA SILVA LEITE
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
Advogado do(a) APELANTE: CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N,
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido da autora em ação em que pleiteia a concessão de amparo assistencial ao deficiente, sob o fundamento de que não teria sido comprovado o requisito relativo à deficiência. Condenada a demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade judiciária concedida.

Noticiado o óbito da autora, em 10.09.2014, anteriormente à sentença, foram habilitados os herdeiros.

Os apelantes, em suas razões de recurso, alegam, em síntese, que restaram comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício almejado, até a data do óbito da autora.

Com as contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Em seu parecer, o representante do Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento da apelação da parte autora, com a concessão do benefício.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pela parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O benefício pretendido pela parte autora está previsto no artigo 203, V, da Constituição da República, que dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regulamentação legislativa do dispositivo constitucional restou materializada com o advento da Lei 8.742/93, que dispõe na redação atualizada do caput do seu artigo 20:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Assim, para fazer jus ao amparo constitucional, o postulante deve ser portador de deficiência ou ser idoso (65 anos ou mais) e ser incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Quanto ao requisito relativo à deficiência, a Lei 8.742/93, que regulamentou a concessão do dispositivo constitucional acima, dispunha no § 2º do seu artigo 20, em sua redação original:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Nesse ponto, cumpre salientar que o texto constitucional garante o pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência, sem exigir, como fez a norma regulamentadora, em sua redação original, a existência de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

Nota-se, portanto, que ao definir os contornos da expressão pessoa portadora de deficiência constante do dispositivo constitucional, a norma infraconstitucional reduziu a sua abrangência, limitando o seu alcance aos casos em que a deficiência é geradora de incapacidade laborativa.

Todavia, observa-se que, em 10.07.2008, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo 186/2008, aprovando, pelo rito previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição da República, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e conferindo à referida Convenção status normativo equivalente ao das emendas constitucionais.

A Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo 186/2008, já no seu Artigo 1, cuidou de tratar do conceito de "pessoa com deficiência", definição ora constitucionalizada pela adoção do rito do artigo 5º, § 3º, da Carta, a saber:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em coerência à alteração promovida em sede constitucional, o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, viria a ser alterado pela Lei 12.470/11, passando a reproduzir em seu texto a definição de "pessoa com deficiência" constante da norma superior. Dispõe a LOAS, em sua redação atualizada:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

Não há dúvida, portanto, de que o conceito de 'deficiência' atualmente albergado é mais extenso do que aquele outrora estabelecido, vez que considera como tal qualquer impedimento, inclusive de natureza sensorial, que tenha potencialidade para a obstrução da participação social do indivíduo em condições de igualdade.

Coerente com esta nova definição de 'deficiência' para fins de concessão do benefício constitucional, a mencionada Lei 12.470/11 acrescentou à Lei 8.742/93 o artigo 21-A, com a seguinte redação:

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

Verifica-se, portanto, que a legislação ordinária, em deferência às alterações promovidas em sede constitucional, não apenas deixou de identificar os conceitos de 'incapacidade laborativa' e 'deficiência', como passou a autorizar expressamente que a pessoa com deficiência elegível à concessão do amparo assistencial venha a exercer atividade laborativa - seja como empregada, seja como microempreendedora - sem que tenha sua condição descaracterizada pelo trabalho, ressalvada tão somente a suspensão do benefício enquanto este for exercido.

Observados estes parâmetros para a aferição da deficiência, no caso dos autos, a perícia médica indireta, realizada em 07.07.2018, constatou que a autora, trabalhadora rural, 46 anos de idade à época da propositura da demanda, era portadora de embolia e trombose de artérias do membro superior direito, bem como de mielite transversa, apresentando incapacidade total e temporária para o trabalho, por um período de 12 meses para tratamento.

Ressalto que, malgrado tenha o perito concluído pela incapacidade temporária da autora, deve se levar em conta que era trabalhadora rural, e acabou falecendo em razão das enfermidades que lhe acometiam, conforme se verifica pela certidão de óbito, de modo que há que se reconhecer que possuía 'impedimentos de longo prazo', com potencialidade para 'obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com outras pessoas'.

No que toca ao requisito socioeconômico, cumpre observar que o §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabeleceu para a sua aferição o critério de renda familiar per capita, observado o limite de um quarto do salário mínimo, que restou mantido na redação dada pela Lei 12.435/11, acima transcrita.

A questão relativa à constitucionalidade do critério de renda per capita não excedente a um quarto do salário mínimo para que se considerasse o idoso ou pessoa com deficiência aptos à concessão do benefício assistencial, foi analisada pelo E. Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1.232/DF), a qual foi julgada improcedente, por acórdão que recebeu a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF. ADI 1.232-DF. Rel. p/Acórdão Min. Nelson Jobim. J. 27.08.98; D.J. 01.06.2001).

Todavia, conquanto reconhecida a constitucionalidade do §3º do artigo 20, da Lei 8.742/93, a jurisprudência evoluiu no sentido de que tal dispositivo estabelecia situação objetiva pela qual se deve presumir pobreza de forma absoluta, mas não impedia o exame de situações subjetivas tendentes a comprovar a condição de miserabilidade do requerente e de sua família. Tal interpretação seria consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em recurso especial julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil (STJ - REsp. 1.112.557-MG; Terceira Seção; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; j. 28.10.2009; DJ 20.11.2009).

O aparente descompasso entre o desenvolvimento da jurisprudência acerca da verificação da miserabilidade dos postulantes ao benefício assistencial e o entendimento assentado por ocasião do julgamento da ADI 1.232-DF levaria a Corte Suprema a voltar ao enfrentamento da questão, após o reconhecimento da existência da sua repercussão geral, no âmbito da Reclamação 4374 - PE, julgada em 18.04.2013.

Naquela ocasião, prevaleceu o entendimento de que "ao longo de vários anos desde a sua promulgação, o §3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização". Com efeito, as significativas alterações no contexto socioeconômico desde então e o reflexo destas nas políticas públicas de assistência social, teriam criado um distanciamento entre os critérios para aferição da miserabilidade previstos na Lei 8.742/93 e aqueles constantes no sistema de proteção social que veio a se consolidar. Verifique-se:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. (...)

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

(...)

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

6. Reclamação constitucional julgada improcedente.

(Rcl 4374, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJe-173 03.09.2013).

Destarte, é de se reconhecer que o quadro de pobreza deve ser aferido em função da situação específica de quem pleiteia o benefício, pois, em se tratando de pessoa idosa ou com deficiência é através da própria natureza dos males que a assolam, do seu grau e intensidade, que poderão ser mensuradas suas necessidades. Não há, pois, que se enquadrar todos os indivíduos em um mesmo patamar e entender que somente aqueles que contam com menos de um quarto do salário-mínimo possam fazer jus ao benefício assistencial.

Cumpra observar, ainda, que a Lei n. 13.981/2020, publicada em 24.03.2020, alterou o § 3º do art. 20, da Lei n. 8.742/93, para considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a meio salário mínimo.

No caso dos autos, das informações colhidas por ocasião do estudo social realizado em 07.09.2014, a autora residia com seu esposo, o Sr. Pedro da Silva Leite, de 50 anos de idade, uma filha de 16 anos (Taiane) e um neto, de 06 anos de idade (Cristiano). A residência é cedida pela Prefeitura Municipal, construída pelo sistema de nutrição, está em condições razoáveis de conservação, porém não apresenta reboco exterior nem forro, é coberta com telha de cerâmica, com piso de cimento queimado. A casa possui quatro cômodos, sendo um banheiro, uma cozinha, um quarto e um cômodo que é usado como sala e também como quarto, além de uma pequena área de serviço coberta com telha de fibrocimento. Nos fundos há uma edícula onde reside uma filha da requerente, que paga o IPTU do imóvel. A casa quase não possui mobílias e as poucas existentes são bastante velhas. Não possuem telefone fixo nem computador, somente o extremo necessário às necessidades mais fundamentais de sobrevivência. Em razão do agravamento do estado de saúde da requerente, o esposo ficou impossibilitado de trabalhar, deixando a família sem nenhuma fonte de renda. A família vem sendo mantida pelas irmãs e pela mãe de Pedro, que doam R\$ 200,00 (duzentos reais) por mês, remédios e alimentos. A assistente social concluiu que a família se encontrava em situação de vulnerabilidade social, pois não possuía condições econômicas de arcar com os gastos para suprir suas necessidades básicas.

Portanto, resta comprovado que a autora era deficiente e que não possuía meios para prover sua manutenção ou tê-la provida por sua família, fazendo jus à concessão do benefício assistencial.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data da citação (25.10.2013), tendo em vista que não há como se aferir a hipossuficiência econômica anterior, sendo devido até a data do óbito da autora, em 10.09.2014.

Os juros de mora e a correção monetária deverão observar o disposto na lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas entre o termo inicial e final do benefício, de acordo com entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação.

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, dou parcial provimento à apelação da parte autora**, para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, a contar da data da citação (25.10.2013) até a data do óbito (10.09.2014).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intímem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5001658-51.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABIO AUGUSTO ROSTON GATTI - SP173943-A
AGRAVADO: ALZIRA SANTOS SILVA
Advogado do(a) AGRAVADO: ELBA ROSA BARRERE ZANCHIN - SP266592-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão proferida em "Ação de Ressarcimento ao Erário" por ele ajuizada em face de Alzira Santos Silva, que reconheceu a prescrição da pretensão de cobrança das parcelas referentes ao interregno de 16.02.2003 a 13.11.2010, bem como determinou a suspensão do processo em virtude do Recurso Especial nº 1.381.734-RN (Tema nº 979), submetido ao regime dos recursos repetitivos a que se refere o artigo 543-C do CPC de 1973.

Defende o agravante que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, tal como estabelecido no artigo 37, §5º da Constituição, imunes que estão à estipulação de prazos extintivos. Aduz, ademais, que a contagem do prazo prescricional deve considerar que, ao iniciar a apuração dos fatos, cessou a inércia da Autarquia no tocante à pretensão de obter o ressarcimento e que o parágrafo único do artigo 4 do Decreto 20.910/32 fixa o termo inicial da suspensão do prazo prescricional no dia do protocolo na repartição pública e não no dia da intimação do particular, como fez a decisão recorrida. Pugna pela concessão da antecipação da tutela recursal, determinando-se o prosseguimento do feito principal, no que tange ao pleito de ressarcimento de todo prejuízo mencionado decorrente do recebimento indevido do benefício de aposentadoria rural por idade pela parte ré (NB 41/127.910.938-3), que se deu no período compreendido entre 16.02.2003 e 31.10.2012.

Em decisão inicial, foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso.

Embora devidamente intimada, a requerida não apresentou contraminuta.

É o breve relatório. Decido.

Da decisão monocrática.

De início, ressalta-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

[O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. \(Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016\).](#)

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O INSS ajuizou ação ordinária em face de Alzira Santos Silva, com o objetivo de obter o ressarcimento das quantias indevidamente pagas a título de aposentadoria rural por idade no período compreendido entre 16.02.2003 e 31.10.2012.

Segundo a petição inicial daquela demanda, restou apurado, em regular processo administrativo, que a requerida não fazia jus à jubilação, em virtude de não ter restado comprovado o exercício de atividade rural, especificamente junto à "Fazenda Lagoa do Arroz", no período computado quando da concessão do benefício.

No que tange à prescrição, cabe ponderar, inicialmente, que o regramento traçado pela Lei n. 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que preconiza pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática de atos de improbidade, é somente aplicável para as situações em que houve a participação de agente público, podendo o particular ser responsabilizado nas hipóteses em que induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiou sob qualquer forma direta ou indireta, na forma prevista no art. 3º do indigitado diploma legal.

No caso vertente, não há prova de que o fato que ocasionou prejuízos ao INSS teve participação de qualquer agente público, não sendo cabível, portanto, a ampliação do alcance da Lei de Improbidade Administrativa para terceiros (particulares), razão pela qual deve ser afastada a imprescritibilidade da presente ação.

Nesse diapasão, é o julgado do e. STJ, cuja ementa abaixo transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA APENAS CONTRA PARTICULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. PRECEDENTES.

I - A abrangência do conceito de agente público estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa encontra-se em perfeita sintonia com o construído pela doutrina e jurisprudência, estando em conformidade com o art. 37 da Constituição da República.

II - Nos termos da Lei n. 8.429/92, podem responder pela prática de ato de improbidade administrativa o agente público (arts. 1º e 2º), ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º).

III - A responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando não tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

IV - Inviável a propositura de ação de improbidade administrativa contra o particular, sem a presença de um agente público no pólo passivo, o que não impede eventual responsabilização penal ou ressarcimento ao Erário, pelas vias adequadas. Precedentes.

V - Recurso especial improvido.

(STJ; REsp 1405748/RJ - 2013/0322955-7; Relatora p/ acórdão Ministra Regina Helena Costa; 1ª Turma; j. 21.05.2015; DJe 17.08.2015)

De outra parte, cabe destacar a decisão do STF no julgamento do RE 669069, o qual consagrou, como tese extraída em relação ao tema 666, que *é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, consignando, no corpo do voto condutor, de Relatoria do Ministro, que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo (artigo 37, § 5º, da Constituição da República) diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.*

Quanto ao prazo prescricional, a jurisprudência deste Tribunal tem ser orientado no sentido de que, ante a inexistência de prazo geral expressamente fixado para as ações movidas pela Fazenda Pública contra o particular, em se tratando de benefícios previdenciários, há que se aplicar por simetria o disposto no parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Art. 103. (...)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

O prazo de prescrição a ser considerado, portanto, é de cinco anos.

Observe-se, por oportuno, o julgado que porta a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. APLICADA APENAS EM RELAÇÃO AOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS POR AGENTES EM NOME DO PODER PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. LEI Nº 8.213/91. ART. 103, PARÁGRAFO ÚNICO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. O direito de cobrar por recebimento indevido de benefício previdenciário não é imprescritível, porquanto não se aplica ao caso a norma constante do artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

2. A genitora dos apelantes não se encontrava investida de função pública quando do recebimento indevido do benefício, a ela não se aplicam as disposições do artigo 37, §5º, da Constituição Federal.

3. A Lei nº 8.213, em seu art. 103, p. único, estabelece o prazo prescricional quinquenal de qualquer ação que tenha o escopo de haver prestações vencidas, restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social.

4. Assim, pelo princípio da simetria, se o prazo prescricional para o particular receber valores pagos indevidamente à Previdência Social é de 5 (cinco) anos, também esse deve ser o prazo prescricional de que dispõe a Autarquia para cobrar seus créditos daquele.

5. No caso dos autos, a concessão do benefício previdenciário cessou em 30/04/2005. Assim, quando da cobrança administrativa realizada em 09/12/2013 (fls. 27), já havia se consumado o quinquênio prescricional.

6. Inexistindo fundamentos hábeis a alterar a decisão, nega-se provimento ao recurso de apelação.

(AC 0016168-09.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 de 15.06.2016)

De outro giro, em caso de concessão indevida de benefício previdenciário, ocorrendo a notificação do segurado em relação à instauração do processo revisional, não se pode cogitar de curso do prazo prescricional, devendo ser aplicado, por isonomia, o artigo 4º do Decreto 20.910/1932:

Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.

Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

A fluência do prazo prescricional, dessa forma, se inicia com o pagamento indevido, mas não tem curso durante a tramitação do processo administrativo instaurado para apuração da ilegalidade cogitada. Colaciono, quanto ao tema, precedente deste Regional:

PREVIDENCIÁRIO. COBRANÇA DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. FRAUDE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O INSS intentou a presente ação alegando que, em procedimento administrativo, com observância do contraditório e da ampla defesa, restou constatado que fora concedido irregularmente o benefício de auxílio-doença nº 112860568-3, em razão de vínculo empregatício não confirmado junto à empresa JEC Alsthom Serviços Eletrônicos Ltda. Dessa forma buscou o INSS o ressarcimento da quantia indevidamente recebida a título de auxílio-doença através de execução fiscal, a qual foi extinta sem julgamento do mérito, eis que o valor perseguido deveria ser cobrado por força de ação ordinária de cobrança, na oportunidade proposta.

- É certo que, a teor do art. 7º do Decreto nº 20.910/32 "A citação inicial não interrompe a prescrição quando, por qualquer motivo, o processo tenha sido anulado.". Ao seu turno, durante o período de tramitação de processo administrativo, o prazo prescricional fica suspenso (art. 4º do Decreto nº 20.910/32). (grifei)

- Levando-se em conta que o processo administrativo tramitou até 2011 e que a presente ação foi interposta em 2015, não há que se falar na ocorrência da prescrição.

(...)

(AC 0003224-87.2015.4.03.6114, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, e-DJF3 Judicial 1 de 18.10.2016)

Saliento, contudo que o prazo prescricional ora tratado não se confunde com o prazo decadencial decenal estabelecido no artigo 103-A da Lei 8.213/91, previsto para a Administração desconstituir os atos administrativos dos quais resultem efeitos favoráveis para os segurados, que pode ser afastado se presente situação de comprovada má-fé.

Em outras palavras, a Administração dispõe de dez anos para desconstituir ato concessório indevido, sendo que, configurada a má-fé do beneficiário, a desconstituição pode ocorrer a qualquer tempo. Isso não impede, porém, o curso prescricional, que diz respeito à pretensão ressarcitória, distinta da anulatória, e que independe da boa ou má-fé do beneficiário.

No caso em tela, a Autarquia pretende reaver prestações pagas a título de aposentadoria rural por idade no período de 16.02.2003 e 31.10.2012.

O documento ID Num. 12957833 - Pág. 55/56 revela que, em 06.08.2012, a ré foi notificada que, em reavaliação prevista no artigo 11 da Lei nº 10.666/2003, fora constatado indícios de irregularidade na concessão de sua aposentadoria, visto que, após pesquisa externa realizada na Fazenda Lagoa do Arroz, no município de Anagé/BA, não ficou comprovado o exercício de atividade rural no período anterior ao requerimento do benefício, contrariando o disposto no artigo 51, § 1º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, e no artigo 48, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

A requerida ofereceu defesa, a qual não foi acolhida, restando cientificada da decisão final proferida no procedimento administrativo em 10.06.2013 (doc. ID Num. 12957833 - Pág. 171). A ação de cobrança foi ajuizada em 19.09.2016.

Destarte, proposta a ação de cobrança em 19.09.2016, tem-se que decorreram 03 anos, 03 meses e 10 dias desde 10.06.2013, data em que o prazo prescricional de 5 anos retornou a fluir, haja vista estar suspenso desde 06.08.2012. Dessa forma, devem-se contar mais 01 ano, 08 meses e 20 dias retroativos à suspensão, chegando-se, portanto, à data de 17.11.2010. Consequentemente, o crédito anterior a essa data encontra-se prescrito.

Em outras palavras, pode a Autarquia cobrar as parcelas vencidas no intervalo de 18.11.2010 a 31.10.2012.

De outro giro, consoante bem salientado na decisão agravada, nos autos do procedimento administrativo de apuração das irregularidades foi reconhecido que a concessão indevida do benefício à ré ocorreu em virtude de erro administrativo. Ademais, tendo sido representado o Ministério Público Federal, este emitiu parecer considerando o caso como erro administrativo, uma vez não comprovado o dolo ou má-fé que configuraria fraude.

Quanto ao ponto, no âmbito do Recurso Especial nº 1.381.734/RN, no qual a questão posta a julgamento é a devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração da previdência Social, foi proferida decisão afetando este tema como Recurso Repetitivo (Tema 979 - STJ), sendo determinado pelo Ministro Relator "a suspensão do processamento de todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a matéria e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.037, II, do CPC/2015".

A suspensão tem por finalidade aguardar a uniformização da orientação jurídica a respeito da matéria afetada a uma das Cortes Superiores (STF e STJ) para aplicação da tese adotada no âmbito das instâncias ordinárias, seja em primeiro ou em segundo grau, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Em segunda instância, a aplicação da tese firmada no paradigma deverá ser feita, inclusive, por meio de decisão monocrática, a teor do que prescreve o art. 932, IV, "b", e V, "b", do CPC/2015, de modo a se conferir maior agilidade no julgamento dos recursos.

Importante destacar que o sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos foi introduzido no CPC de 1973 por meio do 543-C, cujo parágrafo 2º era claro ao prever que a suspensão dos processos cuja matéria estivesse sob análise do Superior Tribunal de Justiça se daria apenas em relação aos feitos processados nos Tribunais de 2ª instância, e não no primeiro grau de jurisdição:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

(...)

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Entretanto, o novo Código Civil trouxe significativas alterações na sistemática do julgamento dos recursos especiais repetitivos, passando a determinar, em caso de decisão de afetação pelo ministro relator, o sobrestamento do processamento de **todos os processos pendentes**, individuais ou coletivos, **em qualquer instância ou tribunal**, que versem sobre a mesma questão.

Em outras palavras, se antes o sobrestamento era apenas dos recursos especiais ou extraordinários que veiculavam idêntica matéria de direito, agora o sobrestamento é de todos os processos pendentes. Significa dizer que basta o juiz, diante de determinada ação tramitando em primeiro grau de jurisdição, ou o relator, diante de determinado recurso tramitando no segundo grau, identificar que nele versa idêntica matéria de direito à afetada para julgamento na sistemática de recursos repetitivos, que deverá determinar o sobrestamento do feito.

Percebe-se, pois, que a intenção do legislador foi paralisar todo e qualquer processo judicial, independentemente da fase ou instância em que se encontre, que contenha discussão jurídica cuja definição esteja pendente de julgamento pelas cortes de vértice para que, fixada a tese jurídica, seja imediatamente aplicada.

Sendo assim, não há óbice ao sobrestamento da ação principal em primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, é de rigor que o sobrestamento do feito com base em decisão prolatada no âmbito de recurso repetitivo seja feito posteriormente à realização da citação válida, de modo que não fique impossibilitada a formação da relação processual e a produção dos demais efeitos nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.

In casu, a decisão ora agravada foi proferida na vigência do novo CPC, após a citação da requerida.

Destarte, não vislumbro motivos para, ao menos por ora, reformar o *decisum* vergastado.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **nego provimento ao presente agravo de instrumento**.

Intímem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6074954-02.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: EDILEUSA DE ALMEIDA KIMURA
Advogados do(a) APELANTE: ANTONIO MARCOS GONCALVES - SP169885-N, APARECIDO ROBERTO DE LIMA - SP165520-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido que objetivava a concessão do benefício de pensão por morte, na condição de filha inválida, decorrente do óbito de Delmiro Francisco de Almeida, ocorrido em 02.07.2017, sob o fundamento de que não restou comprovada a sua condição de dependente econômica. A parte autora foi condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando suspensa a cobrança enquanto perdurar a condição de necessitada, extinguindo-se a obrigação depois de 05 (cinco) anos, contados da decisão final, nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50.

Em suas razões recursais, alega a parte autora que as provas documentais juntadas aos autos demonstram a residência sob o mesmo teto com o seu pai, onde consta o seu endereço como sendo Rua Henrique José Pires, nº 399, Parque Santa Cruz, Cândido Mota-SP; que na data do óbito do seu pai, encontrava-se incapacitada para o trabalho, conforme documentos médicos juntados à inicial, corroborados pela prova pericial médica realizada nos autos; que ainda que se considere que a incapacidade laboral é parcial e permanente, avaliando as condições pessoais e sociais da autora, ou seja, pessoa idosa, baixo grau de instrução e com aptidão somente para serviços braçais, é certo que não reúne nenhuma condição de reabilitação profissional e nem mesmo reinserção junto ao competitivo mercado de trabalho, devendo sua incapacidade ser considerada como sendo total e permanente. Requer, por fim, seja decretada a procedência do pedido, condenando-se o INSS a conceder-lhe o benefício de pensão por morte nos termos da petição inicial.

Sem contrarrazões, subiram os autos à Superior Instância.

Após breve relatório, passo a decidir.

Recebo a apelação da parte autora, na forma do artigo 1.011 do CPC.

Da decisão monocrática.

De início, cumpre observar que a matéria veiculada no presente recurso foi objeto de precedente do e. STJ, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, do CPC.

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105-2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

Objetiva a autora a concessão do benefício previdenciário de Pensão por Morte, na qualidade de filha inválida de Delmiro Francisco de Almeida, falecido em 02.07.2017, conforme documento id. 97742867 – pág. 01.

A qualidade de segurada do *de cuius* é incontroversa, uma vez que era titular do benefício de aposentadoria por idade (NB 048.080.275 – 0) à época do evento morte, conforme se verifica de documento acostado aos autos (id. 97742883 – pág. 01).

De outra parte, a cédula de identidade (id. 97742864 – pág. 01) apresentada atesta a relação de filiação entre a autora e o *de cuius*.

Por seu turno, o laudo médico pericial constante dos autos (id. 97742968 – págs. 01-02) revela que a autora é portadora de transtorno de ansiedade, doença degenerativa da coluna vertebral com espondilose e hipotireoidismo, com redução da capacidade laboral (incapacidade parcial e permanente), com data de início em 31.05.2017.

Cumpre destacar, outrossim, que há firme jurisprudência no sentido de que a concessão do benefício de pensão por morte depende da comprovação da situação de invalidez do requerente e a manutenção de sua dependência econômica para com seus genitores falecidos, sendo irrelevante o momento em que a incapacidade para o labor tenha surgido, ou seja, se antes da maioridade ou depois. Precedente do e. STJ (REsp 1551150; 2ª Turma; Rel. Ministro Herman Benjamin; j. 13.10.2015; DJe 21.03.2016)

Todavia, no caso em tela, anoto que a incapacidade não é total, mas parcial, bem como a deficiência é moderada, e não grave, tendo o *expert*, ao responder ao item 08 do quesito ao Juízo, consignado expressamente que “*Não há deficiência ou invalidez*”.

Cumpre ressaltar, outrossim, que a redução da capacidade laboral teria se iniciado em 31.05.2017, ou seja, apenas 01 (um) mês e 02 (dois) dias antes da data do óbito.

Ademais, a autora verteu contribuições à Previdência Social no período de 01.01.2013 a 31.12.2017, ora como segurada facultativa, ora como aderente ao Plano Simplificado da Previdência Social (Lei Complementar n. 123-2006), consoante consta de extrato do CNIS (id. 97742911 – págs. 05-08), revelando, pois, capacidade econômica, abarcando, inclusive, período posterior ao óbito de seu genitor.

Assim sendo, não resta caracterizada a condição de dependente na figura de “filha inválida”, prevista no art. 16, inciso I, da Lei n. 8.213-91, sendo, de rigor, a improcedência do pedido.

Honorários advocatícios que devem ser fixados em R\$1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, IV, do CPC, **nego provimento à apelação da autora**. Honorários advocatícios na forma acima explicitada.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017404-56.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: LUIZ AUGUSTO BOBICE
Advogado do(a) AGRAVANTE: REYNALDO CALHEIROS VILELA - SP245019-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto sem pedido de efeito suspensivo.

Nestes termos, intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004704-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: CELIO MARTINS
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOICE CORREA SCARELLI - SP121709-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Celio Martins em face de decisão que, nos autos de ação objetivando a concessão de benefício assistencial de prestação continuada, indeferiu a tutela de urgência.

Conforme informações do Sistema de Informações Processuais da Justiça Estadual, corroborando o noticiado pelo i. representante do Ministério Público Federal no ID 135450071, verifico que já foi proferida sentença nos autos de origem, motivo pelo qual restou prejudicado o julgamento do presente recurso.

Diante do exposto, **JULGO PREJUDICADO** o agravo de instrumento, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Intime(m)-se.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016618-12.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DE SOUZA AGUIAR - PR31682-N
AGRAVADO: IARA AMAZILIA ARAUJO
Advogado do(a) AGRAVADO: GESLER LEITAO - SP201023-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016959-38.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: EDSON APARECIDO DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: JULIANA CHILIGA - SP288300-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016670-08.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: SEBASTIANA BATISTA TEIXEIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIANO HENRIQUE GUIMARAES SA - SP152410-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017385-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: KENRO MATAYOSHI
Advogado do(a) AGRAVADO: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A

ATO ORDINATÓRIO

Considerando-se a impossibilidade de alteração da autuação do r. despacho abaixo anexado, pratico este ato meramente ordinatório para devida intimação acerca do referido despacho.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017385-50.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS

AGRAVADO: KENRO MATAYOSHI

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017403-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL- INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: FERNANDO FREZZA - SP183089-N
AGRAVADO: RUBENS BORSATTI FELIX
Advogados do(a) AGRAVADO: JULIO CESAR TEIXEIRA DE CARVALHO - SP218282, FRANCISCO LOURENCAO NETO - SP37515-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017802-03.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: SEBASTIAO JOSE MARTINS
Advogado do(a) AGRAVADO: RENATO VALDRIGHI - SP228754-A

ATO ORDINATÓRIO

Considerando-se a impossibilidade de alteração da autuação do r. despacho abaixo anexado, pratico este ato meramente ordinatório para devida intimação acerca do referido despacho.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017802-03.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: SEBASTIAO JOSE MARTINS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017693-86.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ANDREA DE SOUZA AGUIAR - PR31682-N
AGRAVADO: JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) AGRAVADO: MARCOS VINICIUS DE CARVALHO RODRIGUES - SP169233-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017612-40.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MOACIR APARECIDO ROCHA
Advogado do(a) AGRAVADO: LINCOLN ROGERIO DE CASTRO ROSINO - SP187971-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017747-52.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: ANTONIO APARECIDO PEREIRA
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIANA PILAR BINI ROJO CARDOSO - SP138120-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017429-69.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: JOSE ANTONIO BENTO ALVES
Advogado do(a) AGRAVADO: CLAUDIA ELAINE FERREIRA PAULA DA SILVA - SP335019-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se a parte agravada para apresentação de contraminuta no prazo legal.

Após, venhamos autos à conclusão.

São Paulo, 29 de junho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5118160-49.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: APARECIDA PEREIRA DOS SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: FREDERICO JOSE DIAS QUERIDO - SP136887-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Vistos.

Tratando-se de ação objetivando o restabelecimento do benefício de aposentadoria por invalidez, o qual a parte autora esteve em gozo por longa data, concluindo a perícia realizada por fisioterapeuta pela ausência de incapacidade laborativa. Ocorre que foram acostados atestados emitidos por médico ortopedista indicando a presença de moléstia incapacitante, assim, converto o julgamento em diligência, para que seja realizada nova perícia, notadamente por médico ortopedista, a fim de melhor subsidiar o convencimento quanto à matéria.

Prazo: 45 dias.

Após, retomemos autos diretamente à Subsecretaria da 10ª Turma desta corte para posterior julgamento.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5012142-28.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: JOSE AVELINO LEMES
Advogado do(a) AGRAVANTE: MARIANA CRISTINA MONTEIRO - SP370793-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por JOSE AVELINO LEMES face à decisão judicial proferida nos autos da ação de concessão de aposentadoria especial, em que a d. Juíza "a quo" deferiu parcialmente a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de determinar que o INSS reconheça a especialidade apenas dos períodos de 07.10.1985 a 21.05.1990, 04.07.1994 a 05.03.1997, 19.07.1999 a 02.06.2004, 14.06.2004 a 18.12.2004, 01.09.2007 a 31.05.2008 e 01.06.2010 a 20.05.2019.

Alega o agravante, em síntese, o preenchimento dos requisitos para a concessão do provimento antecipado também em relação aos demais períodos pleiteados na exordial (06.03.1997 a 08.10.1998, 09.10.1998 a 18.07.1999, 03.06.2004 a 13.06.2004 e 19.12.2004 a 31.03.2005), com a consequente concessão da aposentadoria especial desde 30.08.2019, data do requerimento administrativo, tendo em vista ter trabalhado mais de 25 anos exposto a ruído em patamar superior ao permitido em lei. Argumenta, ademais, a presença de erro material no PPP anexado aos autos principais (erro na digitação das datas), o qual foi devidamente solucionado, e anexado ao presente recurso. Inconformado, requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e a reforma da r. decisão.

Houve concessão de efeito suspensivo para o fim de determinar que o ente autárquico implante o benefício de aposentadoria especial em favor do autor.

Devidamente intimado, o réu apresentou contraminuta.

É o relatório.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O presente recurso merece ser provido.

Prevê o art. 300, caput, do CPC, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Por outro lado, dispõe o artigo 311 do referido normativo processual civil, que a tutela de evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando, entre outras hipóteses, a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030 ou CTPS.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso Especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Dessa forma, é de considerar prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF estabeleceu que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração de eficácia do EPI feita pelo empregador no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP) não descaracteriza o tempo de serviço especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

Na oportunidade, cumpre esclarecer que o Perfil Profissiográfico Previdenciário, instituído pelo art. 58, § 4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo às vezes do laudo técnico. In casu, o documento apresentado pelo autor no presente recurso reveste-se das formalidades legalmente exigidas para tanto.

Assim sendo, verifica-se que o autor, enquanto funcionário da empresa "Siderúrgica J. L. Alperti S/A" no intervalo de 06.03.1997 a 08.10.1998, esteve sujeito à pressão sonora variável de 87 dB a 110 dB, conforme evidência o laudo técnico pericial colacionado aos autos originários (ID 30228728 - fs. 49/51). Neste contexto, consigna-se que, em se tratando de ruído de intensidade variável, a média não pode ser aferida aritmeticamente, devendo prevalecer o maior valor encontrado, uma vez que a pressão sonora maior no setor mascara a menor. Assim, deve prevalecer o maior ruído auferido de 110 dB para mencionado interregno, reconhecendo-se, portanto, a natureza especial do labor.

De outro giro, no que diz respeito aos períodos restantes de 09.10.1998 a 18.07.1999, 03.06.2004 a 13.06.2004 e 19.12.2004 a 31.03.2005, nos quais o demandante exerceu suas atividades profissionais na "Gerda Aços Longos S/A", o PPP de ID 132360924 revela que esteve exposto a ruídos de 113 dB, patamar este muito superior ao legalmente tolerado para a respectiva época, sendo de rigor, igualmente, reconhecer a especialidade de todos os intervalos supramencionados.

Portanto, o agravante soma mais de 25 anos de atividade exercida exclusivamente em condições insalubres, preenchendo, assim, os requisitos necessários à concessão de aposentadoria especial nos termos do art. 57 da Lei 8.213/91.

Tenho que não há falar-se, in casu, em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, considerado não se tratar de medida liminar que esgota o objeto da demanda, permitindo a imediata suspensão dos pagamentos caso ao final julgada improcedente a ação principal.

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor**, para o fim de determinar que o ente autárquico implante o benefício de aposentadoria especial em favor do autor.

Decorrido "in albis" o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5017513-70.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: LEONICE MICHELON ALPONTI
Advogado do(a) AGRAVADO: DANIEL RODRIGO GOULART - SP202065-A

DESPACHO

Vistos.

Em uma análise preliminar, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.
Intime-se o agravado para apresentar contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do novo Código de Processo Civil.
Após, retomem os autos conclusos, para oportuna inclusão em pauta de julgamento.
Publique-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) N° 5008927-44.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: JORGE LUIZ SEBASTIAO
Advogado do(a) AGRAVADO: LILIAN GOUVEIA GARCEZ MACEDO - SP255436-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS em face em face de decisão proferida nos autos da ação de concessão de auxílio-acidente, em que o d. Juiz *a quo* deferiu a tutela de urgência, para determinar a imediata implantação do benefício.

Alega o agravante, em síntese, que não restaram preenchidos os requisitos ensejadores à concessão do provimento antecipado, em especial a redução da capacidade laborativa da parte autora. Aduz, ademais, a irreversibilidade da medida.

Em decisão inicial, foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.

Devidamente intimada, a parte autora não apresentou contraminuta ao recurso.

É o sucinto relatório. Decido.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

A r. decisão que se pretende ver suspensa encontra-se bem lançada e devidamente fundamentada, inserida no poder geral de cautela do juiz, tendo sido proferida sem qualquer eiva de ilegalidade ou abuso de poder.

Prevê o art. 300, *caput*, do novo CPC, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

O auxílio-acidente é devido ao segurado, quando a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem em seqüela definitiva que implique redução da capacidade para o trabalho ou impossibilite o desempenho da atividade exercida na época do acidente, estando previsto no artigo 86 da Lei 8.213/91 (na redação dada pela Lei nº 9.528 de 10/12/97) que dispõe:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. Independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

Conforme expressamente consignou o magistrado *a quo*, na decisão agravada, foram realizadas duas perícias médicas judiciais, uma perante o Juizado Especial Federal e outra perante a Justiça Estadual. Em ambas houve a constatação de que o autor teve sua capacidade laborativa reduzida em decorrência da consolidação de lesões sofridas em acidente.

A primeira perícia médica constatou que o autor “apresenta dor e limitação funcional a mobilização de tomzeleto direito, com redução da capacidade funcional”, desde janeiro de 2011, enquanto a perícia realizada perante o Juízo Estadual aferiu que a “lesão traumática já se encontra definitivamente consolidada, mas com dano funcional residual de caráter irreversível em grau suficiente para depreciar o seu potencial laborativo”.

Verifica-se, ainda, que o autor percebeu benefício de auxílio-doença no período de 30.04.2002 a 20.01.2011, momento em que teria se verificado a consolidação definitiva das lesões.

Não há que se falar, no caso, em perda da qualidade de segurado, tendo em vista que o autor procurou que fosse reconhecido seu direito, embora pelas vias inadequadas, ressaltando-se, ainda, que não perde qualidade de segurado aquele que deixa de contribuir por motivo de doença. Na verdade, o autor já fazia jus ao benefício, por ocasião da cessação do auxílio-doença.

Assim, restam preenchidos os requisitos autorizadores da concessão do benefício de auxílio-acidente, nos termos do art. 86, da Lei nº 8.213/91.

Por fim, o perigo de dano revela-se patente, tendo em vista o caráter alimentar do benefício vindicado.

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento ao agravo de instrumento do INSS.**

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 02 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5014232-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ILDERICA FERNANDES MAIA SANTIAGO - SP415773-N
AGRAVADO: JOSE PEDRO DA SILVA FILHO
Advogado do(a) AGRAVADO: VALDECIR DA COSTA PROCHNOW - SP208934-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo INSS em face de decisão que, nos autos de cumprimento de sentença previdenciária, rejeitou a impugnação formulada pela autarquia.

Em suas razões a parte agravante alega, em síntese, a necessidade de reforma da decisão para permitir o desconto do período concomitante ao pagamento de seguro-desemprego.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento.

Intimada, a parte agravada deixou de apresentar contraminuta.

É o relatório. Decido.

O feito comporta julgamento monocrático, nos moldes do art. 932, III, do CPC.

Compulsando os autos, observo que o INSS, foi intimado nos termos do artigo 535 do CPC, tendo apresentado impugnação, por meio da qual se insurgiu contra os consectários legais aplicados no cálculo da parte autora (ID 133442405 - pág. 51/61).

Observando o princípio da adstrição, o Juízo de origem apreciou os índices de juros e correção monetária, rejeitando a impugnação do INSS.

Anoto que, ao contrário do alegado pela autarquia, sua impugnação nada menciona a respeito de abatimento de períodos de recebimento de seguro-desemprego

Desse modo, constata-se a inexistência de respaldo fático entre o teor da decisão agravada e as razões do presente recurso.

Portanto, de acordo com o disposto no art. 932, III, do Código de Processo Civil, o agravo de instrumento não poderá ser conhecido, pois apresenta **razões dissociadas dos fundamentos da decisão agravada**. Neste sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Regional:

"PROCESSUAL CIVIL. RAZÕES DA APELAÇÃO DISSOCIADAS DA SENTENÇA. ART. 514, INCISO II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. No presente caso, o recorrente, ao apresentar sua apelação, limitou-se a defender o mérito da ação, qual seja, seu direito à indenização pelas benfeitorias efetuadas no imóvel, não impugnando, em qualquer momento, o fundamento da sentença apelada que extinguiu o feito, em razão da ocorrência de coisa julgada, fundamento suficiente a manter a decisão do juízo a quo.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que as razões de apelação dissociadas do que decidido pela sentença equiparam-se à ausência de fundamentos de fato e de direito, exigidos pelo art. 514, II, do CPC, como requisitos de regularidade formal da apelação. 3. Agravo regimental não provido." (STJ, Segunda Turma, AGREsp 1381583, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 11.09.2013)

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. ART. 557, DO CPC. PENSÃO POR MORTE. RAZÕES DISSOCIADAS. 1. Cuida-se de pedido de concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento do filho da parte autora. 2. Contudo, em razões de agravo interno, pleiteia a parte autora a concessão do benefício de pensão por morte decorrente do falecimento de seu cônjuge. 3. Incumbe ao recorrente a adequada e necessária impugnação do decisum que pretende ver reformado, com exposição dos fundamentos de fato e de direito de seu recurso, de modo a demonstrar as razões de seu inconformismo com a sentença prolatada, a teor do disposto nos artigos 514, II, e 515, caput, ambos do diploma processual civil. 4. Recurso de Agravo legal a que se nega provimento."

(TRF - 3ª Região, 7ª Turma, AC 0016247-61.2010.4.03.9999/SP, Relator Desembargador Federal Fausto de Sanctis, julgado em 06.05.2013, e-DJF3 Judicial 1 de 15.05.2013).

Ante o exposto, nos termos do art. 932, III, c/c art. 1016, ambos do Código de Processo Civil, **NÃO CONHEÇO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO**.

Intime(m)-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5016499-51.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: JOSE ALFREDO GEMENTE SANCHES - SP233283-N
AGRAVADO: ROSANGELA CORREA
Advogado do(a) AGRAVADO: FELIPE FRANCISCO PARRAALONSO - SP216808-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

ID 135761257: Manifeste-se a parte agravante, no prazo de 05 (cinco) dias.

Intime(m)-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017256-45.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: CLAUDINEI FIGUEIREDO DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SARA ROCHA DA SILVA - SP321235-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Vistos.

Ante a ausência de pedido de concessão de efeito suspensivo, intime-se o agravado para apresentar contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do novo Código de Processo Civil.

Após, retomemos autos conclusos, para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 1 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 20113/0-88.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: MARCOS FERREIRA DE LIMA
Advogado do(a) AGRAVANTE: VALDENICE MOURA GONSALEZ - SP261615
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Marcos Ferreira de Lima em face de decisão que determinou a suspensão do feito principal com base no Tema 1.301 do Superior Tribunal de Justiça, em ação movida para a concessão de aposentadoria por tempo de contribuição.

Sustenta a parte agravante a inaplicabilidade do Tema ao caso concreto, tendo em vista a comprovação do porte de arma de fogo, além do direito ao benefício, considerando o cumprimento de todos os requisitos. Pugna pela concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, com a imediata implantação do benefício.

É o breve relatório. Decido.

Em uma análise provisória, não vislumbro ilegalidade ou abuso de poder na decisão agravada, que se encontra devidamente fundamentada.

A decisão recorrida suspendeu o feito principal com fundamento no Tema 1.301 do Superior Tribunal de Justiça, que determinou o sobrestamento dos feitos que tenham por objeto a questão da especialidade da atividade de vigilante após a vigência da Lei nº 9.032/95 e do Decreto 2.172/1997, não distinguindo o porte de arma de fogo.

A suspensão tem por finalidade aguardar a uniformização da orientação jurídica a respeito da matéria afetada a uma das Cortes Superiores (STF e STJ) para aplicação da tese adotada no âmbito das instâncias ordinárias, seja em primeiro ou em segundo grau, prestigiando-se, assim, os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Em segunda instância, a aplicação da tese firmada no paradigma deverá ser feita, inclusive, por meio de decisão monocrática, a teor do que prescreve o art. 932, IV, "b", e V, "b", do CPC/2015, de modo a se conferir maior agilidade no julgamento dos recursos.

Percebe-se, pois, que a intenção do legislador foi paralisar todo e qualquer processo judicial, independentemente da fase ou instância em que se encontre, que contenha discussão jurídica cuja definição esteja pendente de julgamento pelas cortes de vértice para que, fixada a tese jurídica, seja imediatamente aplicada.

Ressalto que suspensão é da tramitação do processo e não apenas da questão afetada, como pretende o agravante, segundo inteligência do artigo 1.036, § 1º do CPC.

Ademais, a argumentação desenvolvida pelo agravante pressupõe juízo de preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, o que demanda ampla análise de prova documental, bem como a contagem de todo o tempo de contribuição ao RGPS, além de amplo contraditório, o que não se coaduna com a antecipação da tutela na forma requerida.

Diante do exposto, **indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento.**

Cumpra-se o disposto no artigo 1.019, II, do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Intimem-se.

São Paulo, 2 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6078281-52.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: FERNANDO CESAR DIANA
Advogado do(a) APELADO: KILDARE MARQUES MANSUR - SP154144-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E S P A C H O

Vistos.

Diante da informação do INSS **ID.131900174** e compulsando os autos, verifico que houve equívoco quanto ao termo inicial do benefício na decisão proferida em 30.3.2020 **ID.127526476**, ao mantê-lo na data do requerimento administrativo (04.01.2018), conforme estabelecido na sentença, haja vista que à época a parte autora não havia preenchido o requisito etário e nem tampouco havia ocorrido a citação nos autos.

Assim sendo, considerando que tal engano constitui inexistência material a configurar erro material e que este pode ser corrigido, de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, *impõe-se a correção a ser integrada à decisão*, a fim de constar as seguintes redações quanto ao resultado do julgado e implantação do benefício:

"Nego provimento ao apelo do INSS. Corrijo, de ofício, o termo inicial do benefício, que deverá ser fixado na data da citação - 03/1/2019 ID.97994363, eis que à época do requerimento administrativo a parte autora não havia preenchido o requisito etário."

"Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte **FERNANDO CESAR DIANA** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 03/01/2019**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o caput do artigo 497 do CPC de 2015."

Proceda a Subsecretaria, com urgência, à expedição de nova comunicação ao INSS instruída com este despacho, a fim de retificar a anteriormente encaminhada.

Após, cumpra-se a parte final da decisão ID 127526476.

Intímem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5276467-04.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: IVANILDA CRISTINA SANCHES
Advogado do(a) APELADO: MIRELLI APARECIDA PEREIRA JORDAO DE MAGALHAES - SP243990-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intím-se a parte autora para que promova a inclusão do filho menor do segurado à época da prisão, Natanael, com 14 anos na data do falecimento do segurado, conforme dados da Certidão de Óbito, ao pólo ativo da ação, mediante a juntada de documentos pessoais e procuração *adjudicia*.

Prazo: 10 dias.

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

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0009883-92.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: APARECIDO FANTACINI
Advogado do(a) APELANTE: AIRTON CEZAR RIBEIRO - SP157178-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Petição id. 136287031. Aguarde-se o decurso de prazo.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018060-13.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: SONIA APARECIDA CARDOSO DO PRADO
Advogado do(a) AGRAVANTE: SANDRA REGINA DE ASSIS - SP278878-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto decisão que indeferiu o processamento do cumprimento de sentença no juízo estadual com fundamento no Art. 3º da Resolução PRES TRF3 nº 322/2020.

Sustenta a parte agravante o direito de promover o cumprimento de sentença na comarca de Salesópolis/SP.

Vislumbro a plausibilidade das alegações.

Com efeito, a lei nº 13.876/19, ao regulamentar a competência federal delegada para a justiça estadual, elegeu como critério definidor o territorial, conforme a comarca de domicílio do autor esteja localizada a mais de 70 quilômetros da sede da vara federal com competência sobre sua comarca.

Como cediço, a competência em razão do território é relativa, impugnável apenas pelo réu em preliminar de contestação, ou pelo Ministério Público nas causas em que atuar, segundo a regra do Art. 65 do CPC. Por isso mesmo, ao juízo é defeso declinar de ofício de sua competência, conforme enunciado da Súmula 33 do e. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, **DEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado, para obstar o arquivamento do cumprimento de sentença nº 0000180-04.2020.8.26.0523, com seu regular processamento.

Comunique-se o Juízo *a quo* e intime-se a parte agravada para apresentar resposta ao recurso.

Dê-se ciência e, após, à conclusão.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5006973-60.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: JOAQUIM MOISES FERREIRA
Advogado do(a) AGRAVANTE: FABRICIO DE OLIVEIRA LIMA - SP307572-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Joaquim Moises Ferreira em face de decisão proferida nos autos de cumprimento de sentença, pela qual o d. Juiz *a quo* homologou a conta apresentada pela parte exequente. Determinou, ao final, a requisição dos pagamentos, com o trânsito em julgado da decisão.

Em suas razões de inconformismo recursal, o exequente, inicialmente, postula pela concessão das benesses da Gratuidade da Justiça. No mais, esclarece que, por ocasião do trânsito em julgado da decisão exequenda, apresentou seus cálculos de liquidação. Devidamente intimado, o agravado concordou com os valores apresentados, tomando-os incontroversos. Em consequência, o ora agravante postulou a expedição de precatório dos valores que lhe são devidos (R\$ 99.139,39), assim como RPV dos valores devidos a seus patronos (R\$ 12.328,53). Entretanto, tal pedido foi negado pelo juízo de origem, o qual entendeu por bem a expedição de ofício requisitórios somente após o trânsito em julgado da decisão homologatória. O exequente alega que a r. decisão é teratológica e ofende os ditames dos artigos 535, § 4º, do CPC, Súmula 31, da AGU, RE 458.110-MG, RE-Agr 504.128/PR, EREsp. 721.791/RS. Inconformado, requer a concessão de medida liminar “*inaudita altera pars*”, a fim de determinar a imediata requisição dos valores incontroversos, salientando que os valores devidos ao agravante deverão ser requisitados por meio de precatório, ao passo que os valores devidos aos advogados deverão ser requisitados por meio de RPV, devendo o r. Cartório de Origem proceder à requisição dos respectivos valores no menor tempo possível, assegurando que o precatório do valor devido ao agravante seja requisitado para pagamento no ano de 2021. Ao final, requer seja o recurso julgado procedente, confirmando-se a tutela de urgência. Prequestiona a matéria para fins de acesso às instâncias recursais superiores.

Em decisão inicial, foi parcialmente deferido o efeito suspensivo pleiteado para autorizar a expedição de ofícios requisitórios em seu favor, referente aos valores incontroversos, conforme seus cálculos de liquidação.

Embora devidamente intimado, o INSS não apresentou contrarrazões ao presente recurso.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

-'

Conforme restou consignado na decisão inicial, não há interesse de agir quanto ao pedido de concessão da Justiça Gratuita, tendo em vista que não há notícia de sua respectiva revogação nos autos subjacentes.

O título judicial em execução revela que o INSS foi condenado a conceder ao autor o benefício de aposentadoria comum por idade, a partir da data do indeferimento do requerimento administrativo, em 19.05.2014. A correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na forma das teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947. Honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão, em 03.04.2018 (id 128138103 - Págs. 166/174).

O benefício judicial (NB: 41/179.260.185-6) foi implantado (DIB: 19/05/2014 e DIP: 01/07/2017), em razão do cumprimento de tutela antecipada, concedida em sentença (id 128138103 - Pág. 150).

Com o trânsito em julgado da decisão exequenda (18.12.2019; id 128138104 - Pág. 58), o exequente apresentou seu cálculo de liquidação (id 128138105 - Págs. 05/10), apurando-se o valor principal de R\$ 99.139,39 e o débito relativo aos honorários advocatícios de R\$ 12.328,53, atualizado para janeiro de 2020.

Devidamente intimado na forma do artigo 535 do NCPC, o INSS apresentou petição de id 128138105 - Pág. 33, por meio da qual concordou expressamente com os valores apresentados pela parte exequente.

Diante disso, sobreveio decisão, ora agravada, por meio da qual o Juízo de origem homologou a conta apresentada pelo segurado, determinando-se, ao final, a requisição dos valores, após o trânsito em julgado da decisão (id 128138105 - Pág. 35).

Não obstante, reputo possível a execução do montante incontroverso do débito, nos valores apontados pela parte exequente, em seu cálculo de liquidação (id 128138105 - Págs. 05/10), mesmo tratando-se de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, consoante exemplificam os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO. VALOR INCONTROVERSO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO ALUSIVO À PARTE INCONTROVERSA DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE.

(...)

4. A orientação que tem sido adotada no âmbito desta Superior Corte de Justiça é no sentido de que a impugnação parcial da dívida torna incontroversa a parte que não foi objeto de contestação, havendo, em relação a ela, o efetivo trânsito em julgado, requisito indispensável para a expedição do competente precatório, conforme o disposto no art. 100, § 1º, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 30/2000.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1073490/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 01/04/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS PARCIAIS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO RELATIVAMENTE À PARTE INCONTROVERSA DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é possível a expedição de precatório relativamente à parte incontroversa da dívida quando se tratar de embargos parciais à execução opostos pela Fazenda Pública.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 692.044/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008, DJe 21/08/2008)

TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO DO VALOR INCONTROVERSO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO ÂMBITO DA CORTE ESPECIAL.

1. Na obrigação de pagar quantia certa, o procedimento executório contra a Fazenda é o estabelecido nos arts. 730 e 731 do CPC que, em se tratando de execução provisória, deve ser computabilizado com as normas constitucionais.

2. Os parágrafos 1º, 1º-A, ambos com a redação da EC n. 30, de 13/09/2000, e 3º do art. 100 da Constituição, determinam que a expedição de precatório ou o pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial, mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar, pressupõem o trânsito em julgado da respectiva sentença.

3. A Corte Especial decidiu nos embargos de divergência no recurso especial, nº 721791/RS no sentido de ser possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública. Precedentes: EREsp 638620/S, desta relatoria - Órgão Julgador CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento 01/08/2006 - DJ 02.10.2006; EREsp 658542/SC - Órgão Julgador CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento 01/02/2007 - DJ 26.02.2007.

4. Inadmitir a expedição de precatórios para aquelas parcelas que se tornaram preclusas e, via de consequência, imodificáveis, é atentar contra a efetividade e a celeridade processual.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 862.784/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 16/06/2008)

Destarte, o Juízo de origem deverá proceder a requisição dos valores incontroversos, inclusive com o destaque do valor relativo ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, eis que incontroversos.

Assinalo que não compete a este relator intervir na rotina do r. Cartório de origem, a fim de assegurar o pagamento dos valores até a data requerida pela parte agravante, mormente considerando que cabe ao Juízo *a quo* definir as rotinas de trabalho a ele subordinados, respeitando a ordem cronológica dos pleitos.

Diante do exposto, **com fulcro no artigo 932 do CPC, dou parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte exequente** para autorizar a expedição de ofícios requisitórios em seu favor, referente ao valor de R\$ 99.139,39 (precatório) e R\$ 12.328,53 (RPV), este último relativo aos honorários sucumbenciais, conforme seus cálculos de liquidação.

Comunique-se ao d. Juízo *a quo* o inteiro teor desta decisão.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005115-38.2018.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, APARECIDO MATIAS COIMBRA

Advogado do(a) APELANTE: ANA CAROLINA PINHEIRO TAHAN - SP213850-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL, APARECIDO MATIAS COIMBRA

PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Advogado do(a) APELADO: ANA CAROLINA PINHEIRO TAHAN - SP213850-A

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Cumpra a Subsecretaria a parte final do despacho **ID.135268991**, certificando o que de direito.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004289-65.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ANTONIO FIGUEIRA DA SILVA

Advogados do(a) AGRAVANTE: ANDERSON MENEZES SOUSA - SP195497-A, JOSE PAULO BARBOSA - SP185984-A, HENRIQUE FERNANDES ALVES - SP259828-A

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ANTONIO FIGUEIRA DA SILVA face à decisão que, em execução individual de sentença proferida na Ação Civil Pública 0011237-82.2003.403.6183, acolheu parcialmente as arguições do INSS, e determinou o prosseguimento da execução pela conta de liquidação elaborada pela contadoria judicial, no valor de R\$125.139,66 para 09.2018, sem, no entanto, fixar verba honorária sucumbencial em favor do demandante, por entender-se tratar a execução de mero acerto de cálculos.

O agravante sustenta, em síntese, que a decisão agravada contrariou expressamente a disposição do art. 85, §1º e §3º, I do CPC, bem como a Súmula 345 do E. STJ, ao não fixar honorários sucumbenciais contra o INSS, tendo em vista sua parcial sucumbência na execução individual de sentença proferida na Ação Civil Pública 0011237-82.2003.403.6183. Inconformado, requer a reforma da r. decisão.

Não houve concessão de efeito suspensivo.

Devidamente intimado, o INSS não apresentou contraminuta acerca do presente agravo de instrumento.

É o relatório.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O presente recurso merece ser provido.

O §7º do art. 85 do CPC estatui que *Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.*

Em se tratando, todavia, de ação de cumprimento individual de sentença proferida em Ação Civil Pública, o STJ, por meio da Súmula 345, firmou entendimento no sentido de serem *devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.*

Em vista de tal conflito aparente de normas, a Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp nº 1.648.498/RS, de relatoria do Min. Gurgel de Faria, submetido ao rito dos recursos repetitivos, fixou a seguinte tese:

“O art. 85, § 7º, do CPC/2015 não afasta a aplicação do entendimento consolidado na Súmula 345 do STJ, de modo que são devidos honorários advocatícios nos procedimentos individuais de cumprimento de sentença decorrente de ação coletiva, ainda que não impugnados e promovidos em litisconsórcio.”

Sendo assim, de rigor a fixação da verba honorária a cargo do executado, a qual fica arbitrada em 15% sobre o valor da condenação.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **dou provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte exequente**, para condenar o INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5790524-04.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: ANGELITA ANTONIO LEAL, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: ANTONIO GUERCHE FILHO - SP112769-N, VALDEMAR GULLO JUNIOR - SP302886-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, ANGELITA ANTONIO LEAL
Advogados do(a) APELADO: VALDEMAR GULLO JUNIOR - SP302886-N, ANTONIO GUERCHE FILHO - SP112769-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de apelações interpostas pela parte autora e réu em face de sentença que julgou procedente o pedido para condenar a autarquia a conceder à demandante o benefício de auxílio-doença, desde a data do requerimento administrativo (30/04/2017). Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária, consoante IPCA-E e juros moratórios, nos termos da Lei nº 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data desta sentença (Súmula nº 111 do STJ e art. 85, § 2º, do CPC). Isento de custas e despesas processuais. Concedida a tutela provisória de urgência antecipada incidental, determinando a imediata implantação do benefício,

O réu apela pugrando, preliminar, pela anulação da perícia, vez que destituída de fundamento, aduzindo que o perito apresenta a mesma conclusão para laudos realizados em feitos diversos. No mérito, aduz que não estão preenchidos os requisitos para a concessão da benesse, visto que a autora detém capacidade para o desempenho de suas atividades habituais. Subsidiariamente, requer que o termo inicial do benefício seja fixado a contar da data da juntada do laudo pericial aos autos, bem como que seja computada a correção monetária consoante Lei nº 11.960/09.

A parte autora recorre, por seu turno, pleiteia a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, aduzindo trabalhar como autônoma, fabricando queijos, possuindo 54 anos de idade, sofrendo de patologias ortopédicas degenerativas, agravando-se seu estado de saúde em razão de sofrer de neoplasia maligna de esôfago.

Contrarrazões da parte autora.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo as apelações do réu e da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Da preliminar

A preliminar arguida pelo réu quanto à nulidade da perícia confunde-se como o mérito e comele analisada.

Do mérito

A autora, nascida em 20.01.1964, pleiteou a concessão do benefício de auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez, os quais estão previstos nos arts. 59 e 42 da Lei nº 8.213/91, que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo pericial, elaborado em 27.06.2018, atestou que a autora, 54 anos de idade, escolaridade: 6ª série, trabalhadora informal na produção de queijos, referiu sofrer de dores difusas e crônicas desde 2016, com impotência funcional em ombro direito, bem como dor e impotência funcional do segmento lombar da coluna vertebral desde 2017. Trouxe documentos médicos informando ser portadora de fibromialgia, síndrome do manguito rotador, alterações degenerativas incipientes na acrómio-clavicular; tendinopatia associada a ruptura parcial transfixante do tendão do supraespalhal; tendinopatia com tênues rupturas ósseas das estruturas enfocadas; osteófitos marginais ao nível dos corpos vertebrais lombares inferiores; redução do espaço discal de L5-S1; esclerose e redução de interapofisárias inferiores; calcificações em trajetos vasculares. O perito concluiu pela incapacidade parcial e permanente para o trabalho. Fixou a data de início da doença em 01.01.2016 e da incapacidade em 08.07.2016.

A parte autora acostou documento, emitido por profissional da rede pública de saúde (Hospital de Base da Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto), dando conta de que estaria sofrendo de neoplasia maligna de esôfago, em estágio clínico IIIC, encontrando-se em tratamento químico e radioterápico, moléstia não relatada pelo perito quando da elaboração do laudo, razão pela qual o julgamento foi convertido em diligência, determinando-se o retorno dos autos à Vara de origem, para realização de nova perícia. Considerando o conteúdo no referido documento, foi determinada a manutenção do benefício de auxílio-doença (NB nº 627.437.017-3) até o julgamento dos recursos por esta Corte, noticiando a autarquia o cumprimento da decisão.

O perito acostou novo laudo, elaborado em 28.11.2019, confirmando a conclusão quanto à incapacidade parcial e permanente para o trabalho.

Observo, quanto as peças apresentadas pelo perito, que apresentam elementos suficientes ao deslinde da matéria, elaborados por profissional da confiança do Juízo, não se justificando a anulação da perícia pelo fato de autarquia elencar peças confeccionadas pelo profissional em feitos diversos, o que, em si, não retira do laudo sua validade, não apresentado eventual incidente de impedimento ou suspeição do perito, tampouco existindo laudo confeccionado nos autos por assistente técnico do réu que pudessem abalar suas conclusões.

Colhe-se dos autos e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que a autora esteve filiada ao RGPS, vertendo contribuições como contribuinte individual, sobre o valor mínimo, desde 2015, gozando do benefício de auxílio-doença entre 06.01.2017 a 14.02.2017. Consta requerimento de auxílio doença datado 30/04/2017 indeferido, tendo sido ajuizada a presente ação em janeiro de 2018. Tornou a verter contribuições, como contribuinte individual, sobre o mínimo, entre 01.12.2017 a 31.12.2018. O benefício de auxílio-doença foi reativado por força da tutela concedida, encontrando-se ativo atualmente.

Entendo que se justifica a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez à autora, tendo em vista que apresenta patologias degenerativas de natureza osteoarticular, considerando-se, ainda, o fato de encontrar-se em tratamento para neoplasia maligna de esôfago, aliados ao fato de contar atualmente com 56 anos de idade, inferindo-se, assim, a impossibilidade de desempenho de atividade laborativa, ou readaptação para o labor, tendo em vista que conta com parca instrução, trabalhadora informal na produção de queijos.

Mantenho o termo inicial do benefício de auxílio-doença na forma da sentença, ou seja, a contar da data do requerimento administrativo (30.04.2017), convertendo-o em aposentadoria por invalidez a partir da data do presente julgamento, quando concluídos os requisitos para sua concessão. Devem ser compensadas as parcelas pagas a título de antecipação de tutela, quando da liquidação da sentença.

O fato de a parte autora contar com recolhimentos previdenciários após o termo inicial do benefício, não obsta sua concessão ou implantação imediata, haja vista que o segurado muitas vezes o faz tão somente para manter sua qualidade de segurado. Ademais, o E. STJ em julgamento proferido no RESP 1.786.590 (Recurso Repetitivo), realizado em 24.06.2020, concluiu que *A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstante a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade.* Com base em tal entendimento foi fixada a Tese Repetitiva 1013/STJ, nos seguintes termos: *No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação do auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RGPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente* (Relator Ministro Herman Benjamin)

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da cademeta de poupança a partir de 30.06.2009.

Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ e de acordo com entendimento firmado por esta 10ª Turma.

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu e dou parcial provimento à apelação da parte autora** para julgar parcialmente procedente seu pedido e condenar o réu a conceder-lhe o benefício de auxílio-doença a contar da data do requerimento administrativo (30.04.2017), convertendo-o em aposentadoria por invalidez a partir da data do presente julgamento.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora, **Angelita Antonio Leal**, o benefício de aposentadoria por invalidez, em substituição ao benefício de auxílio-doença, a contar da data do presente julgamento, com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.

Decorrido "in albis" o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Int.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6081466-98.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA APARECIDA PEREIRA
Advogados do(a) APELADO: FERNANDA ALINE CORREIA - SP339665-N, JOSE LUIZ PEREIRA JUNIOR - SP96264-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder à autora o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde 12.03.2018, data do requerimento administrativo. Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o total das prestações vencidas até a data da sentença.

Em razões de apelação, alega o réu, em síntese, que a parte autora não comprovou o efetivo exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, por período suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Subsidiariamente, requer que os juros e correção monetária sejam atualizados nos termos da Lei nº 11.960/09.

Com contrarrazões de apelação da autora, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); RESp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

A autora, nascida em 23.08.1959, completou 55 anos de idade em 23.08.2014, devendo comprovar 15 anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, a autora trouxe aos autos cópia de sua CTPS, por meio da qual se verifica que ela trabalhou como rural em diversos períodos, alternados, entre 1981 e 2012, constituindo prova material plena do seu labor rural no que se refere a tais períodos, e início de prova material do seu histórico camponês.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram unânimes no sentido de que conhecem a autora há muitos anos e que ela sempre trabalhou na roça, em diversas fazendas da região e na Usina Catanduva.

Dessa forma, havendo prova plena e início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 23.08.2014, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (12.03.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora, será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da presente decisão, eis que de acordo como entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis** para que seja implantado a parte **MARIA APARECIDA PEREIRA** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 12.03.2018**, com valor a ser calculado pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6080010-16.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: IRONI RODRIGUES DA SILVA SANTOS
Advogado do(a) APELANTE: VALDELI PEREIRA - SP260446-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido realizado em ação previdenciária que visava à concessão do benefício da aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que não houve comprovação do exercício da atividade camponesa por parte da autora no período imediatamente anterior ao cumprimento do requisito etário. Houve condenação em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observada a concessão da gratuidade de justiça de que é beneficiária.

A parte autora, em razões de recurso, requer a reforma da r. sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim os requisitos exigidos pelos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção do benefício almejado.

Sem contrarrazões de apelação pelo INSS, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 134863/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 02.11.1962, completou 55 anos de idade em 02.11.2017, devendo, assim, comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a requerente acostou aos autos cópia de certidões de casamento (1979) e de nascimento de filhos (1981, 1984, 1986 e 1988), nas quais o marido fora qualificado como lavrador, constituindo início de prova material de labor rural. Trouxe, ainda, cópia de sua CTPS, com vínculo de natureza rural de fev/2014 a jan/2016, constituindo prova plena no período a que se refere, e início razoável de prova material de seu histórico rural.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em Juízo afirmaram que conhecem a demandante há muitos anos, e que ela sempre trabalhou na roça, como boia-fria, nas plantações de milho, feijão e arroz.

Dessa forma, havendo prova material plena e início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 02.11.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Fixo o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (08.11.2017), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

Os juros de mora e correção monetária deverão ser calculados pela lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do STJ, eis que o pedido foi julgado improcedente no juízo *a quo*, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **dou provimento à apelação da autora**, para julgar procedente o seu pedido, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo (08.11.2017). Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Determino que independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja **implantado** à parte **IRONI RODRIGUES DA SILVA SANTOS** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 08.11.2017**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6087928-71.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: LUIZ CARLOS COLOMBO
Advogado do(a) APELADO: VANDIR JOSE ANICETO DE LIMA - SP220713-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelações de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença a partir da data do requerimento administrativo (16.10.2018), com cessação após recuperação, porém, deferida à Autarquia a possibilidade de revisão em 120 dias. As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício no prazo de 45 dias, sob pena de multa de 1/30 do valor do benefício.

Em consulta aos dados do CNIS, observa-se a implantação do benefício, com cessação em 31.05.2020.

Em apelação o INSS aduz que não foram comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Subsidiariamente, pede a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial, a exclusão ou redução da multa, a aplicação da correção monetária na forma da Lei 11.960/09, a redução dos honorários advocatícios, a suspensão da tutela antecipada e a fixação de data de cessação do benefício.

A parte autora, por sua vez, pede a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a cessação administrativa (13.09.2018), alegando ser inviável a reabilitação profissional. Pede, ainda, que não seja fixado termo final para o benefício.

Após contrarrazões da parte autora, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo as apelações do INSS e da parte autora.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 12.07.1954, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõe:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 23.03.2019, atestou que o autor é portador de transtorno não especificado de disco intervertebral, síndrome cervicobraquial, e lumbago com ciática, que lhe trazem incapacidade de forma parcial e temporária para o exercício de atividade laborativa, desde agosto/2018.

Destaco que o autor possui vínculos recolhimentos de junho/2011 a dezembro/2017 e de setembro/2018 a dezembro/2018, em valor sobre o salário mínimo, e recebeu benefício de auxílio-doença de 16.03.2017 a 12.05.2017 e de 23.08.2018 a 13.09.2018, razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, vez que a própria autarquia, ao conceder referida benesse, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente ação em fevereiro/2019.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor, e a sua restrição para atividade laborativa, bem como a possibilidade de reabilitação, não há como se deixar de reconhecer que é inviável o retorno ao exercício de sua atividade habitual (pintor) sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

O termo inicial do benefício de auxílio-doença deve ser fixado no dia seguinte à cessação administrativa (14.09.2018), tendo em vista a resposta ao quesito nº 19, do laudo pericial.

Eslareço ainda, ser possível a realização de perícias periódicas, nos termos do art. 46 do Decreto 3.048/99, não sendo o caso de se fixar termo final para o benefício, ressaltado, no entanto, o dever da Administração Pública de prestar serviço eficiente e com a devida motivação.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Mantida a verba honorária fixada na sentença, uma vez que há recurso de ambas as partes.

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

Cumprindo assinalar que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação de sentença.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação do INSS, bem como à remessa oficial tida por interposta** para excluir a multa da condenação, e **dou parcial provimento à apelação da parte autora** para fixar o termo inicial do benefício de auxílio-doença no dia seguinte à sua cessação administrativa (14.09.2018).

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja replantado a parte autora **Luiz Carlos Colombo** benefício de auxílio-doença (DIB 14.09.2018).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6114837-53.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: MARIO PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: GUSTAVO ANTONIO CASARIM - SP246083-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido emanação previdenciária que objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, sob o fundamento de que não restou comprovado o efetivo exercício de atividade rural no período alegado, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Condenado o demandante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade judiciária de que é beneficiário.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando, assim, os requisitos exigidos pelos artigos 48, § 3º, 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção da aposentadoria por idade rural.

Sem contrarrazões de apelação do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo autor.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ nº 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

O autor, nascido em 10.01.1958, completou 60 (sessenta) anos de idade em 10.01.2018, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ.

No caso em tela, consta dos autos cópia da certidão de casamento (1983), na qual o autor fora qualificado como agricultor, constituindo início de prova material de trabalho rural, bem como CTPS dele, com vínculos de natureza rural, em períodos intercalados, entre 1987 e 2011. Tal documento constitui prova plena nos períodos a que se refere, e início razoável de prova material de seu histórico camponês.

Por sua vez, as testemunhas ouvidas em Juízo afirmam que conhecem o autor há mais de 25 anos e que ele sempre trabalhou na roça, em diversas propriedades da região. Afiraram, ainda, que atualmente ele trabalha na hora, com sua esposa.

Dessa forma, havendo prova material plena e início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo o autor completado 60 anos de idade em 10.01.2018, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (25.10.2018), em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a presente data, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma, vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo "a quo".

Diante do exposto, **com fulcro no artigo 932 do CPC, dou provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido**, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo. Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **MARIO PEREIRA DASILVA**, o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE** implantado de imediato, **com data de início - DIB - em 25.10.2018**, no valor de 01 (um) salário mínimo, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do Código de Processo Civil.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6073445-36.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANÍSIO ROSENDO SOUZA
Advogado do(a) APELADO: NOEMI COSTA PEREIRA LEITE - SP384499-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder ao autor o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde 02.10.2018, data do requerimento administrativo. Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora, conforme critérios da Lei nº 11.960/2009. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o total das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Em razões de apelação, objetiva o réu a reforma da r. sentença alegando, em síntese, que a parte autora não comprovou o efetivo exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, por período suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Subsidiariamente, requer que os juros e correção monetária sejam atualizados pela Lei nº 11.960/09, bem como a redução dos honorários advocatícios.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ nº 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

O autor, nascido em 27.09.1958, completou 60 anos de idade em 27.09.2018, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo como estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010.

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados gatos, seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado boia-fria; deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, in verbis:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, o autor trouxe aos autos cópia de sua certidão de casamento (1984) na qual fora qualificado como lavrador, escritura de imóvel rural (1973), em nome do genitor e ITRs entre o período de 1992 e 2017, constituindo início de prova material de seu histórico camponês.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram unísonas no sentido de que conhecem o autor há mais de 40 anos, e que ele sempre trabalhou na roça, no imóvel rural de seu falecido genitor, na plantação de alimentos e cultivo de chá, sem empregados, em regime de economia familiar.

Dessa forma, havendo início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo o autor completado 60 anos de idade em 27.09.2018, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 39, I, 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (02.10.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STJ no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora, será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da presente decisão, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte **ANISIO ROSENDO SOUZA** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - DIB em **02.10.2018**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o caput do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido in albis o prazo recursal, retomemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6080842-49.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: GENI SOARES
Advogado do(a) APELANTE: NATHALIA WERNER KRAPP - SP263480-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido realizado em ação previdenciária que visava à concessão do benefício da aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que não houve comprovação do exercício da atividade campestre por parte da autora no período imediatamente anterior ao cumprimento do requisito etário. Houve condenação em custas e honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), observada a concessão da gratuidade de justiça de que é beneficiária.

A parte autora, em razões de recurso, requer a reforma da r. sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim os requisitos exigidos pelos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção do benefício almejado.

Sem contrarrazões de apelação pelo INSS, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 09.03.1962, completou 55 anos de idade em 09.03.2017, devendo, assim, comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos arts. 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício empígrafo.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 extinguiu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador campestre o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, a requerente acostou aos autos cópia de contratos temporários de atividade rural (2004/2007) e contrato de parceria rural (2017), em seu nome, constituindo início de prova material de labor rural. Trouxe, ainda, cópia de sua CTPS, com vínculos de natureza rural, intercalados, entre 1985 e 1992, constituindo prova plena no período a que se refere, e início razoável de prova material de seu histórico rural.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em Juízo afirmaram que conhecem a demandante desde pequena, e que ela sempre trabalhou nas safras de uva, como diarista e continua até hoje como parceria para um produtor de uvas.

Ademais, o período de um mês (2011) laborado pela autora como doméstica, não lhe retira a condição de trabalhadora rural nem impede a concessão do benefício, lembrando que em regiões limítrofes entre a cidade e o campo, é comum que o trabalhador com baixo nível de escolaridade e sem formação específica almeje o trabalho rural com atividade urbana de natureza braçal, havendo início de prova material do retorno dele às lides do campo.

Dessa forma, havendo prova material plena e início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 09.03.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Fixo o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (12.06.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

Os juros de mora e correção monetária deverão ser calculados pela lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do STJ, eis que o pedido foi julgado improcedente no juízo *a quo*, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **dou provimento à apelação da autora**, para julgar procedente o seu pedido, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo (12.06.2018). Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Determino que independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja **implantado** à parte **GENI SOARES** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 12.06.2018**, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6081687-81.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: FRANCISCA CLEIDE DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: ANA ROSA RIBEIRO DE MOURA - SP205565-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que objetivava a concessão do benefício de aposentadoria por idade rural, sob o fundamento de que não restou comprovado o efetivo exercício de atividade rural no período alegado, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Condenada a demandante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observando-se a gratuidade judiciária de que é beneficiária.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando, assim, os requisitos exigidos pelos artigos 48, § 3º, 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção da aposentadoria por idade rural.

Sem contrarrazões de apelação do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pela autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ nº 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 15.07.1962, completou 55 anos de idade em 15.07.2017, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ.

No caso em tela, consta dos autos cópia da CTPS de seu marido, com vínculo de natureza rural a partir de 1989 até 2018, constituindo início razoável de prova material do histórico camponês do casal.

Por sua vez, as testemunhas ouvidas em Juízo afirmam que conhecem a autora há 40 anos e que ela sempre trabalhou na roça com o marido, na Fazenda Pedro Paulo, plantando mandioca e milho, bem como cuidando de porcos e galinhas.

Dessa forma, havendo início razoável de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 15.07.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (09.08.2017), em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a presente data, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma, vez que o pedido foi julgado improcedente no Juízo "a quo".

Diante do exposto, **com fulcro no artigo 932 do CPC, dou provimento à apelação da parte autora para julgar procedente o pedido**, condenando o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria rural por idade, no valor de 01 (um) salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo. Honorários advocatícios arbitrados em 15% das prestações vencidas até a presente data. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **FRANCISCA CLEIDE DA SILVA**, o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE** implantado de imediato, **com data de início - DIB - em 09.08.2017**, no valor de 01 (um) salário mínimo, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do Código de Processo Civil.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5272081-28.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SEBASTIAO FAUSTINO DE SOUZA FILHO
Advogado do(a) APELADO: VAGNER LEANDRO DA CAMARA - SP405112-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder ao autor o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde a data do requerimento administrativo. Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo INPC e juros de mora, nos termos da Lei nº 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o total das prestações vencidas até a data da sentença.

Em razões de apelação, alega o réu, em síntese, que a parte autora não comprovou o efetivo exercício da atividade rural no período imediatamente anterior ao preenchimento do requisito etário, por período suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal, não havendo nos autos documentos que sirvam como início de prova material do seu labor rural. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões de apelação da autora, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL; REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

O autor, nascido em 02.03.1959, completou 60 (sessenta) anos de idade em 02.03.2019, devendo comprovar 15 anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, o autor trouxe aos autos cópia de sua CTPS, por meio da qual se verifica que ele trabalhou como rurícola em diversos períodos, alternados, entre 1993 e 2010, constituindo prova material plena do seu labor rural no que se refere a tais períodos, e início de prova material do seu histórico campesino.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram uníssonas no sentido de que conhecem o autor há muitos anos e que ele sempre trabalhou na roça, como diarista, em diversas fazendas da região, como a Fazenda Rancho Alegre.

Dessa forma, havendo prova plena e início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo o autor completado 60 anos de idade em 02.03.2019, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (23.05.2019), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da presente decisão, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis** para que seja implantado a parte **SEBASTIÃO FAUSTINO DE SOUZA FILHO** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - **DIB em 23.05.2019**, com valor a ser calculado pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5003811-33.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
PARTE AUTORA: NEIDE ALVES
Advogado do(a) PARTE AUTORA: NORMARAQUEL STRAGLIOTTO - MS9873-A
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de remessa oficial de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder ao autor o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, a partir do requerimento administrativo (05.04.2018). Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária e juros de mora, conforme a Lei nº 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Após breve relatório, passo a decidir.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 07.08.1962, completou 55 anos de idade em 07.08.2017, devendo comprovar 15 anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, a autora trouxe aos autos cópia de sua carteira de pescadora profissional (2007), certidão de nascimento de filho (1986), na qual o marido fora qualificado como lavrador, documento de compra de imóvel rural (2002), em nome do casal e notas fiscais de produtos rurais, o que constitui início de prova material do histórico camponês do casal.

Ressalto que, nos termos do inciso VII do artigo 11 da Lei n. 8.213/91, o pescador artesanal é considerado segurado especial, em situação análoga ao trabalhador rural.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram unísonas no sentido de que conhecem a autora há muitos anos e que ela sempre trabalhou na roça, com pesca artesanal e produção de mandioca, em regime de economia familiar.

Dessa forma, havendo início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo a autora completado 55 anos de idade em 07.08.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (05.04.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à remessa oficial.**

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte **NEIDE ALVES** o benefício de **APOSENTADORIA RURAL POR IDADE**, com data de início - DIB em 05.04.2018, no valor de um salário mínimo, tendo em vista o caput do artigo 497 do CPC de 2015.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6102291-63.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: MARIA TEREZA DE FATIMA DA SILVA MONTEIRO
Advogado do(a) APELANTE: DEISY MARA PERUQUETTI - SP320138-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando a concessão do benefício de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, observando-se, contudo, ser beneficiária da Justiça Gratuita.

Empateação, a parte autora, alega que a sentença é nula, e pede a realização de nova perícia. No mérito, aduz que foram comprovados os requisitos para a concessão de um dos benefícios em comento.

Sem contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da preliminar

A preliminar se confunde com o mérito e com ele será resolvida.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 29.11.1957, estão previstos nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Nesse diapasão, o compulsar dos autos demonstra que não assiste razão à apelante.

O laudo médico-pericial, elaborado em 25.06.2019, revela que a autora apresenta artrose e tendinopatia nos ombros, artrose em coluna vertebral e joelhos, hipertensão arterial, obesidade mórbida, e ceratose actínica, que, no entanto, não lhe trazem incapacidade laborativa. Apontou que a demandante não apresenta limitação de movimentos dos ombros, hipotrofia muscular, sinais de agudização de patologias dos ombros; e nem limitação de movimentos da coluna vertebral, sinais de comprometimento radicular ou hipotrofia muscular.

Frise-se que o art. 479 do novo Código de Processo Civil, antigo art. 436 do CPC/1973, dispõe que o juiz não está adstrito ao disposto no laudo, podendo, segundo sua livre convicção, decidir de maneira diversa.

Nesse sentido, precedente desta Egrégia Corte Regional:

PREVIDÊNCIA SOCIAL E PROCESSO CIVIL, AUXÍLIO-DOENÇA, APLICAÇÃO DO ARTIGO 436 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1 - O juiz, na formação de seu livre convencimento não está adstrito ao laudo pericial, podendo valer-se dos demais elementos dos autos. 2 - Se a atividade exercida pelo segurado exige esforços físicos de média e grande intensidade, incompatíveis com o quadro clínico que apresenta, defere-se-lhe o benefício. 3 - Termo inicial do benefício contado a partir do laudo pericial. 4 - Improvido o recurso da autora, provida parcialmente a apelação da autarquia. (TRF 3ª Região, AC nº 93.03.083360-0, 2ª Turma, Rel. Juiz Célio Benevides, DJ 25.10.1995, pág. 73289)

Há que se ressaltar, porém, que a parte autora, doméstica, com 62 anos, apresentando problemas ortopédicos e obesidade mórbida, grau de escolaridade até 4ª série, está em desvantagem na concorrência por emprego, pois necessita de maior esforço para a mesma capacidade produtiva, sendo de se reconhecer que não apresenta condições para o retorno ao trabalho por ora.

Destaco que a autora possui vínculos laborais de setembro/2000 a junho/2001 e de março/2014 a janeiro/2015, recolhimentos de março/2014 a novembro/2017, em valor sobre o salário mínimo, e recebeu auxílio-doença de 29.12.2017 a 01.11.2018, razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, vez que a própria autarquia, ao conceder referida benesse, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente ação em maio/2019.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pela autora, e considerando-se sua idade (61 anos), sua atividade habitual (doméstica), e grau de escolaridade (fundamental incompleto), deve-lhe ser concedido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

Saliente-se, no entanto, que a Autarquia deverá submeter a beneficiária, caso necessário, ao processo de reabilitação profissional previsto no art. 62 da Lei 8.213/91 que assim determina:

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

O termo inicial do benefício por incapacidade deve ser fixado a partir da data do presente acórdão, já que o laudo médico concluiu pela ausência de incapacidade, incidindo até seis meses a partir da data do presente julgamento, podendo a autora, antes do final do prazo, agendar perícia junto ao INSS para eventual prorrogação do benefício.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação da autora** para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a lhe conceder o benefício de auxílio-doença, a partir da data do acórdão, incidindo até seis meses a partir da data do presente julgamento, podendo, antes do final do prazo, agendar perícia junto ao INSS para eventual prorrogação do benefício. Honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado à parte autora **Maria Tereza de Fátima da Silva Monteiro** o benefício de auxílio-doença (DIB na presente decisão, e devido até seis meses).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6164649-64.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: TERESINHA DE FATIMA BIANCHINI CHAGAS BONVECHIO
Advogado do(a) APELADO: ROBERTO ANTONIO AMADOR - SP163394-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo réu em face de sentença que julgou procedente o pedido para condenar o réu a conceder à parte autora o benefício de auxílio-doença, a partir da data fixada no laudo pericial (07/05/2019), e pelo prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias contados também da data do laudo pericial. Sobre as prestações atrasadas deverá incidir correção monetária consoante IPCA-E e juros de mora nos termos da Lei nº 11.960/09. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R\$ 800,00 (oitocentos reais). Isento de pagamento de custas processuais. Concedida a tutela antecipada determinando-se a imediata implantação da benesse, não havendo notícia quanto ao cumprimento.

O réu recorre, aduzindo que a parte autora ajuizou a presente demanda em 2018 pleiteando a concessão/prorrogação de auxílio-doença/aposentadoria por invalidez, cuja alta administrativa ocorreu em 01.05.2018. A perícia judicial, realizada em 07.05.2019, constatou incapacidade total e temporária fixando a data de início da incapacidade na mesma ocasião, ou seja, em 07.05.2019 Devido à alteração na situação fática, a autora deveria ter ingressado novamente na esfera administrativa pleiteando o benefício, posto que fato novo, sendo mister a extinção do feito sem resolução do mérito, ante a falta de interesse de agir.

Sem contrarrazões.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação do réu.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

À autora, nascida em 30.01.1960, foi concedido o benefício de auxílio-doença, que está previsto no art. 59 Lei nº 8.213/91, que dispõe:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 07.05.2019, atesta que a autora, empregada doméstica, com instrução de 5ª série, referiu que apresentou verruga nas costas em 2016, operada em 2018, sendo que após a última cirurgia não conseguiu mais elevar o braço, afirmando, ainda, ser diabética e hipertensa. Foi submetida à cirurgias para Exérese de melanoma e linfadenectomia de axila direita. Ao exame físico, apresentava extensa cicatriz com queiloide em região dorsal direita e outra de 4 cm, em axila direita. Membro superior direito com sua funcionalidade comprometida de forma significativa, tanto pela restrição articular funcional, como pela dor. Sinais de Jobe, Neer, Yakum positivos em MSD. Abdução restrita a 90°. Diminuição da força do membro superior direito. Demais articulações, sem comprometimento funcional. Ao exame psíquico, encontrava-se hipotenaz, entristecida, desesperançada em relação à sua situação. O perito afirmou que a lesão sequelar pós-cirúrgica comprometeu, por provável lesão muscular e fibrose local, a funcionalidade da articulação do membro superior direito, com sinais restritivos e dolorosos, facilmente evidenciados em exame físico. Fixou a incapacidade laborativa de forma toda e temporária, com início da doença em 2016 e da incapacidade em 07/05/2019, ou seja, data da perícia, conforme avaliação em exame físico pericial, observando que a inaptidão decorreu provavelmente da doença. Acrescentou que a autora foi operada de melanoma maligno em 2017, tumor de pele com altas possibilidades de metástases, o que só pode ser comprovado pelo rigoroso acompanhamento pós-cirúrgico; foi submetida a dois procedimentos cirúrgicos, evidenciando a necessidade desse acompanhamento. Realizou linfadenectomia axilar direita, em segundo tempo. À parte, à neoplasia maligna, apresentou complicação pós-cirúrgica, com seqüela na movimentação do membro superior direito, após linfadenectomia em axila direita. A critério do Juízo, foi orientada a concessão do benefício auxílio-doença previdenciário por 180 dias a contar da DII.

Colhe-se dos autos e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que a autora esteve filiada ao RGPS desde o ano de 1997, como empregada doméstica, constando último vínculo entre 01.05.2005 a 30.09.2015, gozando do benefício de auxílio-doença no período de 22.12.2017 a 01.05.2018. Requeceu o benefício na via administrativa em 25.09.2018, negado pela autarquia sob fundamento de ausência de incapacidade, ensejando o ajuizamento da ação em dezembro do mesmo ano em referência.

Patente o preenchimento da carência e manutenção de sua qualidade de segurada.

Entendo descabida a argumentação da autarquia quanto à falta de interesse de agir da parte autora.

Com efeito, a prova analisada nos autos demonstra que a autora pautou sua vida laborativa pelo exercício da atividade de empregada doméstica, até ser acometida por neoplasia maligna de pele que acabou por obstar o desempenho de seu trabalho, constando atestado emitido pela Santa Casa de Misericórdia de Araras dando conta de que a autora foi admitida no setor de oncologia em 18.09.2017 para tratamento, com agravamento de seu estado de saúde, consoante relatado pelo perito, posto que submetida a tratamentos cirúrgicos que lhe ocasionaram sequelas, encontrando-se em investigação quanto à possível metástase.

Irreparável, portanto, a r. sentença que lhe concedeu o benefício de auxílio-doença.

Mantido o termo inicial do benefício na data da perícia, devido por ao menos 180 dias a partir de então.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data até a data do presente julgamento, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu.**

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora, **Terezinha de Fatima Bianchini Chagas Bonvechio**, o benefício de auxílio-doença, com **DIB em 07.05.2019**, com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6099944-57.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOSIANE SIQUEIRA
Advogado do(a) APELANTE: PRISCILA ALVES RODRIGUES DURVAL - SP241804-N
Advogado do(a) APELANTE: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
APELADO: JOSIANE SIQUEIRA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: MARIA APARECIDA SILVA FACIOLI - SP142593-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder à autora o benefício de auxílio-doença a partir da data da cessação administrativa (01.04.2017). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora de acordo com os índices estipulados pelo TRF/3ª Região. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Custas "ex lege". Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício, sem cominação de multa.

Não foi noticiada a implantação do benefício.

Em apelação o INSS pede, preliminarmente, a suspensão da tutela antecipada. No mérito, aduz que não foram comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Subsidiariamente, pede a redução dos honorários advocatícios.

A parte autora, por sua vez, pede a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a cessação do auxílio-doença (22.06.2017). Pede, ainda, a majoração dos honorários advocatícios para 15% do valor da condenação.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo as apelações do INSS e da parte autora.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças líquidas.

Da tutela antecipada

Cumpre assinalar que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 19.12.1979, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 30.05.2019, atestou que a autora é portadora de transtorno esquizoafetivo, que lhe traz incapacidade de forma parcial e permanente para o exercício de atividade laborativa, desde 2011, quando da cessação do auxílio-doença. Foi esclarecido que o tratamento pode ser intensificado permitindo sua recolocação.

Destaco que a autora possui vínculos laborais alternados entre abril/2001 e agosto/2014, e recebeu benefício de auxílio-doença de 16.04.2010 a 01.04.2017 (concessão judicial, e cessação em revisão administrativa), tendo sido ajuizada a presente ação em janeiro/2019, quando teria, em tese, ocorrido a perda de qualidade de segurado.

Entretanto, o laudo pericial demonstrou que o demandante já apresentava enfermidade incapacitante para atividade laborativa, quando ainda sustentava a qualidade de segurado, eis que apontou o início da incapacidade em 2011.

Nesse diapasão, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não perde o direito ao benefício do segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. Veja-se a respeito: STJ, RESP 84152, DJ 19/12/02, p. 453, Rel. Min. Hamilton Carvalhido.

Dessa forma, tendo em vista a patologia apresentada pela autora, e a sua restrição para atividade laborativa, bem como sua idade (40 anos) e a possibilidade de reabilitação, não há como se deixar de reconhecer que era inviável o retorno ao exercício de sua atividade habitual, sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

O termo inicial do benefício de auxílio-doença deve ser mantido no dia seguinte à cessação administrativa (02.04.2017), tendo em vista a resposta ao quesito "12" do laudo pericial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Honorários advocatícios fixados em 15% do valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação de sentença.

Diante do exposto, **rejeito a preliminar e no mérito, nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para excluir as custas da condenação, e **dou parcial provimento à apelação da parte autora** para fixar os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas até a data da sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **Josiane Siqueira** benefício de auxílio-doença (DIB 02.04.2017).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5910820-55.2019.4.03.9999

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANTONIO CARLOS RODRIGUES

Advogado do(a) APELADO: DANIEL MARQUES DOS SANTOS - SP264811-N

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de remessa oficial e apelação interpostas em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação previdenciária para reconhecer o exercício de atividade especial no período de 07.03.1999 a 19.11.2003 e condenar o réu a proceder a revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição titularizado pelo autor, a contar da data da citação. As diferenças em atraso deverão ser corrigidas monetariamente e juros de mora, observada a prescrição quinquenal, o disposto no art. 1º-F da Lei 9494/97 e o RE 870.947/SE, aplicando-se as regras do Manual de Cálculos da Justiça Federal. Honorários advocatícios a serem definidos na fase de liquidação do julgado.

Em suas razões de inconformismo, alega o INSS que os PPP's apresentados são nulos de pleno direito, não podendo ser admitidos como prova da exposição ao agente insalubre, uma vez que não foi apresentada procuração do representante legal da empresa ou seu contrato social. Aduz, ademais, que não há no referido documento a figura do responsável técnico pelos registros ambientais para todo o período reconhecido, o que leva à conclusão que determinados períodos foram reconhecidos sem aval de profissional especializado e sem monitoração técnica do ambiente de trabalho por engenheiro ou médico do trabalho capaz de avaliar a insalubridade do ambiente e a quantificação da exposição a agentes agressivos. Afirma, ainda, que o uso de EPIs adequados, neutralizando o agente nocivo, afasta a insalubridade, de modo que os períodos não poderiam ser considerados especiais. Subsidiariamente, roga seja a correção monetária e juros de mora na forma do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Suscita o prequestionamento da matéria ventilada.

Sem contrarrazões, subiram os autos a este Tribunal.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática.

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

Conversão de tempo de serviço especial em comum: ARE 664335 (USO DE EPI. INSALUBRIDADE. RUÍDO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NO PPP. CUSTEIO DA ATIVIDADE ESPECIAL); REsp 1398260/PR (INSALUBRIDADE. LIMITES. RUÍDO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO); REsp 1310034/PR (POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM DE ATIVIDADE EXERCIDA ANTES DA LEI N. 6.887/1980); REsp 1151363/MG (POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS A LEI N. 9.711/1998. FATOR DE CONVERSÃO); REsp 1306113/SC (ELETRICIDADE. INSALUBRIDADE. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DOS AGENTES NOCIVOS PREVISTOS EM REGULAMENTO).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 08.09.1960, titular do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 42/145.449.644-1 - DIB 17.12.2009), o reconhecimento de atividade especial no período de 07.03.1999 a 19.11.2003, com a consequente revisão da renda mensal inicial da referida jubilação.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030 ou CTPS.

Cumpre destacar que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum, exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Saliente-se que a extemporaneidade do laudo técnico/PPP não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei, mormente que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, atualmente previsto no artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso Especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

No caso em tela, o PPP apresentado revela que o autor, ao exercer suas funções profissionais na empresa Tigre Materiais e Soluções para Construção Ltda., esteve exposto a ruídos de intensidade equivalente a 91 decibéis no período de 07.03.1999 a 19.11.2003.

Destarte, devem ser mantidos os termos da sentença que reconheceu como especial o período de 07.03.1999 a 19.11.2003, por exposição a ruído acima do limite legal estabelecido, agente nocivo previsto nos códigos 1.1.6 do Decreto 53.831/64 e 1.1.5 do Decreto 83.080/79, e código 2.0.1., anexo IV, do Decreto 3.048/99.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado e, ao contrário do afirmado pelo INSS, traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF afirmou que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do PPP, no sentido da eficácia do EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também ôssea e outros órgãos.

Destaco, por derradeiro, que o fato de autor ter se afastado do trabalho em razão da percepção de benefício de auxílio-doença em determinados períodos de não elide o direito à contagem com acréscimo de 40%, tendo em vista que exercia atividade especial quando do afastamento do trabalho.

Com efeito, o C. STJ, no julgamento do REsp nº 1.759.098/RS, publicado no DJe em 01.08.2019, submetido ao rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, Recurso Especial Repetitivo, fixou a tese de que o segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença – seja acidentário ou previdenciário – faz jus ao cômputo desse período como especial.

Os efeitos financeiros da revisão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição terão início a partir da citação, ante a ausência de controvérsia.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Mantida a verba honorária fixada na sentença.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial e à apelação do réu**. As diferenças em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja revisado o benefício de **APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NB 42/145.449.644-1 - DIB 17.12.2009**, titularizado pela parte autora ANTONIO CARLOS RODRIGUES, alterando a renda mensal inicial - RMI, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5936304-72.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: NEUSA DE FATIMA MATEUS
Advogado do(a) APELADO: DANIEL MARQUES DOS SANTOS - SP264811-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o INSS a revisar a renda mensal da aposentadoria por tempo de contribuição titularizada pela parte autora, computando-se o acréscimo decorrente da conversão em comum de tempo de serviço especial reconhecido judicialmente, com efeitos financeiros a contar do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o exercício de atividades sob condições insalubres. As diferenças em atraso serão acrescidas de correção monetária a partir dos respectivos vencimentos, pelos mesmos índices de correção dos benefícios, além de juros moratórios legais, contados da citação, observada a prescrição quinquenal. A Autarquia foi condenada, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a data desta sentença, em obediência à Súmula 111 do STJ.

Em suas razões recursais, requer a Autarquia seja reconhecida a decadência do direito da parte autora de pleitear a revisão do benefício de que é titular.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Recebo a apelação do INSS, na forma do artigo 1.011 do CPC de 2015.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

[*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. \(Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016\).*](#)

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta.

Retomando entendimento anterior, tenho que se aplica ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Da decadência.

Não há que se cogitar de decadência no caso em tela.

Com efeito, considerando que no caso em tela a autora objetiva o cômputo de acréscimo decorrente da conversão em comum de tempo de serviço especial reconhecido judicialmente, para fins de revisão da aposentadoria de que é titular, o prazo decadencial deverá ter como marco inicial a data do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o respectivo período não considerado pelo réu no ato da concessão da jubilação originária, o que ocorreu em 30.04.2018.

Do mérito.

Busca a autora a revisão da jubilação de que é titular, mediante o cômputo de acréscimo decorrente da conversão em comum de tempo de serviço especial reconhecido judicialmente.

Compulsando os autos, verifico que a demandante ajuizou ação previdenciária junto ao Juizado Especial de Americana, na qual o INSS foi condenado a reconhecer o labor por ela desempenhado em condições especiais nos intervalos de 07.08.1978 a 15.04.1995 e de 03.10.1995 a 05.05.1999. A decisão do JEF transitou em julgado em 30.04.2018.

Ocorre que a autora se aposentou em 06.03.2006, o benefício calculado sem o cômputo do tempo de serviço reconhecido judicialmente, o que lhe garantiria proventos em montante superior.

Destarte, evidentemente, uma vez reconhecido por sentença o direito ao acréscimo decorrente da conversão em comum de tempo de serviço especial, de rigor o recálculo do benefício de aposentadoria titularizado pela autora.

A revisão da pensão por morte é devida desde a citação (28.11.2018), ante a ausência de controvérsia, não havendo que se cogitar da incidência de prescrição quinquenal.

A correção monetária e os juros de mora serão calculados na forma da legislação de regência.

Ante a ausência de trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, a teor do disposto no artigo 85, § 11, do CPC, fica mantida a verba honorária na forma estabelecida na sentença.

A autarquia previdenciária está isenta de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do art. 24-A da MP 2.180-35/01, e do art. 8º, § 1º da Lei 8.620/92.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **nego provimento à apelação do réu e à remessa oficial, tida por interposta**. As diferenças em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja revisado, **a partir de 28.11.2018** o benefício de **APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NB 42/136.835.894-0 - DIB 06.03.2006**, titularizado pela parte autora **NEUSA DE FATIMA MATEUS**, alterando a renda mensal inicial - RMI, tendo em vista o *caput* do artigo 497 do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6109657-56.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ANA ISABEL DE OLIVEIRA LOPES
Advogado do(a) APELADO: GORETE FERREIRA DE ALMEIDA - SP287848-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a restabelecer à autora o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a sua cessação administrativa (02.05.2018). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, observada a Súmula 111 do STJ. Não houve condenação em custas.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Subsidiariamente, pede a aplicação dos juros e correção monetária na forma da Lei 11.960/09, e a redução dos honorários advocatícios.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças líquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 02.11.1964, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 29.01.2019, atestou que a autora apresenta sinais de sofrimento na coluna vertebral, com redução na capacidade funcional da região lombar, estando incapacitada de forma parcial e permanente para o exercício de atividades que exijam esforço físico excessivo e repetitivo com sobrecarga na coluna vertebral. Apontou que poderia exercer funções leves/moderadas compatíveis com a restrição física apresentada.

Destaco que a autora recebeu benefício de aposentadoria por invalidez de 23.01.2008 a 02.05.2018 (concessão judicial em processo em que foi homologada transação, e cessação em revisão administrativa), com mensalidade de recuperação até 02.11.2019, razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, tendo sido ajuizada a presente ação em setembro/2018.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pela autora revelando sua incapacidade para o labor, bem como sua atividade (trabalhadora rural), e a sua idade (55 anos), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, principalmente levando-se em conta tratar-se de pessoa de pouca instrução que sempre desenvolveu atividade braçal, mesmo concluindo o laudo pela incapacidade parcial, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez deve ser mantido no dia seguinte à sua cessação (02.05.2018), compensados os valores recebidos a título de mensalidade de recuperação.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Em razão do trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data do presente acórdão, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado à parte autora **Ana Isabel de Oliveira Lopes** o benefício de aposentadoria por invalidez (DIB 02.05.2018).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5063876-28.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: GENIVALDO CESAR FERAREZE
Advogado do(a) APELANTE: SILVIA WIZIACK SUEDAN - SP119119-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de remessa oficial e apelação em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação previdenciária apenas para reconhecer e averbar a atividade rural de 01.07.1980 a 30.08.1983, com anotação em CTPS. Pela sucumbência recíproca, cada uma das partes foram condenadas a arcar com 50% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), sobre o valor dado à causa (art. 85, §§ 2º, 3º e 4º, inciso III, NCPC) devidamente atualizado, aplicando a suspensão da exigibilidade do pagamento em relação ao autor, por ser beneficiário da justiça gratuita, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 98, do NCPC. Custas na forma da lei (fls.169/172).

Em suas razões recursais, busca o autor a reforma da sentença alegando, em síntese, que faz jus ao reconhecimento da atividade rural de todo o período de 01.07.1970 a 30.08.1983, registrado em carteira, não considerado pelo INSS. Pede, por fim, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo (fls. 174/179).

Com apresentação de contrarrazões (fls.196/203), vieram os autos a este Tribunal.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo autor.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial

Cumpre ressaltar que, tendo a sentença se limitado a averbar o exercício de atividade rural, não há que se falar em remessa oficial, tendo em vista a inexistência de condenação pecuniária em desfavor da Autarquia.

Do mérito

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 12.03.1960 (fls.11), o reconhecimento da atividade rural do período de 01.07.1970 a 30.08.1983, anotado em CTPS. Consequentemente, requer a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo (04.07.2016, fls.16 e 160).

Da análise da documentação acostada aos autos, o INSS não reconheceu o período de 01 de julho de 1970 a 30 de agosto de 1983 anotado na CTPS, por ter sido realizado em data retroativa à expedição do referido documento.

Resta, pois, incontroverso o intervalo de atividade rural de **01.07.1980 a 30.08.1983**, acolhidos pela r. sentença, dada a ausência de recurso do réu e de reexame necessário da matéria.

Destaco, ainda, que as anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, a qual não deve ser afastada pelo simples fato de não estarem reproduzidas no CNIS. Nesse sentido a orientação pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. n. 263.425- SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, unânime, DJU de 17.09.2001.

Quanto ao vínculo, controvertido, em carteira no período de 01.07.1970 a 30.06.1980, na função de trabalhador braçal, anotada extemporaneamente (emissão em 06.09.1978, fls.22/24), verifica-se que o INSS logrou êxito em demonstrar a rasura na data de início do labor prestado à Maurílio Polizelli e Outros (Fazenda Nata de Olímpia), devendo ser observado que em 1970 possuía o autor apenas 10 anos de idade, sendo que o próprio segurado apresentou, administrativamente, cópias do respectivo livro de registro de empregados em que consta sua admissão em 01.07.1980, ou seja, quando tinha 20 (vinte) anos de idade, na referida empresa rural (fls.109/116), posterior à expedição da carteira de trabalho. Considerando tais fatos deve ser afastado tal período da anotação em carteira dada a irregularidade.

Por outro lado, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, in verbis:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Todavia, o autor apresentou Certificado de Dispensa de Incorporação, qualificando-o como lavrador (1979, fls.20/21), constituindo tal documento início de prova material do seu labor rural. Apresentou, também, cópia do Livro de Registro de Emprego (com termo de abertura e encerramento, fls.109/116), constando a profissão de trabalhador braçal, no período de 01.07.1980 a 30.08.1983, na fazenda Nata de Olímpia, confirmando o histórico profissional do autor no meio rural, constituindo tal documento prova plena com relação ao período ali anotado e início de prova material de atividade rural que pretende comprovar. Nesse sentido colaciono o seguinte julgado (TRF - 1ª Região, 1ª Turma; AC - 01000167217, PI/199901000167217; Relator: Desemb. Aloísio Palmeira Lima; v.u., j. em 18/05/1999, DJ 31/07/2000, Pág. 23).

Por outro lado, os depoimentos testemunhais afirmaram que conheceram o autor desde criança, sempre trabalhando no meio rural, com os pais, no cultivo de café, na fazenda Natã, tendo tal atividade perdurado até laborar na cidade em 1983.

Conforme entendimento desta 10ª Turma é possível a averbação de atividade rural, a partir dos doze anos de idade, uma vez que a Constituição da República de 1967, no artigo 158, inciso X, passou a admitir ter o menor de 12 anos aptidão física para o trabalho braçal.

A orientação colegiada é pacífica no sentido de que razoável início de prova material não se confunde com prova plena, ou seja, constitui indício que deve ser complementado pela prova testemunhal quanto à totalidade do interregno que se pretende ver reconhecido. (TRF - 1ª Região, 2ª Turma; AC 01292444, proc. 199501292444/MG; Relatora: Desemb. Assusete Magalhães; v.u., j. em 07/08/2001, DJ 28/08/2001, Pág 203).

Assim, resta comprovado o exercício de atividade rural do autor de **12.03.1972**, quando tinha 12 anos de idade, até **30.06.1980**, na fazenda Natan de Olímpia, devendo ser procedida a contagem de tempo de serviço cumprido no citado interregno, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91.

Ressalte-se que o período rural anotado em CTPS/livro de registro de empregado (01.07.1980 a 30.08.1983), constitui prova material plena a demonstrar que ele efetivamente manteve vínculo empregatício, devendo ser reconhecido para todos os fins, inclusive para efeito de carência, independentemente da comprovação dos recolhimentos das contribuições previdenciárias, pois tal ônus compete ao empregador.

O artigo 9º da E.C. nº 20/98 estabelece o cumprimento de novos requisitos para a obtenção de aposentadoria por tempo de serviço ao segurado sujeito ao atual sistema previdenciário, vigente após 16.12.1998, quais sejam: caso opte pela aposentadoria proporcional, idade mínima de 53 anos e 30 anos de contribuição, se homem, e 48 anos de idade e 25 anos de contribuição, se mulher, e, ainda, um período adicional de 40% sobre o tempo faltante quando da data da publicação desta Emenda, o que ficou conhecido como "pedágio".

Assim, somado ao período rural aqui reconhecido aos demais intervalos incontroversos, o autor totalizou **21 anos, 10 meses e 24 dias de tempo de serviço até 16.12.1998 e 33 anos, 2 meses e 27 dias de tempo de serviço até 04.07.2016**, data do requerimento administrativo, conforme contagem efetuada em planilha.

Ressalta-se que houve o reconhecimento administrativo de que o autor perfaz 21 anos, 9 meses e 8 dias de tempo de contribuição, sendo suficientes ao cumprimento da carência prevista no art. 142, da Lei nº 8.213/91, restando, pois, incontroverso (fls.104/106).

Tendo o autor nascido em 12.03.1961, contando com 56 anos e 3 meses de idade à época do requerimento administrativo (04.07.2016) e cumprido o pedágio preconizado pela E.C. 20/98, faz jus à aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, devendo ser observado no cálculo do valor do benefício o disposto no art. 29, inciso I, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

O termo inicial da concessão do benefício deve ser fixado na data do requerimento administrativo (04.07.2016, fl.16, 160), momento em que o autor já havia implementado todos os requisitos necessários à jubilação, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido. Não há que se falar em prescrição quinquenal, vez que o ajuizamento da ação deu-se em 16.07.2018.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% do valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **não conheço da remessa oficial e dou parcial provimento à apelação do autor para julgar parcialmente procedente o pedido**, a fim de reconhecer o exercício de atividade rural o período de 12.03.1972 a 30.06.1980, sem CTPS, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, que somados aos incontroversos judicial (01.07.1980 a 30.08.1983) e administrativamente, totalizou 21 anos, 10 meses e 24 dias de tempo de serviço até 16.12.1998 e 33 anos, 2 meses e 27 dias de tempo de serviço até 04.07.2016. Consequentemente, condeno o réu a conceder ao autor o benefício de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, em 04.07.2016, data do requerimento administrativo, calculado nos termos do art.29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99. Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença. As verbas acessórias deverão ser aplicadas na forma explicitada. As parcelas em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença.

Determino que, independentemente do trânsito em julgado, **comunique-se ao INSS (Gerência Executiva)**, a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **GENIVALDO CESAR FERAREZE** o benefício de **APOSENTADORIA PROPORCIONAL POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO**, com data de início - **DIB em 04.07.2016**, com renda mensal inicial - RMI a ser calculada pelo INSS, tendo em vista o "caput" do artigo 497 do Novo CPC. As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intime-m-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5180991-36.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: MOISES PINHEIRO
Advogado do(a) APELANTE: ELIANE SILVA BARBOSA MIRANDA - SP265644-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para reconhecer o período de atividade urbana registrado em CTPS, de 01.02.1986 a 28.01.1987, julgando improcedentes os pedidos de reconhecimento de atividade rural sem registro em CTPS e de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Diante da sucumbência recíproca, as partes deverão arcar com as custas, despesas processuais e honorários da parte adversa, fixados no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observada a gratuidade judiciária concedida ao autor.

Em sua apelação, busca o autor a reforma da sentença alegando, em síntese, que restou comprovado, por início razoável de prova material, corroborado pela prova testemunhal, o exercício de atividade rural sem registro em CTPS no período de 15.11.1972 ao início do ano de 1985, fazendo jus à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo (11.03.2016).

Semas contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Por meio da petição Id. n. 135677352, o autor requer seja acrescido, se necessário, o período laborado no curso da ação, com a reafirmação da DER, aplicando-se o artigo 493 do CPC, visto que continuou trabalhando após o requerimento administrativo.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo a apelação interposta pelo autor.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 15.11.1960, o reconhecimento de atividade rural sem registro em CTPS no período de 15.11.1972 até o início de 1985, bem como o período de atividade urbana registrado em CTPS, de 01.02.1986 a 28.01.1987, e, em consequência, a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo efetuado em 11.03.2016.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, para comprovar a atividade rural, o autor apresentou: (i) certificado de dispensa de incorporação emitido em 26.08.1980, em que fora qualificado como *lavrador*; (ii) certidão de casamento dos genitores e certidão de óbito do genitor (1989), nas quais o genitor fora qualificado como *lavrador*; e (iii) escritura de cessão de direitos possessórios de imóvel rural em nome do genitor (1979). Tais documentos constituem início razoável de prova material de seu labor agrícola.

Por seu turno, a testemunha ouvida em Juízo corroborou o quanto alegado. O depoente afirmou que conhece o autor do sítio e da roça, onde morava desde 1972, e se recorda porque eram vizinhos e passava em frente ao sítio onde o pai do autor cultivava. Disse que não se recorda com precisão quantos anos tinha na época, mas se recorda com perfeição a data em que o autor laborava. Descreveu que na roça o autor preparava a terra limpando-a, depois plantava a cultivava a planta, e ao final colhia, juntamente com o pai e o irmão. Depois o autor trabalhou no Condomínio Arujazinho, no ano de 1986.

Conforme entendimento desta 10ª Turma é possível a averbação de atividade rural, a partir dos doze anos de idade, uma vez que a Constituição da República de 1967, no artigo 158, inciso X, passou a admitir ter o menor com 12 anos aptidão física para o trabalho braçal.

A orientação colegiada é pacífica no sentido de que razoável início de prova material não se confunde com prova plena, ou seja, constitui indicio que deve ser complementado pela prova testemunhal quanto à totalidade do interregno que se pretende ver reconhecido.

Dessa forma, ante o conjunto probatório, tenho que deve ser reconhecido o labor do autor na condição de ruralista, sem registro em CTPS, no período de **15.11.1972** (12 anos de idade) a **17.03.1985** (anterior ao primeiro registro em CTPS), devendo ser procedida à contagem de tempo de serviço cumprido nos citados interregnos, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias, exceto para efeito de carência, nos termos do art. 55, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91.

Somados o período de atividade rural ora reconhecido aos demais períodos incontroversos, o autor totaliza **20 anos e 09 meses de tempo de serviço até 15.12.1998 e 37 anos, 11 meses e 25 dias de tempo de serviço** até a data do requerimento administrativo, em 11.03.2016, conforme planilha elaborada, parte integrante da presente decisão.

Destaco que o autor conta com 314 contribuições previdenciárias, suficientes ao cumprimento da carência.

Insta ressaltar que o art. 201, §7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquele que completou 35 anos de tempo de serviço.

Dessa forma, o autor faz jus à aposentadoria integral por tempo de contribuição, calculado nos termos do art. 29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99, tendo em vista que cumpriu os requisitos necessários à jubilação após o advento da E.C. nº 20/98 e Lei 9.876/99.

O termo inicial do benefício deve ser fixado a partir da data do requerimento administrativo (11.03.2016), em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da sentença, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As parcelas em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), porém devem reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, **nos termos do artigo 932 do CPC, dou provimento à apelação do autor**, para reconhecer o período de atividade rural sem registro em CTPS de 15.11.1972 a 17.03.1985, totalizando 20 anos e 09 meses de tempo de serviço até 15.12.1998 e 37 anos, 11 meses e 25 dias de tempo de serviço até a data do requerimento administrativo, em 11.03.2016, e, em consequência, condenar o réu a conceder-lhe o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo.

Determino que independentemente do trânsito em julgado, comunique-se ao INSS (Gerência Executiva), a fim de serem adotadas as providências cabíveis para que seja implantado a parte autora **MOISÉS PINHEIRO**, o benefício de **APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO INTEGRAL**, com data de início - **DIB em 11.03.2016**, com renda mensal inicial a ser calculada pelo INSS, nos termos do artigo 497, *caput*, do CPC.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intímem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6177611-22.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LAERCIO FLORENTINO DE SOUZA
Advogado do(a) APELADO: ANTONIO MARIO DE TOLEDO - SP47319-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária para condenar o réu a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria rural por idade, com termo inicial na data do requerimento administrativo (17.01.2019). As prestações vencidas deverão ser corrigidas monetariamente, bem como acrescidas de juros de mora nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Concedida a tutela de urgência, para a implantação imediata do benefício.

Em suas razões de inconformismo recursal, busca o réu a reforma do julgado, alegando que o autor não logrou êxito em comprovar o exercício de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento. Aduz, ademais, que as anotações em CTPS não fazem prova absoluta dos vínculos empregatícios, quando não há prova do recolhimento das contribuições previdenciárias.

Com a apresentação de contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Conforme consulta aos dados do CNIS, o benefício foi implantado.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: *A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.*

Do mérito

O autor, nascido em 10.03.1957, completou 60 (sessenta) anos de idade em 10.03.2017, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpra esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma: (TRF3. Décima Turma. AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079).

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, observa-se que o autor apresentou sua Carteira Profissional - CTPS, com anotações de vínculos de emprego de natureza rural no período compreendido entre os anos de 2000 e 2018.

Verifica-se, ainda, pelos dados do CNIS, que possui diversos registros de emprego de natureza rural, intercalados, desde o ano de 1977.

Saliente que os períodos registrados em CTPS do requerente constituem prova material plena acerca dos referidos vínculos empregatícios, devendo ser reconhecidos para todos os fins, independentemente da comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias, pois tal ônus compete ao empregador. Destaco, ainda, que as anotações em CTPS gozam de presunção legal de veracidade *juris tantum*, a qual não deve ser afastada pelo simples fato de não estarem reproduzidas no CNIS.

Nesse sentido, a orientação pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EMPREGADO RURAL. CTPS. PROVA. CARÊNCIA. EXIGIBILIDADE.

I - O obreiro enquadrado como empregado rural, comprovado em CTPS, conforme art. 16, do Decreto 2.172/97, e preenchendo os requisitos legais, tem direito a aposentadoria por tempo de serviço.

II - Não há falar-se em carência ou contribuição, vez que a obrigação de recolher as contribuições junto ao INSS é do empregador.

III - Recurso não conhecido.

(Resp. n. 263.425-SP, 5ª Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, unânime, DJU de 17.09.2001)

Da análise da CTPS do autor, em cotejo com os dados constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, constata-se que o demandante perfazia um total de 203 (duzentas e três) contribuições mensais até a data do requerimento administrativo do benefício, em 17.01.2019, conforme planilha em anexo, parte integrante da presente decisão, de modo a preencher a carência exigida pelos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, fazendo, consequentemente, jus ao benefício de aposentadoria rural por idade.

Sendo assim, tendo o autor completado 60 anos em 10.03.2017, bem como comprovado o exercício de atividade rural quando do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade, em valor a ser calculado pela autarquia.

O termo inicial do benefício deve ser mantido a partir da data do requerimento administrativo, em 17.01.2019, em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) deverão incidir até a data da presente decisão, em conformidade com entendimento desta Décima Turma.

As prestações em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença, compensando-se as parcelas adimplidas por força da tutela antecipada.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, nego provimento à apelação do réu e à remessa oficial tida por interposta.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intím-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6198718-25.2019.4.03.9999

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

APELANTE: ADAIR RODRIGUES LOPES

Advogados do(a) APELANTE: GUSTAVO MARTIN TEIXEIRA PINTO - SP206949-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N, FABIO ROBERTO PIOZZI - SP167526-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária que objetivava a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, sob o fundamento de que a parte autora não comprovou o exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento, por tempo suficiente ao cumprimento da carência, sendo inadmissível a prova exclusivamente testemunhal. Condenada a demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, observando-se a gratuidade judiciária de que é beneficiária.

Objetiva a parte autora a reforma da sentença alegando, em síntese, que foi trazido aos autos início de prova material, bem como prova testemunhal, comprovando assim os requisitos exigidos pelos artigos 142 e 143 da Lei nº 8.213/91 para a percepção do benefício almejado.

Semas contrarrazões do réu, vieram os autos a esta E. Corte.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pela autora.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

A autora, nascida em 17.01.1952, completou 55 (sessenta) anos de idade em 17.01.2017, devendo comprovar 15 anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, verifica-se a inexistência de qualquer documento que possa ser considerado como início de prova material da atividade rural desenvolvida pela autora, tendo em vista que a certidão de casamento trazida aos autos não informa sua profissão.

Ademais, verifica-se pelos dados do CNIS, que o marido da autora conta com diversos registros de atividade urbana.

Assim, no que tange ao pedido de reconhecimento de atividade rural, é de se reconhecer que não foi apresentado documento indispensável ao ajuizamento da ação, ou seja, início de prova material do período imediatamente anterior ao implemento do requisito etário, restando inócua a análise da prova testemunhal colhida em juízo.

Como o § 3º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 versa sobre matéria probatória, penso ser processual a natureza do aludido dispositivo legal, razão pela qual nos fatos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço a ausência nos autos do respectivo início de prova material constitui um impedimento para o desenvolvimento regular do processo, caracterizando-se, consequentemente, essa ausência, como um pressuposto processual, ou um suposto processual, como prefere denominar o sempre brilhante Professor Celso Neves. Observo que a finalidade do § 3º do art. 55 da Lei n. 8.213/91 e da Súmula 149 do E. STJ é evitar a averbação de tempo de serviço inexistente, resultante de procedimentos administrativos ou judiciais promovidos por pessoas que não exerceram atividade laborativa.

Verifica-se, pois, que a finalidade do legislador e da jurisprudência ao afastar a prova exclusivamente testemunhal não foi criar dificuldades inúteis para a comprovação do tempo de serviço urbano ou rural e encontra respaldo na segunda parte do art. 400 do CPC de 1973, atual artigo 443 do Novo CPC.

Dessa forma, a interpretação teleológica dos dispositivos legais que versam sobre a questão em exame leva à conclusão que a ausência nos autos de documento tido por início de prova material é causa de extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 485, IV, do Novo CPC, pois o art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91 e a Súmula 149 do E. STJ, ao vedarem a prova exclusivamente testemunhal em tais casos, criaram um óbice de procedibilidade nos processos que envolvam o reconhecimento de tempo de serviço, que a rigor acarretaria o indeferimento da inicial, nos termos dos arts. 320 e 321 do atual CPC.

Conclui-se, portanto, que, no caso dos autos, carece a parte autora de comprovação material sobre o exercício de atividade rural por ela desempenhado (art. 39, I, da Lei nº 8.213/91), restando prejudicada a apreciação do pedido de aposentadoria rural por idade.

Nesse sentido, o julgamento proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.352.721/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Representativo de Controvérsia, em 16.12.2015, *in verbis*:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO Nº. 8/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. AUSÊNCIA DE PROVA MATERIAL APTA A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL. CARÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, DE MODO QUE A AÇÃO PODE SER REPROPOSTA, DISPONDO A PARTE DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA COMPROVAR O SEU DIREITO. RECURSO ESPECIAL DO INSS DESPROVIDO.

1. Tradicionalmente, o Direito Previdenciário se vale da processualística civil para regular os seus procedimentos, entretanto, não se deve perder de vista as peculiaridades das demandas previdenciárias, que justificam a flexibilização da rígida metodologia civilista, levando-se em conta os cânones constitucionais atinentes à Seguridade Social, que tem como base o contexto social adverso em que se inserem os que buscam judicialmente os benefícios previdenciários.

2. As normas previdenciárias devem ser interpretadas de modo a favorecer os valores morais da Constituição Federal/1988, que prima pela proteção do Trabalhador Segurado da Previdência Social, motivo pelo qual os pleitos previdenciários devem ser julgados no sentido de amparar a parte hipossuficiente e que, por esse motivo, possui proteção legal que lhe garante a flexibilização dos rígidos institutos processuais. Assim, deve-se procurar encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime do caráter social da Carta Magna, a fim de que as normas processuais não venham a obstar a concretude do direito fundamental à prestação previdenciária a que faz jus o segurado.

3. Assim como ocorre no Direito Sancionador, em que se afastam as regras da processualística civil em razão do especial garantismo conferido por suas normas ao indivíduo, deve-se dar prioridade ao princípio da busca da verdade real, diante do interesse social que envolve essas demandas.

4. A concessão de benefício devido ao trabalhador rural configura direito subjetivo individual garantido constitucionalmente, tendo a CF/88 dado primazia à função social do RGPS ao erigir como direito fundamental de segunda geração o acesso à Previdência do Regime Geral; sendo certo que o trabalhador rural, durante o período de transição, encontra-se constitucionalmente dispensado do recolhimento das contribuições, visando à universalidade da cobertura previdenciária e a inclusão de contingentes desassistidos por meio de distribuição de renda pela via da assistência social.

5. A ausência de conteúdo probatório eficaz, a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo a sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 267, IV do CPC) e a consequente possibilidade de o autor intentar novamente a ação (art. 268 do CPC), caso reúna os elementos necessários à tal iniciativa.

6. Recurso Especial do INSS desprovido.

(REsp 1352721/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 28/04/2016)

Fixados os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais), conforme previsto no artigo 85, §§ 4º, III, e 8º, do CPC. A exigibilidade da verba honorária ficará suspensa por 05 (cinco) anos, desde que inalterada a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 98, §3º, do mesmo estatuto processual.

Diante do exposto, declaro, de ofício, extinto o presente feito, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, IV, do Novo Código de Processo Civil, restando prejudicada a apelação da autora.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL (199) Nº 5254235-95.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
PARTE AUTORA: INALDO BEZERRA DA SILVA
Advogado do(a) PARTE AUTORA: DANIEL GALERANI - SP304833-N
PARTE RE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de remessa oficial de sentença pela qual foi julgado procedente o pedido realizado em ação previdenciária, condenando o INSS a conceder ao autor o benefício da aposentadoria rural por idade, no valor de 1 (um) salário mínimo, a partir do requerimento administrativo (27.08.2018). Sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo INPC e juros de mora, conforme a Lei nº 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a sentença. Foi concedida tutela determinando a imediata implantação do benefício.

O benefício foi implantado pelo réu (fl. 131).

Após breve relatório, passo a decidir.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 1348633/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL; REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

O autor, nascido em 23.08.1957, completou 60 anos de idade em 23.08.2017, devendo comprovar 15 anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma, no julgamento da AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079.

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boia-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços. Nesse sentido: AC 837138/SP; TRF3, 9ª Turma; Rel. Es. Fed. Marisa Santos; j. DJ 02.10.2003, p. 235.

Quanto à comprovação da atividade rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em apreço, o autor trouxe aos autos cópia de sua CTPS, por meio da qual se verifica diversos registros como rural, em períodos alternados, entre 1985 e 2018, o que constitui prova material plena do seu labor rural no período a que se refere, e início de prova material do seu histórico camponês.

De outra parte, as testemunhas ouvidas em juízo foram unânimas no sentido de que conhecem o autor há 30 anos, e que ele sempre trabalhou na roça, na Cooperativa e na Bombada, colhendo laranja e limão.

Dessa forma, havendo prova plena e início razoável de prova material corroborado por prova testemunhal idônea, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido.

Assim sendo, tendo o autor completado 60 anos de idade em 23.08.2018, bem como comprovado o exercício de atividade rural ao tempo do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade.

Mantenho o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (27.08.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido, devendo ser compensadas as parcelas recebidas a título de antecipação de tutela.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Os honorários advocatícios devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão compensadas em liquidação de sentença.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 902 do CPC, **nego provimento à remessa oficial.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002699-13.2017.4.03.6126
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JEOVA VICENTE DE LACERDA
Advogado do(a) APELADO: EDIMAR HIDALGO RUIZ - SP206941-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou procedente pedido formulado em ação previdenciária, para condenar o INSS a pagar ao autor os valores atrasados (período de 12.03.2015 a 03.12.2015), referentes a benefício de aposentadoria especial que lhe foi deferido em sede de mandado de segurança. As diferenças deverão ser corrigidas na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor do proveito econômico obtido, a ser pago 50% pelo réu e 50% pelo autor, nos termos do artigo 85, § 2.º, do Código de Processo Civil. Custas *ex lege*.

Em suas razões recursais, alega a Autarquia que, no caso em tela, não resta demonstrado o interesse processual, visto que não houve comprovação de que o autor pleiteou administrativamente o pagamento das prestações atrasadas do benefício que lhe foi concedido em sede de mandado de segurança. Requer, dessa forma, a extinção do feito, sem resolução do mérito. Subsidiariamente, pleiteia sejam a correção monetária e os juros de mora calculados nos termos da Lei nº 11.960/2009.

Empetição, autor concordou com a aplicação da TR como índice de correção monetária, assim como com os juros de mora apresentados pelo INSS

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o breve relatório. Decido.

Recebo a apelação do INSS, na forma do artigo 1.011 do CPC de 2015.

Da decisão monocrática.

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta.

Retomando entendimento anterior, tenho que se aplica ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Da preliminar.

Tendo em vista que, com a presente demanda, visa o autor tão-somente o pagamento de valores atrasados do benefício já concedido nos autos de mandado de segurança anteriormente impetrado, afigura-se plenamente cabível o ajuizamento de ação ordinária independentemente de prévio requerimento administrativo, não havendo que se falar em ausência de interesse de agir. Nesse sentido, o seguinte precedente do TRF da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA PARA COBRANÇA DE PRESTAÇÕES ANTERIORES À IMPETRAÇÃO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. DIREITO ASSEGURADO NO TÍTULO TRANSITADO EM JULGADO. CONSECTÁRIOS LEGAIS.

1. Além de a autarquia previdenciária, no caso concreto, ter apresentado defesa de mérito, resistindo ao pedido inicial, não se vislumbra necessidade de prévio requerimento administrativo para o fim almejado pelo segurado, justamente porque pleiteia ele somente o pagamento dos valores atrasados do benefício já concedido nos autos de mandado de segurança anteriormente impetrado, este sim precedido do mencionado requerimento administrativo.

(...)

(AC 2006.38.00.021445-7/MG, Rel. JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA, e-DJF1 DATA:18.08.2017)

Do mérito.

Compulsando os autos, verifica-se que o autor obteve, em sede de mandado de segurança com decisão transitada em julgado, a concessão do benefício de aposentadoria especial desde a data do requerimento administrativo, formulado em 12.03.2015. Os proventos passaram a ser pagos pelo INSS em julho de 2017, retroativamente à data da impetração do writ (02.12.2015) consoante se depreende dos documentos acostados aos autos.

É pacífico o entendimento no sentido de que o mandado de segurança não é a via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271 do STF, *in verbis*:

Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria.

Na mesma linha, a Súmula 269 da Suprema Corte, determina que *o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.*

Portanto, legítima a pretensão do autor, em ação de cobrança regularmente instruída, em perceber as diferenças do benefício não abrangidas pelo mandado de segurança.

Mantida a verba honorária na forma estabelecida na sentença.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, **rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, tida por interposta.** Os valores em atraso serão resolvidos em liquidação de sentença.

Decorrido o prazo recursal, remetam-se os autos ao Juízo de origem.

Intímem-se.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6087259-18.2019.4.03.9999

RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: ADILSA EFIGENIA DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: JOELMA ROCHA FERREIRA GALVAO - SP168179-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado improcedente o pedido em ação previdenciária objetivando o restabelecimento do benefício de auxílio-doença ou concessão de aposentadoria por invalidez. A parte autora foi condenada ao pagamento de despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00, observando-se, contudo, os benefícios da Justiça Gratuita. Determinada a revogação da tutela antecipada anteriormente concedida.

Foi informado pelo INSS que não houve implantação do benefício.

Em apelação, a parte autora alega que foram comprovados os requisitos para a concessão de um dos benefícios em comento.

Sem contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 14.09.1958, estão previstos nos arts. 42 e 59, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 14.01.2019, revela que a autora apresenta bursite e tendinite em ombros, que lhe trazem incapacidade de forma parcial e temporária para o exercício de atividade laborativa, estimando um prazo de 6 meses para recuperação.

Informou, ainda, que a demandante apresenta mal no cotovelo como seqüela de fratura, que lhe traria incapacidade de forma parcial e permanente. Porém, incabível a concessão de auxílio-doença, tendo em vista que não apresentava vínculo laboral, apenas recolhimentos como contribuinte individual.

Destaco que a autora possui vínculos laborais alternados entre maio/1977 e janeiro/1980, e de março/1989 e agosto/1989, e recolhimentos de julho/2000 a fevereiro/2003, de fevereiro/2008 a abril/2008 e de junho/2008 a setembro/2008, e recebeu benefício de auxílio-doença de 23.01.2006 a 18.05.2018 (concessão judicial revista administrativamente), razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, tendo sido ajuizada a presente ação em outubro/2018.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pela autora, e a sua restrição para atividade laborativa, bem como a possibilidade de reabilitação, não há como se deixar de reconhecer que é inviável o retorno, por ora, ao exercício de sua atividade habitual, sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do laudo pericial (14.01.2019), eis que não foi esclarecida eventual data de início da incapacidade, e tendo em vista que a citação foi realizada posteriormente, incidindo até seis meses a partir do laudo pericial (ou seja, até 14.07.2019).

Os juros de mora de mora e a correção monetária deverão ser calculados pela lei de regência.

Fixo a verba honorária em 15% do valor das prestações vencidas entre o termo inicial e final do benefício, de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação da autora** para julgar parcialmente procedente o pedido e condenar o réu a lhe conceder o benefício de auxílio-doença no período de 14.01.2019 a 14.07.2019. Honorários advocatícios fixados em 15% do valor das prestações vencidas no período de concessão do benefício.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6148329-36.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CLAUDINEIA APARECIDA MARQUES
Advogado do(a) APELADO: RICARDO PERUSSINI VIANA - SP365638-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença interposta pelo réu em face de sentença que julgou procedente o pedido da parte autora em ação objetivando o restabelecimento de benefício de auxílio-doença, em razão de doença ocupacional (petição inicial e laudo pericial) e portanto equiparada a acidente de trabalho, cuja competência para conhecer e julgar refoge à Justiça Federal, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(grifei)

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão:

A propósito, trago à colação a jurisprudência que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ FEDERAL E ESTADUAL. REVISIONAL DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF/88. SÚMULA N.º 15 DO STJ. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA CÍVEL DE NOVO HAMBURGO/RS.

1. As causas decorrentes de acidente de trabalho, assim como as ações revisionais de benefício, competem à Justiça Estadual Comum. Precedentes desta Corte.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 3ª Seção; AGRCC 30902; Relatora Min Laurita Vaz; DJU de 22/04/2003, pág. 194).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

A doença profissional e a doença do trabalho estão compreendidas no conceito de acidente de trabalho (Lei nº 8.213, artigo 20) e, nesses casos, a competência para o julgamento da lide tem sido reconhecida em favor da justiça estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Guarulhos/SP, suscitado.

(STJ; CC 36109; 2ª Seção; Relator Ministro Castro Filho; DJU de 03/02/2003, pág. 261)

Transcrevo ainda, julgado da Excelsa Corte, através do qual se dirimiu eventuais discussões acerca do tema:

COMPETÊNCIA - REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO - JUSTIÇA COMUM.

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que ao deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF; 1ª T; RE nº 351528/SP; Relator Min. Moreira Alves; DJU de 31/10/2002, pág. 032).

Diante do exposto, com fulcro no art. 932 do CPC, **determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** para apreciação da matéria, dando-se baixa na Distribuição, **restando prejudicado o julgamento da apelação do réu.**

Int.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6161349-94.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: LUIZA DE FATIMA DIAS DE JESUS
Advogado do(a) APELADO: LUIS ROBERTO MONFRIN - SP228693-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação previdenciária para condenar o réu a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria rural por idade, com termo inicial na data do requerimento administrativo (12.04.2018). As prestações vencidas deverão ser corrigidas monetariamente, bem como acrescidas de juros de mora nos termos da Lei n. 11.960/09. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. Concedida a tutela de urgência, para a implantação imediata do benefício.

Em suas razões de inconformismo recursal, busca o réu a reforma do julgado, requerendo, preliminarmente, a suspensão da tutela de urgência deferida, diante da irreversibilidade do provimento. Quanto ao mérito, aduz, em síntese, que a autora não logrou êxito em comprovar o exercício de atividade rural em período imediatamente anterior ao requerimento. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de cálculo de correção monetária e juros de mora previstos na Lei n. 11.960/09.

Com a apresentação de contrarrazões, vieram os autos a este Tribunal.

Conforme consulta aos dados do CNIS, o benefício foi implantado.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do artigo 1.011 do CPC/2015, recebo a apelação interposta pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

RESP 134863/SP (POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO PERÍODO DE TRABALHO MAIS ANTIGO, DESDE QUE AMPARADO POR CONVINCENTE PROVA TESTEMUNHAL, COLHIDA SOB CONTRADITÓRIO); RESP 1354908/SP (ATIVIDADE RURAL DEVE SER COMPROVADA NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO); SÚMULA 149 DO STJ (VEDAÇÃO DE PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL); REsp 1321493/PR (A APRESENTAÇÃO DE PROVA MATERIAL SOMENTE SOBRE PARTE DO LAPSO TEMPORAL PRETENDIDO NÃO IMPLICA VIOLAÇÃO DA SÚMULA 149/STJ, CUJA APLICAÇÃO É MITIGADA SE A REDUZIDA PROVA MATERIAL FOR COMPLEMENTADA POR IDÔNEA E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: *A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.*

Da preliminar

Cumpre assinalar que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

Do mérito

A autora, nascida em 11.04.1963, completou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade em 11.04.2018, devendo comprovar 15 (quinze) anos de atividade rural, nos termos dos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, para a obtenção do benefício em epígrafe.

Cumpre esclarecer que, do entendimento combinado dos artigos 2º e 3º da Lei 11.718/08, infere-se que não há estabelecimento de prazo decadencial para a hipótese de aposentadoria rural por idade após 31.12.2010, mas tão somente o estabelecimento de regras específicas a serem aplicadas para a comprovação de atividade rural após este prazo. Nesse sentido, já decidiu a C. Décima Turma: (TRF3. Décima Turma. AC 0019725-43.2011.4.03.9999. Rel. Des. Fed. Baptista Pereira. J. 04.10.2011. DJE 13.10.2011, p. 2079).

Por sua vez, de acordo com o estabelecido no art. 3º da Lei 11.718/08, a partir de 01.01.2011 há necessidade de recolhimento das contribuições previdenciárias, uma vez que o período de 15 anos a que se refere o artigo 143 da Lei nº 8.213/91 exauriu-se em 31.12.2010, conforme disposto no artigo 2º da Lei nº 11.718/08, que assim dispõe:

"Art. 2º. Para o trabalhador rural empregado, o prazo previsto no art. 143 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fica prorrogado até o dia 31 de dezembro de 2010."

Entretanto, cabe destacar que, em face do caráter protetivo social de que se reveste a Previdência Social, não se pode exigir do trabalhador camponês o recolhimento de contribuições previdenciárias, quando é de notório conhecimento a informalidade em que suas atividades são desenvolvidas, cumprindo aqui dizer que dentro dessa informalidade se verifica uma pseudo-subordinação, uma vez que a contratação acontece ou diretamente pelo produtor rural ou pelos chamados "gatos", seria retirar desta qualquer possibilidade de auferir o benefício conferido em razão do implemento do requisito etário e do cumprimento da carência. Ademais disso, o trabalhador designado "boa-fria" deve ser equiparado ao empregado rural, uma vez que enquadrá-lo na condição de contribuinte individual seria imputar-lhe a responsabilidade contributiva conferida aos empregadores, os quais são responsáveis pelo recolhimento das contribuições daqueles que lhe prestam serviços.

A jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela, observa-se que a autora apresentou Ficha de Registro de Empregado, revelando o labor rural exercido junto à empresa *União São Paulo S.A. Agricultura Indústria e Comércio*, no período de 02.01.1979 a 25.03.1994, ou seja, por mais de quinze anos, encontrando-se tal período reproduzido no CNIS, de modo que constitui prova plena do labor exercido no referido intervalo.

Verifica-se, ainda, pelos dados do CNIS, que possui outros registros de emprego de natureza rural, intercalados, constatando-se que a demandante perfazia um total de 238 (duzentas e trinta e oito) contribuições mensais até a data do requerimento administrativo do benefício, em 12.04.2018, conforme planilha em anexo, parte integrante da presente decisão, de modo a preencher a carência exigida pelos artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, sendo de rigor se reconhecer seu direito ao benefício de aposentadoria rural por idade.

Ressalto que os recolhimentos previdenciários efetuados pela autora na qualidade de segurado facultativo, no período de 2013 e 2016/2018 não constituem óbice à concessão do benefício pretendido, uma vez que o parágrafo 1º do artigo 25 da Lei n. 8.212/91 prevê a contribuição facultativa do ruralista, observando-se que tais recolhimentos foram efetuados sobre o valor do salário mínimo.

Sendo assim, tendo a autora completado 55 anos em 11.04.2018, bem como comprovado o exercício de atividade rural quando do implemento do requisito etário, por período superior ao legalmente exigido, consoante os artigos 142 e 143 da Lei n. 8.213/91, é de se conceder a aposentadoria rural por idade, em valor a ser calculado pela autarquia.

O termo inicial do benefício deve ser mantido a partir da data do requerimento administrativo, em 12.04.2018, em conformidade com sólido entendimento jurisprudencial.

No que se refere aos critérios de cálculo de correção monetária e juros de mora, não conheço do recurso do réu, tendo em vista a ausência de interesse recursal, uma vez que a sentença determinou seja observada a Lei n. 11.960/09.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) deverão incidir até a data da presente decisão, em conformidade com entendimento desta Décima Turma.

As prestações em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença, compensando-se as parcelas adimplidas por força da tutela antecipada.

Diante do exposto, nos termos do artigo 932 do CPC, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, não conheço de parte do recurso do réu e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intím-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6074933-26.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: EDMILSON RICARDO TANGERINA
Advogado do(a) APELADO: NEIDE MAGALI BORDINI MALAMAN - SP126596-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação interposta pelo réu em face de sentença que julgou procedente o pedido da parte autora para condená-lo a conceder-lhe o benefício de auxílio-doença, a contar da data do requerimento administrativo, devendo perdurar por 6 meses, contados de 04 de fevereiro de 2019, data da perícia. Sobre as prestações vencidas deverá incidir correção monetária consoante INPC e juros de mora, pela cademeta de poupança, desde a citação. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% do valor das prestações vencidas (Súmula nº 111 do STJ). Isento do pagamento de custas e despesas processuais. Concedida a tutela antecipada, determinando-se a imediata implantação do benefício, tendo sido cumprida a decisão pelo réu, constando no CNIS a DCB em 17.12.2019.

O réu recorre, pugrando pela impossibilidade de pagamento de valores atrasados por meio de tutela antecipada e pleiteando o cômputo da correção monetária consoante Lei nº 11.960/09.

Contrarrazões da parte autora.

Após breve relatório, passo a decidir:

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação do réu.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe:

A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Ao autor, nascido em 09.08.1970, foi concedido o benefício de auxílio-doença, que está previsto no art. 59 Lei nº 8.213/91, que dispõe:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 04.02.2019 e complementação, atestam que o autor, atividades profissionais: balconista, monitor e coordenador administrativo é portador de transtorno afetivo bipolar com episódio de hipomania no momento do exame, necessitando de tratamento para estabilização do quadro psiquiátrico. Concluiu estar incapacitado de forma total e temporária para o trabalho. Fixou o início da doença em junho de 2017 e da incapacidade em março de 2018, de acordo com a data dos relatórios médicos apresentados, revelando episódio hipomaniaco, não estabilizado. Sugerido o afastamento pelo prazo de seis meses.

Colhe-se dos autos e dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais, que o autor esteve filiado ao RGPS desde o ano de 1985, contando com vínculos em períodos interpolados, com último registro no período de 01.10.2011 a 06/2017. Gozou do benefício de auxílio-doença no período de 23.06.2017 a 09.03.2018, quando foi cessado, ante o indeferimento do requerimento para prorrogação da benesse efetuado em 23.01.2018, ensejando o ajuizamento da presente ação em 27.11.2018. O benefício foi restabelecido por meio de tutela, constando a DCB em 17.12.2019. Patente o preenchimento da carência e manutenção de sua qualidade de segurado.

Assim, tendo em vista as patologias que acometem o autor, tendo sido constatada a incapacidade para o desempenho de sua atividade laborativa e a possibilidade de sua reabilitação profissional, entendo que se justifica a concessão do benefício de auxílio-doença, tal como deferido.

Mantido o termo inicial do benefício na forma da sentença, ou seja, a contar da data do requerimento administrativo (23.01.2018), devido pelo prazo de seis meses, contados da data da perícia (04.02.2019). Devem ser compensadas, quando da liquidação, as parcelas pagas a título de antecipação de tutela.

No que tange à alegação do réu quanto à impossibilidade de pagamento de parcelas atrasadas por meio da tutela antecipada, esclareço que tal situação não se configura no presente caso, posto que foi determinada a contagem do cabimento benefício pelo prazo de seis meses a partir de fevereiro de 2019, tendo sido proferida a sentença em junho de 2019.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Mantidos, também, os honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), devendo incidir até a data do presente julgamento, tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Diante do exposto, nos termos do art. 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6107127-79.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: GISELE OLIVEIRA MATTIAS DE GODOI
Advogado do(a) APELADO: EDVALDO LUIZ FRANCISCO - SP99148-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelações de sentença pela qual foi julgado procedente pedido de concessão de benefício previdenciário para condenar a autarquia a conceder à autora o benefício de auxílio-acidente, a partir do dia seguinte à cessação administrativa do auxílio-doença. As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária pelo IPCA-E, e acrescidas de juros de mora pela Lei 11.960/09. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, observada a Súmula 111 do STJ. Não houve condenação em custas. Honorários periciais arbitrados em R\$ 600,00.

Consoante se constata dos autos (pedido inicial, laudo pericial), a matéria versada se refere à benefício decorrente de doença ocupacional, cuja competência para conhecer e julgar não é da Justiça Federal, consoante disposto no artigo 109, inciso I, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

(grifei)

Nesse sentido, aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se posicionou, pacificando a matéria, sendo que restou firmada a competência da Justiça Estadual nos casos de ação acidentária, quer seja para a concessão ou revisão:

A propósito, trago à colação a jurisprudência que segue:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ENTRE JUIZ FEDERAL E ESTADUAL. REVISIONAL DE BENEFÍCIO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF/88. SÚMULA N.º 15 DO STJ. COMPETÊNCIA DA 2ª VARA CÍVEL DE NOVO HAMBURGO/RS.

1. As causas decorrentes de acidente de trabalho, assim como as ações revisionais de benefício, competem à Justiça Estadual Comum. Precedentes desta Corte.

2. Agravo regimental desprovido.

(STJ; 3ª Seção; AGRC 30902; Relatora Min Laurita Vaz; DJU de 22/04/2003, pág. 194)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DOENÇA PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

A doença profissional e a doença do trabalho estão compreendidas no conceito de acidente de trabalho (Lei nº 8.213, artigo 20) e, nesses casos, a competência para o julgamento da lide tem sido reconhecida em favor da justiça estadual. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo de Direito da Sétima Vara Cível da Comarca de Guarulhos/SP, suscitado.

(STJ; CC 36109; 2ª Seção; Relator Ministro Castro Filho; DJU de 03/02/2003, pág. 261)

Transcrevo ainda, julgado da Excelsa Corte, através do qual se dirimiu eventuais discussões acerca do tema:

COMPETÊNCIA - REAJUSTE DE BENEFÍCIO ORIUNDO DE ACIDENTE DE TRABALHO - JUSTIÇA COMUM

- Ao julgar o RE 176.532, o Plenário desta Corte reafirmou o entendimento de ambas as Turmas (assim, no RE 169.632, 1ª Turma, e no AGRAG 154.938, 2ª Turma) no sentido de que a competência para julgar as causas de acidente de trabalho por força do disposto na parte final do inciso I do artigo 109 da Constituição, será ela igualmente competente para julgar o pedido de reajuste desse benefício que é objeto de causa que ao deixa de ser relativa a acidente dessa natureza, até porque o acessório segue a sorte do principal. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(STF; 1ª T.; RE nº 351528/SP; Relator Min. Moreira Alves; DJU de 31/10/2002, pág. 032)

Insta ressaltar que, em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004, publicada em 31.12.2004, estes autos devem ser remetidos ao Tribunal de Justiça, vez que o artigo 4º da referida emenda extinguiu os Tribunais de Alçada.

Diante do exposto, **com fulcro no art. 932 do CPC/2015, determino a remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** para apreciação da matéria, dando-se baixa na Distribuição, restando prejudicado o julgamento das apelações do INSS e da parte autora.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5004244-61.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: ROGERIO DA SILVA LOTIERO
Advogados do(a) AGRAVANTE: DIEGO CARNEIRO TEIXEIRA - SP310806-N, MARCO ANTONIO BARBOSA DE OLIVEIRA - SP250484-N
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **ROGERIO DA SILVA LOTIERO** em face de decisão proferida nos autos da ação de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, em que a d. Juíza *a quo* indeferiu a concessão dos benefícios da justiça gratuita ao autor, intimando-o para que recolha as custas processuais.

Objetiva o agravante a reforma de tal decisão alegando, em síntese, que não possui condições de suportar as despesas processuais sem prejuízo próprio e de sua família. Sustenta que a jurisprudência entende que a comprovação do recebimento de valor inferior a 10 (dez) salários mínimos é suficiente para o deferimento da gratuidade da justiça, bem como que a declaração de Insuficiência de recursos é presumidamente verdadeira. Inconformado, requer a suspensão da decisão agravada, e sua posterior reforma.

Não houve concessão de efeito suspensivo.

Devidamente intimado, o réu não apresentou contraminuta.

É o relatório.

Da decisão monocrática.

De início, ressalta-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito.

O presente recurso não merece ser provido.

De início, há que se considerar que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.072, revogou expressamente os artigos 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17 da Lei n. 1.060/50, porque incompatíveis com as disposições sobre a Justiça Gratuita trazidas pelos artigos 98 e 99 do novo diploma processual civil.

Nos termos do parágrafo 2º do art. 99 do CPC, pode o juiz indeferir o pedido, desde que haja fundadas razões, ou seja, diante de outros elementos constantes nos autos indicativos de capacidade econômica, desde que antes determine à parte a comprovação do preenchimento dos pressupostos à sua concessão.

In casu, verifica-se que a DIRPF 2019/2018 (ID 125059219 - Págs. 168/178) evidencia que o demandante é proprietário de dois imóveis residenciais, além de um lote, e dois automóveis, situações essas incompatíveis com o benefício pleiteado.

Assim, os documentos trazidos pelo agravante não são aptos a comprovar a alegada insuficiência de recursos, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada, à míngua de elementos que ensejem sua reforma.

Diante do exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento interposto pelo autor.**

Decorrido “*in albis*” o prazo recursal, arquivem-se os autos.

Intimem-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6104241-10.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
SUCESSOR: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
SUCESSOR: VALDECIR SERGIO DA SILVA
Advogado do(a) SUCESSOR: LUCIENE PILOTTO DO NASCIMENTO - SP204530-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por invalidez, a partir de sua cessação administrativa (24.04.2018), descontados os valores recebidos a título de mensalidade de recuperação. As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora de acordo com o decidido no RE 870.947. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício no prazo de 20 dias, sob pena de multa diária.

Em consulta aos dados do CNIS observa-se a implantação do benefício.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Subsidiariamente, pede que o termo inicial do benefício seja fixado na data da última cessação administrativa, a aplicação dos juros e correção monetária na forma da Lei 11.960/09, a redução dos honorários advocatícios, e o desconto de eventuais remunerações recebidas no mesmo período.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças líquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 19.05.1970, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 14.11.2018, complementado em 24.04.2019, atestou que o autor apresenta discopatia lombar, hipertensão arterial sistêmica e diabetes mellitus, que lhe trazem incapacidade de forma total e permanente para o exercício de atividade laborativa habitual como tratorista, bem como atividades correlatas desde a concessão do benefício em 2000. Segundo consta da perícia, o autor foi submetido a duas cirurgias da coluna vertebral lombar, atualmente com dores e limitações do movimento; sua situação fática não foi alterada.

Destaco que o autor possui vínculos laborais intercalados entre fevereiro/1988 e agosto/2001, e recebeu auxílio-doença de 19.11.1999 a 04.01.2000 e de 17.08.2000 a 25.09.2003 e aposentadoria por invalidez de 26.09.2003 a 24.04.2018 (recebendo mensalidade de recuperação até 24.10.2019), razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, vez que a própria autarquia, ao conceder referida benesse, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente ação em outubro/2018.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor revelando sua incapacidade para o labor, bem como sua atividade (serviços gerais/tratorista), e a sua idade (50 anos), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, principalmente levando-se em conta tratar-se de pessoa de pouca instrução que sempre desenvolveu atividade braçal, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez deve ser mantido no dia seguinte à sua cessação administrativa (25.04.2018), tendo em vista que não houve recuperação da parte autora, compensados os valores recebidos a título de mensalidade de recuperação.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Em razão do trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data do presente acórdão, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação da sentença.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6090382-24.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JOSE VIEIRA
Advogados do(a) APELADO: RENATA RUIZ RODRIGUES - SP220690-N, GEANDRA CRISTINA ALVES PEREIRA - SP194142-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença a partir da data do início da incapacidade (12.09.2017), mantido por 5 anos. As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária e juros de mora de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício, sem cominação de multa.

Em consulta aos dados do CNIS observa-se a implantação do benefício, com concessão prevista para 12.09.2022.

Em apelação o INSS aduz que não foram comprovados os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Subsidiariamente, pede a aplicação da correção monetária na forma da Lei 11.960/09.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 04.01.1961, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 29.11.2017, atestou que o autor é portador de osteoartrite e hipertensão arterial, que lhe trazem incapacidade de forma parcial e permanente para o exercício de atividade laborativa, desde setembro/2017.

Destaco que o autor possui vínculos laborais alternados entre junho/1985 e junho/2016, tendo sido ajuizada a presente ação em setembro/2017, quando teria, em tese, ocorrido a perda de qualidade de segurado.

Entretanto, os documentos apresentados (junho e setembro/2017) demonstram que o demandante já apresentava enfermidade incapacitante para atividade laborativa, quando ainda sustentava a qualidade de segurado.

Nesse diapasão, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não perde o direito ao benefício o segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. Veja-se a respeito: STJ, RESP 84152, DJ 19/12/02, p. 453, Rel. Min. Hamilton Carvalhido.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor, e a sua restrição para atividade laborativa, bem como sua idade (59 anos) e a possibilidade de reabilitação, não há como se deixar de reconhecer que era inviável o retorno ao exercício de sua atividade habitual (trabalhador rural), sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença, nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

O termo inicial do benefício de auxílio-doença deve ser mantido na data do pedido administrativo (12.09.2017), tendo em vista a resposta ao quesito "T".

Esclareço ainda, ser possível a realização de perícias periódicas, nos termos do art. 46 do Decreto 3.048/99, não sendo o caso de se fixar termo final de 5 anos para o benefício, ressaltado, no entanto, o dever da Administração Pública de prestar serviço eficiente e com a devida motivação.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Mantidos os honorários advocatícios em 10% do valor das prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma, conforme previsto no art. 85, § 11, do Novo CPC.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação de sentença.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para esclarecer que não deve ser fixado termo final em 5 anos e a possibilidade de perícias periódicas.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010064-43.2015.4.03.6105

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARLENE DE FATIMA SOARES DOS SANTOS

Advogado do(a) APELANTE: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARLENE DE FATIMA SOARES DOS SANTOS

Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A

OUTROS PARTICIPANTES:

SUCEDIDO: NELSON DOS SANTOS

ADVOGADO do(a) SUCEDIDO: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelações de sentença, **integradas por embargos de declaração**, que julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a especialidade dos períodos de 30.04.1980 a 01.12.1980, 18.06.1984 a 21.05.1985, 26.09.1985 a 30.04.1986, 14.03.1988 a 01.06.1989 e de 02.01.2008 a 18.12.2013, totalizando 36 anos e mês de tempo de serviço, ressalvada a possibilidade de conversão em tempo comum (fator de conversão 1.4) somente até 15.12.1998, e, conseqüentemente, condenou o réu a conceder o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a contar de 16.10.2014, data do requerimento administrativo. As parcelas em atraso deverão ser corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora, observando-se o disposto na Resolução nº 267 do Conselho da Justiça Federal. Diante da sucumbência, condenou o INSS ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, incidindo as prestações vencidas até a data da sentença (Súmula 111, STJ). Sem custas. Concedida a tutela para a imediata implantação do benefício (fs.352/368 e 387/388).

Noticiada a implantação do benefício (NB42/181.170.303-5, DIB:16.10.2014, fs.395), em cumprimento a decisão judicial, cessado pelo SISOBI em 07.04.2019, em consulta ao CNIS.

Emapelação o autor alega, preliminarmente, o cerceamento de defesa dada a necessidade de realização de laudo pericial ou testemunhal referente a todos os períodos não reconhecidos como especiais pela sentença. No mérito, requer o reconhecimento do exercício de atividade especial dos períodos trabalhados no Cotonifício Guilherme Giorgi S.A (19/12/1968 a 16/01/1971), Comercial Santa Margarida (10/11/1972 a 05/10/1973), Laticíneos Suez Ltda (01/11/1973 a 02/02/1974), Eletro Radiobraz S.A (12/02/1974 a 14/04/1975), Metal Arte Industriais Reunidas S.A (08/05/1975 a 01/04/1977), Usinex Indústria e Comércio de Materiais p/ Usina (18/05/1977 a 01/09/1977, M. Dedini S.A Metalúrgica (13/09/1977 a 01/12/1980) e, por fim, Center Musical Aparelhos de Som Ltda (10/12/1980 a 07.02.1981), bem como a conversão do tempo especial em comum, pelo fator 1.4, de todo o período enquadrado como especial pela r. sentença, ou seja, mesmo após a edição da lei nº 9.711/98, fazendo jus à concessão do benefício de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, desde o requerimento administrativo. Pede, por fim, a condenação do réu em honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação. Ao final, prequestiona a matéria ventilada para efeito recursal (fs.397/417).

Já o INSS, por sua vez, em razões de recurso busca a reforma da sentença pugnando, preliminarmente, pela revogação da tutela antecipada. No mérito, alega não restar demonstrado o exercício de atividade especial, dada a ausência de exposição a agente nocivo de forma habitual e permanente, sendo que a utilização de equipamento de proteção individual neutraliza a insalubridade, fato este que elide o alegado labor sob condições prejudiciais, bem como a extemporaneidade dos laudos. Subsidiariamente, requer que a correção monetária e juros de mora observem o regramento descrito pela Lei nº 11.960/09, conforme a tese 810, RE 870947. Ao final, prequestiona a matéria ventilada (fs.421/438).

Com a apresentação de contrarrazões da parte autora (fs.444/456), vieramos autos a esta Corte.

Houve habilitação da herdeira (fs.470/471) em despacho proferido por esta Relatoria, sendo concedido pelo INSS, em 07.04.2019, a pensão por morte à habilitada (fs.468).

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo as apelações interpostas pelo autor e pelo INSS (fs.397/417 e 421/438, PDF Ordem Crescente).

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, “a” e “b”, do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

Conversão de tempo de serviço especial em comum: ARE 664335 (USO DE EPL. INSALUBRIDADE. RUÍDO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NO PPP. CUSTEIO DA ATIVIDADE ESPECIAL); REsp 1398260/PR (INSALUBRIDADE. LIMITES. RUÍDO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO); REsp 1310034/PR (POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM DE ATIVIDADE EXERCIDA ANTES DA LEI N. 6.887/1980); REsp 1151363/MG (POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS A LEI N. 9.711/1998. FATOR DE CONVERSÃO); REsp 1306113/SC (ELETRICIDADE. INSALUBRIDADE. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DOS AGENTES NOCIVOS PREVISTOS EM REGULAMENTO).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º a 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: *A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças ilíquidas.*

Da tutela antecipada

Cumpre assinalar, primeiramente, que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa empagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

Da preliminar

Deve ser dada por prejudicada a alegação do autor no sentido de que a sentença merece ser anulada por cerceamento de defesa, uma vez que ao magistrado cabe a condução da instrução probatória, tendo o poder de dispensar a produção de provas que entender desnecessárias para a resolução da causa. Ademais, as provas coligidas aos autos (CTPS, PPP's, formulários e laudos) são suficientes para o deslinde da questão.

Também não há que falar em requisição de documentos em poder de empregadores ou produção de prova testemunhal, vez que há prova técnica em seu próprio nome.

Do mérito

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 04.06.1954 (fs.31) e falecido em 07.04.2019 (Certidão de Óbito, fs.465), o reconhecimento da especialidade dos diversos períodos declinados na exordial. Conseqüentemente, requer a concessão do benefício de aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, com termo inicial na data do requerimento administrativo (16.10.2014, fs.341), bem como na condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Importa anotar que o INSS reconheceu administrativamente o exercício de atividades especiais nos intervalos de 30.04.1980 a 01.12.1980, 02.01.2008 a 30.03.2010, 18.04.2011 a 01.10.2013, conforme contagem administrativa (fs.334/337), restando, pois, incontroversos.

Cumpra distinguir a aposentadoria especial prevista no art. 57, "caput", da Lei nº 8.213/91, da aposentadoria por tempo de serviço, prevista no art. 52 da Lei nº 8.213/91, porquanto a aposentadoria especial pressupõe o exercício de atividade considerada especial pelo tempo de 15, 20 ou 25 anos, e, cumprido esse requisito o segurado tem direito à aposentadoria com valor equivalente a 100% do salário-de-benefício (§ 1º do art. 57), não estando submetido à inovação legislativa da E.C. nº 20/98, ou seja, inexistente pedágio ou exigência de idade mínima, assim como não se submete ao fator previdenciário, conforme art. 29, II, da Lei nº 8.213/91. Diferentemente, na aposentadoria por tempo de serviço, há tanto o exercício de atividade especial como o exercício de atividade comum, sendo que o período de atividade especial sofre a conversão em atividade comum, aumentando assim o tempo de serviço do trabalhador, e, conforme a data em que o segurado preenche os requisitos, deverá se submeter às regras da E.C. nº 20/98.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Pode, então, em tese, ser considerada especial a atividade desenvolvida até 10.12.1997, mesmo sem a apresentação de laudo técnico, pois em razão da legislação de regência a ser considerada até então, era suficiente para a caracterização da denominada atividade especial a apresentação dos informativos SB-40, DSS-8030 ou CTPS, exceto para o agente nocivo ruído por depender de prova técnica (STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartazzini, julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482).

Cumpra destacar que não se encontra vedada a conversão de tempo especial em comum exercida em período posterior a 28.05.1998, uma vez que ao ser editada a Lei nº 9.711/98, não foi mantida a redação do art. 28 da Medida Provisória 1.663-10, de 28.05.98, que revogava expressamente o parágrafo 5º, do art. 57, da Lei nº 8.213/91, devendo, portanto, prevalecer este último dispositivo legal, nos termos do art. 62 da Constituição da República.

Saliente-se que a extemporaneidade do laudo técnico/PPP não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei, momento que a responsabilidade por sua expedição é do empregador, não podendo o empregado arcar com o ônus de eventual desídia daquele e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso Especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser considerado prejudicial até 05.03.1997 a exposição a ruídos superiores a 80 decibéis, de 06.03.1997 a 18.11.2003, a exposição a ruídos de 90 decibéis e, a partir de então, a exposição a ruídos de 85 decibéis.

Como objetivo de comprovar o exercício de atividade especial, o falecido autor trouxe CTPS, PPP's e Processos Administrativo.

Assim, devem ser mantidos os termos da sentença que reconheceu a especialidade dos períodos de **30.04.1980 a 01.12.1980 (96dB)**, **18.06.1984 a 21.05.1985 (92dB)**, **26.09.1985 a 30.04.1986 (91dB)**, **14.03.1988 a 01.06.1989 (82,4 a 90,7dB)**, **02.01.2008 a 18.12.2013 (89,3dB, 89,8dB, 88,1dB, 87,9dB, 86,2dB)**, conforme PPP's, formulários acompanhados de laudos (fls.208/209, 211/212, 214/216, 265/268, 218/220), vez que o interessado esteve exposto a ruído em níveis superiores aos limites de tolerância de 80 dB até 05.03.1997 (Decreto nº 53.831/1964 - código 1.1.6), de 90 dB entre 06.03.1997 a 18.11.2003 (Decreto nº 2.172/1997 - código 2.0.1) e de 85 dB a partir de 19.11.2003 (Decreto nº 3.048/1999 - código 2.0.1).

No mesmo sentido, deve ser tida a especialidade do intervalo de **13.09.1977 a 01.12.1980**, laborado na empresa *M. Dedini S.A Metalurgica*, conforme consta no campo de observação do PPP (fls.208/209), que o laudo ambiental produzido em abril de 1980, pelo Ministério do Trabalho/Fundacentro, indica que o interessado esteve exposto ao agente ruído de 96 decibéis, superior ao limite de tolerância legalmente estabelecido (80dB).

Todavia, não há possibilidade de reconhecimento como especiais os períodos referentes às empresas Comercial Santa Margarida (10/11/1972 a 05/10/1973), Laticíneos Suez Ltda (01/11/1973 a 02/02/1974), Eletro Radiobraz S.A (12/02/1974 a 14/04/1975), MetalArte Industriais Reunidas S.A (08/05/1975 a 01/04/1977), Usinex Indústria e Comércio de Materiais p/ Usina (18/05/1977 a 01/09/1977), Center Musical Aparelhos de Som Ltda (10/12/1980 a 07.02.1981), pois não constam documentos descrevendo os agentes nocivos aos quais o falecido ficava em contato, não sendo possível o enquadramento pela categoria profissional, haja vista que as profissões de estoquista, encarregado de loja, promotor de vendas, lubrificador, ajustador, vendedor, conforme CTPS (fls.166/168), não constam nos quadros anexos dos Decretos regulamentadores da matéria.

Outrossim, quanto ao intervalo de 19/12/1968 a 16/01/1971, na *Cotonifício Guilherme Giorgi S.A*, também não é possível computá-lo como especial, vez que o "de cujus" exerceu atividade de "aprendiz de fiandeiro de algodão", tendo em vista a comprovação do vínculo empregatício, por meio de prova material plena, constante da declaração da empresa e Ficha de Registro de Emprego (fls.195/197), como atividade comum, devendo ser contado para todos os fins, porém não sendo possível o enquadramento pela categoria profissional, haja vista que a referida profissão não consta nos quadros anexos dos Decretos regulamentadores da matéria.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF expressamente se manifestou no sentido de que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também óssea e outros órgãos.

Também deve ser desconsiderada a informação de utilização do EPI quanto ao reconhecimento de atividade especial dos períodos até a véspera da publicação da Lei 9.732/98 (13.12.1998), conforme o Enunciado nº 21, da Resolução nº 01 de 11.11.1999 e Instrução Normativa do INSS nº 07/2000.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

O fato de não constar no Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP a informação acerca da habitualidade e permanência de exposição ao agente nocivo, em nada prejudica o autor, haja vista que tal campo específico não faz parte do formulário. Ademais, verifica-se a existência de campo próprio no formulário para registros relevantes.

Ademais, os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade especial, garantem a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física e não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário à eventual pagamento de encargo tributário.

Portanto, somados os períodos de atividades especiais reconhecidos na presente demanda, a parte interessada alcança o total de **11 anos, 11 meses e 3 dias de atividade exclusivamente especial até 18.12.2013**, insuficiente à concessão de aposentadoria especial nos termos do art. 57 da Lei 8.213/91, conforme contagem efetuada em planilha.

O artigo 9º da E.C. nº 20/98 estabelece o cumprimento de novos requisitos para a obtenção de aposentadoria por tempo de serviço ao segurado sujeito ao atual sistema previdenciário, vigente após 16.12.1998, quais sejam: caso opte pela aposentadoria proporcional, idade mínima de 53 anos e 30 anos de contribuição, se homem, e 48 anos de idade e 25 anos de contribuição, se mulher, e, ainda, um período adicional de 40% sobre o tempo faltante quando da data da publicação desta Emenda, o que ficou conhecido como "pedágio".

Ressalta-se que houve o reconhecimento administrativo de que a parte autora perfaz 32 anos, 11 meses e 25 dias de tempo de contribuição, sendo suficientes ao cumprimento da carência prevista no art. 142, da Lei nº 8.213/91, restando, pois, incontroverso (fls.334/337).

Sendo assim, convertendo-se o período de atividade especial (40%) em comum, somado aos demais intervalos incontroversos (CTPS, registro de empregado, contagem administrativa), o falecido autor totalizou **27 anos, 3 meses e 21 dias de tempo de serviço até 16.12.1998 e 44 anos, 9 meses e 12 dias de tempo de contribuição até 30.09.2014**, data anterior do requerimento administrativo, conforme contagem efetuada em planilha.

Insta ressaltar que o art. 201, §7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquele que completou 35 anos de tempo de serviço, se homem, e 30 anos de tempo de serviço, se mulher.

Dessa forma, o autor falecido fazia jus à concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a ser calculado nos termos do art.29, I, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei 9.876/99, tendo em vista que cumpriu os requisitos necessários à jubilação após o advento da E.C. nº20/98 e Lei 9.876/99.

Mantido o termo inicial da concessão do benefício na data do requerimento administrativo (16.10.2014, fls.341), momento em que o autor (falecido) já havia implementado todos os requisitos necessários à jubilação, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido, **de forma que a herdeira habilitada fará jus às parcelas vencidas a contar de 16.10.2014 (DER) até a data do óbito do de cujus ocorrido em 07.04.2019 (fls.465)**, devendo ser compensados eventuais valores já recebidos a título de antecipação de tutela.

Não há se falar em prescrição quinquenal, vez que o ajuizamento da ação deu-se em 27.07.2015.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Observo que não se exige o trânsito em julgado do acórdão paradigma para aplicação da tese firmada pelo E. STF aos processos em curso, mormente em se tratando de tema com repercussão geral reconhecida.

Fixo os honorários advocatícios em 15% do valor das parcelas vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e de acordo com o entendimento firmado por esta 10ª Turma.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **julgo prejudicada a preliminar arguida pela parte autora de cerceamento de defesa, bem como a preliminar arguida pelo réu e, no mérito, dou parcial provimento à sua apelação para julgar parcialmente procedente o pedido** a fim de possibilitar a devida conversão de tempo especial em comum (fator 1.40) de todo o período enquadrado como especial pela r. sentença (30.04.1980 a 01.12.1980, 18.06.1984 a 21.05.1985, 26.09.1985 a 30.04.1986, 14.03.1988 a 01.06.1989, 02.01.2008 a 18.12.2013), inclusive o período posterior a 15.12.1998, e para reconhecer a especialidade do período de 13.09.1977 a 01.12.1980, totalizando 27 anos, 3 meses e 21 dias de tempo de serviço até 16.12.1998 e 44 anos, 9 meses e 12 dias de tempo de contribuição até 30.09.2014, **mantendo-se a concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição**, em 16.10.2014, data do requerimento administrativo, incidindo até a data de seu óbito. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença. **Dou parcial provimento à apelação do réu e à remessa oficial tida por interposta** para determinar que os juros de mora e a correção monetária observem os termos retroexplicitados. As diferenças em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença, de forma que a herdeira habilitada fará jus às diferenças vencidas a contar de 16.10.2014 até a data do óbito do de cujus ocorrido em 07.04.2019, compensando-se os valores recebidos a título de tutela antecipada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004187-32.2018.4.03.6105
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE ANTONIO DUARTE
Advogado do(a) APELADO: CARLOS EDUARDO ZACCARO GABARRA - SP333911-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de auxílio-doença desde o pedido administrativo (12.07.2012), e convertê-lo em aposentadoria por invalidez, a partir do laudo pericial (18.02.2019). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária na forma de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal, e juros de mora pela Lei 11.960/09. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em percentual mínimo a ser calculado em liquidação, e devidos até a data da sentença. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício no prazo de 20 dias, sem cominação de multa.

Em consulta aos dados do CNIS observa-se a implantação do benefício.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento, ante a preexistência da enfermidade. Aduz, ainda, a impossibilidade de concessão de tutela antecipada. Subsidiariamente, pede a aplicação da correção monetária na forma da Lei 11.960/09.

Sem contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 28.05.1953, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 18.02.2019, atestou que o autor apresenta insuficiência cardíaca, com grave comprometimento do coração, e alterações tanto anatômicas (dilatação das câmaras) quanto funcionais, disfunções valvares, áreas de hipocinesia/acinesia (áreas em que o músculo do coração não contraí-relaxa) bem como Fração de ejeção de 42% aquém do valor esperado, que lhe trazem incapacidade laborativa de forma total e permanente para o trabalho, desde fevereiro/2012 (data do ecocardiograma). Apontou, ainda, que o holter mostra presença de arritmias e o ecodoppler de carótidas mostra oclusão da carótida comum esquerda, carótida interna esquerda e de 90% da carótida interna direita.

Destaco que o autor possui vínculos intercalados entre março/1980 e agosto/1994 e de fevereiro/2004 a dezembro/2004, e recolhimentos de abril/2007 a julho/2007 e de fevereiro/2012 a julho/2012, em valor sobre o salário mínimo, tendo sido ajuizada a presente ação em julho/2018, quando, teria em tese ocorrido a perda da qualidade de segurado.

O laudo pericial demonstrou que o demandante sofreu infarto agudo do miocárdio, tendo sido submetido a cirurgia de revascularização (ponte de safena) em 1994, e segundo os dados do CNIS recebeu auxílio-doença de 20.02.1994 a 24.04.1994, sendo de se inferir que já havia incapacidade, quando ainda sustentava a qualidade de segurado, e que houve progressão de sua condição, situação que afasta a alegação de preexistência.

Nesse diapasão, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não perde o direito ao benefício o segurado que deixa de contribuir para a previdência por estar incapacitado para o trabalho. Veja-se a respeito: STJ, RESP 84152, DJ 19/12/02, p. 453, Rel. Min. Hamilton Carvalhido.

Dessa forma, tendo em vista as patologias apresentadas pelo autor revelando sua incapacidade para o labor, bem como sua atividade (pedreiro) e a sua idade (67 anos), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência, principalmente levando-se em conta tratar-se de pessoa de pouca instrução que sempre desenvolveu atividade braçal, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

O termo inicial do benefício de auxílio-doença deve ser fixado a contar da data da contestação, quando o réu manifestou ciência da ação (26.09.2018), já que não consta dos autos a certidão de citação, e em conformidade com o decidido pelo RESP nº 1.369.165/SP, DJ. 07.03.2014, Rel. Min. Benedito Gonçalves, mantida a conversão em aposentadoria por invalidez a partir do laudo pericial (18.02.2019).

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Mantidos os honorários advocatícios na forma fixada sobre as prestações vencidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma, conforme previsto no art. 85, § 11, do Novo CPC.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação da sentença.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação do INSS e dou parcial provimento à remessa oficial tida por interposta** para fixar o termo inicial do benefício de auxílio-doença em 26.09.2018 e convertê-lo em aposentadoria por invalidez a partir do laudo pericial (18.02.2019).

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6111819-24.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ROGERIO JOSE CUNHA
Advogado do(a) APELADO: ALINE REIS - SP312097-N
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por invalidez desde a cessação administrativa do auxílio-doença (23.07.2018). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária na forma do IPCA-E, e com juros de mora pela Lei 11.960/09. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação. Não houve condenação em custas. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício em 15 dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 200,00

Em consulta aos dados do CNIS, observa-se a implantação do benefício. Anteriormente foi concedida a antecipação dos efeitos da tutela para implantação do benefício de auxílio-doença.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento. Pede a suspensão da tutela antecipada. Subsidiariamente, pede a fixação do termo inicial do benefício na data da juntada do laudo pericial, a aplicação dos juros e correção monetária na forma da Lei 11.960/09, e a redução dos honorários advocatícios.

Após contrarrazões, os autos vieram a esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS.

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pelo autor, nascido em 19.06.1965, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial elaborado em 18.07.2019, atestou que o autor apresenta doença coronariana com infarto agudo do miocárdio prévio, que lhe traz incapacidade de forma total e permanente para o exercício de atividade laborativa, desde abril/2019. Consta do laudo que o autor fez o primeiro cateterismo em 2013, o segundo em 2018, e que a doença decorre de agravamento (resposta ao quesito letra "j").

Destaco que o autor possui vínculos laborais intercalados entre maio/1981 e maio/2016, e recebeu auxílio-doença de 19.04.2017 a 22.07.2018, razão pela qual não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência ou inexistência da qualidade de segurado, vez que a própria autarquia, ao conceder referida benesse, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente ação em agosto/2018.

Dessa forma, tendo em vista a patologia apresentada pelo autor revelando sua incapacidade para o labor, atividades já desenvolvidas (serviços gerais/porteiro/vigilante), a sua idade (55 anos), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, principalmente levando-se em conta tratar-se de pessoa de pouca instrução que sempre desenvolveu atividade braçal, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91.

O termo inicial do benefício de aposentadoria por invalidez deve ser mantido no dia seguinte à cessação administrativa (23.07.2018). Embora o laudo tenha afirmado que a incapacidade teve início em abril de 2019, é cediço, pelos elementos relatados, que ocorreu antes de tal data.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da cademeta de poupança a partir de 30.06.2009.

Os honorários advocatícios incidem no percentual de 10% do valor das prestações que seriam devidas até a data da sentença, nos termos da Súmula 111 do E. STJ - em sua nova redação, e entendimento firmado por esta 10ª Turma, conforme previsto no art. 85, § 11, do Novo CPC.

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

Cumpra assinalar que o entendimento de que não é possível a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, equiparada no presente feito ao órgão previdenciário, está ultrapassado, porquanto a antecipação do provimento não importa em pagamento de parcelas vencidas, o que estaria sujeito ao regime de precatórios. A implantação provisória ou definitiva do benefício, tanto previdenciário como assistencial, não está sujeita à disciplina do artigo 100 da Constituição da República, não havendo, portanto, falar-se em impossibilidade de implantação do benefício perseguido sem o trânsito em julgado da sentença.

As parcelas recebidas a título de antecipação de tutela serão resolvidas quando da liquidação da sentença.

Diante do exposto, **dou parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta** para limitar a incidência dos honorários advocatícios até a data da sentença.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retornemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5003891-04.2017.4.03.6183
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: JULIO MOREIRADOS SANTOS NETO
Advogado do(a) APELADO: RODRIGO LIMA CONCEICAO - SP375808-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer a especialidade dos intervalos de 01.01.1985 a 01.07.2002, 29.10.2005 a 14.12.2006, 15.12.2006 a 19.05.2009, 22.10.2009 a 03.11.2009, totalizando 39 anos, 07 meses e 22 dias até a data do requerimento administrativo. Conseqüentemente, condenou o réu a conceder ao autor o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, nos termos do artigo 29-C da Lei 8.213/91, se mais vantajoso. Os valores em atraso serão acrescidos de correção monetária e juros de mora de acordo com o Manual de Cálculos da Justiça Federal aprovado pela Resolução nº 134 de 21.12.2010, alterado pela Resolução nº 267 de 02.12.2013, ambas do Presidente do Conselho da Justiça Federal. Diante da mínima sucumbência do autor (art. 86, § único do novo CPC), fixados os honorários advocatícios nos percentuais mínimos previstos no artigo 85, §§ 3º, 4º, inciso II e § 5º, do novo Código de Processo Civil observando-se, ainda, as parcelas devidas até a data da sentença, excluídas as vincendas, a teor do disposto na Súmula nº. 111 do Superior Tribunal de Justiça. Sem custas. Antecipados os efeitos da tutela para a implantação imediata do benefício.

Noticiada pelo réu a implantação do benefício em comento.

Em suas razões de inconformismo recursal, busca o réu a reforma da sentença alegando, em síntese, que não restou efetivamente comprovado o tempo de atividade especial alegado, de modo habitual e permanente. Sustenta que a pressão atmosférica no interior de aeronaves não é insalubre, vez que a pressão do ar no interior de aeronaves não é anormal, mas apenas artificial, de modo a ser inviável o reconhecimento da prejudicialidade pretendida. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da Lei 11.960/09 ao cálculo da correção monetária. Prequestiona a matéria para fins recursais.

Com a apresentação de contrarrazões (id 60737439), vieram os autos a esta Corte.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo o recurso de apelação interposto pelo réu.

Da remessa oficial tida por interposta.

Retomando o entendimento inicial, aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica às sentenças líquidas.

Da decisão monocrática

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Na petição inicial, busca a parte autora, nascida em 16.04.1960, o reconhecimento da especialidade dos períodos de 15.10.1984 a 14.12.2006 e 15.12.2006 a 03.11.2009. Consequentemente, requer a concessão do benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, desde a data do requerimento administrativo (24.02.2016).

Ante a ausência de recurso da parte autora, a controvérsia recursal cinge-se aos intervalos reconhecidos especiais pela sentença, quais sejam, 01.01.1985 a 01.07.2002, 29.10.2005 a 14.12.2006, 15.12.2006 a 19.05.2009, 22.10.2009 a 03.11.2009.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Em se tratando de matéria reservada à lei, o Decreto 2.172/1997 somente teve eficácia a partir da edição da Lei nº 9.528, de 10.12.1997, razão pela qual apenas para atividades exercidas a partir de então é exigível a apresentação de laudo técnico. Neste sentido: STJ; Resp 436661/SC; 5ª Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini; julg. 28.04.2004; DJ 02.08.2004, pág. 482.

Saliento que a jurisprudência já entendeu pela possibilidade de reconhecimento de atividade especial por exposição a pressões atmosféricas anormais, a que estão sujeitos os aeronautas, conforme se extrai dos julgados abaixo transcritos:

"DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CONVERSÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. NOVO CÁLCULO DE RENDA MENSAL INICIAL. ATIVIDADE COMUM CONVERTIDA EM ESPECIAL COM FATOR REDUTOR DE 0,71. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APELAÇÃO DO INSS E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM PARTE.

(...) 5. Ao pedido do reconhecimento da atividade especial no período de

01/06/1980 a 28/04/1995, observo que já foi reconhecido administrativamente pelo INSS e ao período de 29/04/1995 a 10/05/2004 verifico que a autora laborou como comissária de bordo junto às empresas Viação Aérea – Várig S.A.

6. No laudo pericial apresentado, constatou-se que, no interior de aeronaves, os comissários de bordo estão sujeitos a pressões atmosféricas anormais, de modo habitual e permanente, assemelhando-se, nesta condição, a caixões ou câmaras hiperbáricas, pertencentes ao código 2.0.5 dos Decretos nº 2.172/97 e 3.048/99, razão que justifica o reconhecimento da especialidade de todo o período trabalhado nessa condição pela autora.

7. Embora o laudo pericial seja utilizado como prova emprestada, pois que se refere à mesma empresa de transporte aéreo laborado pela autora, emitido por perito técnico engenheiro de segurança do trabalho, equidistante das partes, não tendo a autarquia previdenciária arguido qualquer vício a elidir suas conclusões. (...)"

(TRF3; Apelação/remessa necessária 0007150-34.2013.4.03.6183/SP; 7 Turma; Rel. Des. Federal TORU YAMAMOTO; julg. 02.10.2017; DJ 10.10.2017).

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. AERONAUTA. APOSENTADORIA ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Constatado que não se configurou a ofensa ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. 2. O TRF concluiu o entendimento predominante no STJ é de ser cabível o reconhecimento da especialidade no caso de tripulantes de aeronaves, tendo em vista a submissão à constante variação de pressão atmosférica em virtude dos voos sequenciais, pois o interior dos aviões - local fechado, submetido a condições ambientais artificiais, com pressão superior à atmosférica - reveste-se de todas as características das câmaras hiperbáricas em relação às quais há expressa previsão legal que reconhece a condição especial do labor exercido no seu interior. 3. Reverso entendimento de que a atividade de comissário de bordo se enquadra como especial esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Precedente: AgRg no REsp 1.440.961/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/6/2014. 4. Recurso especial não provido".

(STJ; Resp 1490879; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; julg. 25.11.2014; DJ 04.12.2014).

No caso em tela, a fim de comprovar a prejudicialidade dos períodos controversos foram trazidos aos autos os seguintes documentos: PPP que retrata o exercício, na Viação Aérea Rio-Grandense em Recuperação Judicial, nas funções de copiloto e comandante no intervalo de 01.01.1985 a 14.12.2006; e PPP da empresa VRG Linhas Aéreas S/A, no período de 15.12.2006 a 03.11.2009, na função de comandante.

Assim, devem ser mantidos os termos da sentença que reconheceu as especialidades dos períodos de 01.01.1985 a 01.07.2002, 29.10.2005 a 14.12.2006, 15.12.2006 a 19.05.2009, 22.10.2009 a 03.11.2009, junto às empresas acima indicadas pela exposição de forma habitual e permanente, pelo desgaste orgânico, devido a altitudes elevadas, com atmosfera mais rarefeita e menor quantidade de oxigênio, variações da pressão atmosférica em pousos e decolagens e baixa umidade relativa do ar, sujeito a barotraumas, hipoxia relativa constante, implicações sobre a homeostase e alterações do ritmo cardíaco, assemelhando-se a aeronave, nestas condições, a caixões ou câmaras hiperbáricas, pertencente ao código 2.0.5 do Decreto 3.048/99, razão que justifica o reconhecimento da especialidade de tais intervalos.

Nesse sentido, já decidiu a 10ª Turma desta Corte Regional, conforme se verifica de ementa abaixo transcrita:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUDICADA. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. PRESSÃO ATMOSFÉRICA ANORMAL. COMPROVAÇÃO. PROVA EMPRESTADA. OBSERVÂNCIA DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DA ATIVIDADE. EPI INEFICAZ. FONTE CUSTEIO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMEDIATA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO.

I - O cerceamento de defesa alegado pelo autor resta prejudicado, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para o deslinde da questão.

II - No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

III - Está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003.

IV - Saliento que a jurisprudência já entendeu pela possibilidade de reconhecimento de atividade especial por exposição a pressões atmosféricas anormais, a que estão sujeitos os aeronautas. Neste sentido: (STJ; Resp 1490879; 2ª Turma; Rel. Min. Herman Benjamin; julg. 25.11.2014; DJ

04.12.2014).

V - Mantidos os termos da sentença que reconheceu as especialidades dos períodos de 07.08.1989 a 21.10.1991, 22.10.1991 a 24.06.1992, 31.12.1993 a 28.04.1995, junto às empresas TAM Linhas Aéreas S/A, VIAÇÃO AÉREA SÃO PAULO S/A – MASSA FALIDA (VASP), RIO-SUL LINHAS AÉREAS S/A “FALIDO”, conforme se verifica da CTPS e PPP, nas funções de piloto aluno/estagiário (auxiliava o comandante nas funções de cabine) e copiloto, por barotraumas, hipoxia relativa constante, implicações sobre a homeostase e alterações do ritmo cardíaco, assemelhando-se a aeronave, nestas condições, a caixões ou câmaras hiperbáricas, pertencente ao código 2.0.5 do Decreto 3.048/99, razão que justifica o reconhecimento da especialidade de tais intervalos, através dos laudos elaborados pelos peritos judiciais, utilizados como prova emprestada, os quais devem ser levados em consideração.

(...)

XII - Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade especial, garantem a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física e não vinculamo ato concessório do benefício previdenciário a eventual pagamento de encargo tributário.

XIII - Somados os períodos de atividades especiais reconhecidas na presente demanda, com a especialidade reconhecida judicialmente, a parte interessada alcança o total de 25 anos, 9 meses e 2 dias de atividade exclusivamente especial até 31.08.2016, nos termos requeridos no recurso, suficiente à concessão de aposentadoria especial nos termos do art. 57 da Lei 8.213/91.

(...)

XVII - Nos termos do artigo 497, caput, do CPC, determinada a imediata implantação do benefício de aposentadoria especial.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF expressamente se manifestou no sentido de que, relativamente a outros agentes (químicos, biológicos, etc.) pode-se dizer que a multiplicidade de tarefas desenvolvidas pela parte autora demonstra a impossibilidade de atestar a utilização do EPI durante toda a jornada diária; normalmente todas as profissões, como a do autor, há multiplicidade de tarefas, que afastam afirmativa de utilização do EPI em toda a jornada diária, ou seja, geralmente a utilização é intermitente.

Os artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, que regem a matéria relativa ao reconhecimento de atividade especial, garantem a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física e não vinculam o ato concessório do benefício previdenciário a eventual pagamento de encargo tributário.

Somados os períodos de atividade especial ora reconhecidos aos demais incontroversos, a parte autora totalizou **20 anos, 01 mês e 17 dias de tempo de serviço até 15.12.1998 e 39 anos, 07 meses e 22 dias de tempo de serviço até 24.02.2016**, data do requerimento administrativo.

Cumpra observar que a Medida Provisória n. 676, de 17.06.2015 (D.O.U. de 18.06.2015), convertida na Lei n. 13.183, de 04.11.2015 (D.O.U. de 05.11.2015), inseriu o artigo 29-C na Lei n. 8.213/91 e criou hipótese de opção pela não incidência do fator previdenciário, denominada "regra 85/95", quando, preenchidos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, a soma da idade do segurado e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, for:

- igual ou superior a 95 (noventa e cinco pontos), se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos;
- igual ou superior a 85 (oitenta e cinco pontos), se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

Ademais, as somas referidas no caput e incisos do artigo 29-C do Plano de Benefícios computarão "as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade" (§ 1º), e serão acrescidas de um ponto ao término dos anos de 2018, 2020, 2022, 2024 e 2026, até atingir os citados 90/100 pontos.

Ressalve-se, ainda, que ao segurado que preencher o requisito necessário à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário será assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data do cumprimento do requisito, ainda que assim não o requeira, conforme disposto no artigo 29-C, § 4º, da Lei 8.213/1991.

Portanto, totalizando a parte autora **39 anos, 07 meses e 22 dias de tempo de serviço até 24.02.2016**, e contando com 55 anos e 10 meses de idade, atinge **95,41 pontos**, suficientes para a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário, conforme planilha na sentença, que ora se acolhe.

Mantido o termo inicial do benefício na data do requerimento administrativo (24.02.2016), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E. STF no julgamento do RE 870.947. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Tendo em vista o trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, os honorários advocatícios fixados pela sentença, deverão incidir sobre o valor das parcelas vencidas até a data da presente decisão.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As parcelas em atraso serão resolvidas em fase de liquidação de sentença, observada a compensação dos valores recebidos a título de antecipação de tutela.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 932 do CPC, **nego provimento à remessa oficial tida por interposta e à apelação do réu.**

Decorrido in albis o prazo recursal, retomem os autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000314-11.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

APELADO: JOSEFA FREITAS DE PAULA
Advogado do(a) APELADO: CONCEICAO APARECIDA DE SOUZA - MS8857-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi julgado procedente pedido em ação previdenciária para condenar a autarquia a conceder à autora o benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data do requerimento administrativo (01.08.2016). As prestações em atraso deverão ser pagas com correção monetária na forma do INPC, e juros de mora pela Lei 11.960/09. O INSS foi, ainda, condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação até a data da sentença. Concedida a antecipação dos efeitos da tutela para a implantação do benefício em 30 dias, sob pena de multa diária.

Em consulta aos dados do CNIS, observa-se a implantação do benefício.

Em apelação o INSS aduz que não restaram preenchidos os requisitos necessários à concessão do benefício em comento.

Após contrarrazões, os autos vieram esta Corte.

É o relatório.

Nos termos do art. 1011 do CPC/2015, recebo a apelação do INSS

Da decisão monocrática

De início cumpre observar que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Passo a decidir monocraticamente.

Da remessa oficial tida por interposta

Retomando o entendimento inicial aplica-se ao caso o Enunciado da Súmula 490 do E. STJ, que assim dispõe: A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.

Do mérito

Os benefícios pleiteados pela autora, nascida em 08.08.1951, estão previstos nos arts. 42 e 59, respectivamente, da Lei 8.213/91 que dispõem:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

O laudo médico-pericial, elaborado em 27.03.2018, atestou que a autora apresenta espondilodiscoartrose lombar, espondilose lombar, e artrose cervical, que lhe acarretam incapacidade de forma total e permanente para o exercício de atividade laborativa, desde 2015 (quesito "6.a"). Apresenta limitação do arco de movimento da coluna lombar, devendo evitar sobrecarga e ficar muito tempo em pé.

Quanto à comprovação da qualidade de trabalhador rural, a jurisprudência do E. STJ firmou-se no sentido de que é insuficiente apenas a produção de prova testemunhal para a comprovação de atividade rural, na forma da Súmula 149 - STJ, *in verbis*:

A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rural, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

No caso em tela verifica-se que a autora apresentou certidão de casamento (1973) e certificado de dispensa de incorporação (1972), nas quais seu marido fora qualificado como "lavrador", configurando tais documentos início de prova material de sua atividade rural.

Por outro lado, as testemunhas foram unânimes em afirmar que conhecem a autora há mais de 20 anos, e que ela residiu por dez anos no sítio de sua mãe, exercendo atividades rurícolas em regime de economia familiar juntamente com seu esposo, até o ano de 2018, quando passou a residir na cidade, em razão de problemas de saúde.

Dessa forma, havendo início de prova material corroborada por prova testemunhal, impõe-se reconhecer que a parte autora comprovou o exercício de atividade rural no período legalmente exigido.

A referida questão está pacificada no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão ementado, que a seguir transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL. VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. RECURSO ESPECIAL.

1. A valoração dos depoimentos testemunhais sobre o período de atividade rural exercida pela recorrente é válida, se apoiada em início razoável de prova material, ainda que esta somente comprove tal exercício durante uma fração do tempo exigido em lei.

2. Considera-se a Certidão de Casamento, na qual expressamente assentada a profissão de ruralícola do requerente, início razoável de prova documental, a ensejar a concessão do benefício previdenciário.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ - 5ª Turma; REsp. 266852 - MS, 2000/0069761-3; Rel. Ministro Edson Vidigal; v.u., j. em 21.09.2000; DJ. 16.10.2000, pág. 347).

Dessa forma, tendo em vista a patologia apresentada pela autora, revelando sua incapacidade total e permanente para o labor, bem como sua idade (68 anos), resta inviável seu retorno ao trabalho, não havendo, tampouco, possibilidade de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garantisse a subsistência, razão pela qual faz jus ao benefício de aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 42 da Lei 8.213/91, incluído o abono anual.

O termo inicial do benefício deve ser mantido na data do requerimento administrativo (01.08.2016), tendo em vista a resposta ao quesito "6.a", do laudo pericial.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência.

Em razão do trabalho adicional do patrono da parte autora em grau recursal, nos termos do artigo 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil de 2015, fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data do presente acórdão, eis que de acordo com o entendimento da 10ª Turma desta E. Corte.

Prejudicada a questão relativa à multa diária, tendo em vista a inexistência de mora na implantação do benefício.

Diante do exposto, **nego provimento à apelação do INSS e à remessa oficial tida por interposta.**

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6085101-87.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: SANDRA APARECIDA SILVEIRA PAREDES
Advogado do(a) APELANTE: PRYSCILA PORELLI FIGUEIREDO MARTINS - SP226619-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos.

Trata-se de apelação de sentença pela qual foi indeferida a petição inicial e julgado extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, I e VI, do CPC.

Objetiva a apelante a reforma da r. sentença, aduzindo que houve exaurimento da via administrativa, pleiteando a decretação de nulidade da sentença de 1º Grau, devolvendo-se os autos à Vara de origem, para determinar o conhecimento da petição e seus termos, bem como, os documentos juntados, e o prosseguimento do processo, em seus ulteriores termos.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do art. 1011 do CPC, recebo a apelação da parte autora.

Da decisão monocrática

De início, ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Ademais, estabelece a Súmula nº 568 do STJ:

O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema. (Súmula 568, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/03/2016, DJe 17/03/2016).

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Do mérito

Verifica-se dos autos que a parte autora ajuizou a presente ação em julho de 2019 objetivando a concessão do benefício por incapacidade, cujo pedido administrativo indeferido deu-se em 2015, razão pela qual o feito foi extinto, sem resolução do mérito, ante a ausência de comprovação do requerimento administrativo.

Ante o lapso temporal existente entre o requerimento administrativo e a propositura da demanda, entendo que se justifica a necessidade de novo requerimento administrativo a ser formulado pela parte autora, o qual, caso indeferido, configuraria seu interesse de agir.

Todavia, não é caso de extinção do feito de plano, posto que deveria ter sido concedido prazo à parte autora para efetuar novo requerimento administrativo, sobrestando-se o feito, e, em caso de indeferimento pela autarquia, restaria configurado o interesse processual (STJ, RE 631.240/MG, Repercussão Geral).

Deve, assim, ser acolhida, em parte a pretensão da parte autora, para possibilitar-lhe, preliminarmente, que proceda ao requerimento da benesse na via administrativa.

Diante do exposto, nos termos do art. 932, do Código de Processo Civil, **dou parcial provimento à apelação da parte autora** para declarar a nulidade da sentença recorrida, determinando-se o retorno dos autos, efetuando-se seu sobrestamento pelo prazo de 30 dias, a fim de que proceda à comprovação do requerimento administrativo e indeferimento.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem.

Intimem-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5015900-61.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: RICARDO ANDRE SILVA
Advogado do(a) APELADO: JOSE EDUARDO DO CARMO - SP108928-A
OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Vistos, etc.

Trata-se de apelação de sentença que julgou procedente o pedido para reconhecer a especialidade do período de 06.03.1997 a 11.12.2017, bem como condenar o réu a conceder ao autor o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, a partir da data do requerimento administrativo (08.05.2018), sem a incidência do fator previdenciário. As prestações em atraso serão corrigidas monetariamente na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, acrescidas de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da citação. Pela sucumbência, o réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação. Sem custas. Concedida a tutela de urgência, para a implantação imediata do benefício.

Em suas razões de apelação, o réu alega, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, eis que o magistrado sequer especificou qual o agente nocivo a que estaria exposto o autor. Requer, ainda, a revogação da gratuidade judiciária concedida ao autor, tendo em vista que apresenta rendimentos superiores a cinco salários mínimos. Quanto ao mérito, argumenta, em síntese, que não restou demonstrada a efetiva exposição a agentes nocivos à sua saúde, de forma habitual e permanente. Sustenta, ainda, a impossibilidade de reconhecimento de atividade especial por exposição a eletricidade, após 1997. Aduz, também, que a utilização de equipamento de proteção individual afasta a insalubridade. Subsidiariamente, requer sejam observados os critérios de correção monetária e juros de mora previstos na Lei n. 11.960/09, e, por fim, a redução dos honorários advocatícios.

Com a apresentação de contrarrazões do autor, vieram os autos a esta Corte.

Conforme consulta aos dados do CNIS, o benefício foi implantado.

Após breve relatório, passo a decidir.

Nos termos do artigo 1.011 do CPC, recebo o recurso de apelação interposto pelo INSS.

Da decisão monocrática

De início, cumpre observar que as matérias veiculadas no caso dos autos já foram objeto de precedentes dos tribunais superiores, julgadas no regime de recursos repetitivos e de repercussão geral, o que autoriza a prolação da presente decisão monocrática, nos termos do artigo 932, IV, "a" e "b", do Novo Código de Processo Civil de 2015, e da Súmula/STJ n.º 568. Nesse sentido:

Conversão de tempo de serviço especial em comum: ARE 664335 (USO DE EPI. INSALUBRIDADE. RUÍDO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ESPECIAL EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE NEUTRALIZAÇÃO DO AGENTE NO PPP. CUSTEIO DA ATIVIDADE ESPECIAL); REsp 1398260/PR (INSALUBRIDADE. LIMITES. RUÍDO. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO); REsp 1310034/PR (POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM DE ATIVIDADE EXERCIDA ANTES DA LEI N. 6.887/1980); REsp 1151363/MG (POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE ATIVIDADE ESPECIAL APÓS A LEI N. 9.711/1998. FATOR DE CONVERSÃO); e REsp 1306113/SC (ELETRICIDADE. INSALUBRIDADE. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA DO ROL DOS AGENTES NOCIVOS PREVISTOS EM REGULAMENTO).

Ressalte-se que o julgamento monocrático atende aos princípios da celeridade processual e da observância aos precedentes judiciais, ambos contemplados na nova sistemática processual civil, sendo passível de controle por meio de agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC, cumprindo o princípio da colegialidade.

Sendo assim, por estarem presentes os requisitos extraídos das normas fundamentais do Código de Processo Civil (artigos 1º ao 12) e artigo 932, todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passo a decidir monocraticamente.

Da preliminar de nulidade da sentença

Da análise da inicial, verifica-se que a parte autora pretende o reconhecimento da especialidade do período de 18.02.1997 a 11.12.2017 e a respectiva concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição desde a data do requerimento administrativo.

De acordo com a sistemática processual, a sentença é ato judicial, proferido em cada feito, segundo os requisitos previstos nos artigos 458 do CPC/1973 e 489 do CPC/2015.

De sua análise, observa-se que o magistrado, no exercício do seu livre convencimento motivado, ao conceder o benefício de aposentadoria e reconhecer a especialidade dos períodos reclamados pelo autor, sequer fez menção às atividades por ele exercidas e os respectivos agentes nocivos a que encontrava-se exposto, sem embasar dessa forma os fundamentos jurídicos que embasaram sua decisão. Tal fato ocasionou a falta de fundamentação da sentença com relação ao benefício previdenciário nela concedido, com inexistência de nulidade da sentença, nos termos do artigo 489, § 1º, IV do Código de Processo Civil/2015.

Por outro lado, a prolação de sentença nula não impede a apreciação do pedido por esta Corte, desde que o feito esteja em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), cujo conhecimento atende aos princípios da celeridade e da economia processual, bem como encontra respaldo na Constituição da República (art. 5º, LXXVIII, com a redação dada pela EC 45/04), e de acordo com a nova sistemática processual (art. 1.013, § 3º, IV, Novo CPC).

Destarte, há de se acolher a preliminar arguida pelo réu, declarando a nulidade da sentença e, com fulcro no art. 1.013, § 3º, IV, do Novo CPC/2015, procedo à análise do mérito, tendo em vista estarem presentes todos os elementos de prova, e o feito encontrar-se em condições de imediato julgamento, sendo desnecessária a produção de provas adicionais.

Do mérito

Na petição inicial, busca o autor, nascido em 10.11.1965, o reconhecimento de atividade especial no período de 06.03.1997 a 11.12.2017, bem como a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário, desde a data do requerimento administrativo efetuado em 08.05.2018.

No que tange à atividade especial, a jurisprudência pacificou-se no sentido de que a legislação aplicável para sua caracterização é a vigente no período em que a atividade a ser avaliada foi efetivamente exercida.

Tendo em vista o dissenso jurisprudencial sobre a possibilidade de se aplicar retroativamente o disposto no Decreto 4.882/2003, para se considerar prejudicial, desde 05.03.1997, a exposição a ruídos de 85 decibéis, a questão foi levada ao Colendo STJ que, no julgamento do Recurso Especial 1398260/PR, em 14.05.2014, submetido ao rito do artigo 1.036 do Novo Código de Processo Civil de 2015, Recurso Especial Repetitivo, fixou entendimento pela impossibilidade de se aplicar de forma retroativa o Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar de ruído para 85 decibéis (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014).

Conforme acima destacado, está pacificado no E. STJ (Resp 1398260/PR) o entendimento de que a norma que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação, devendo, assim, ser observado o limite de 90 decibéis no período de 06.03.1997 a 18.11.2003, e, a partir de então, de 85 decibéis.

Quanto à conversão de atividade especial em comum após 05.03.1997, por exposição à eletricidade, cabe salientar que o artigo 58 da Lei 8.213/91 garante a contagem diferenciada para fins previdenciários ao trabalhador que exerce atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física (perigosas), sendo a eletricidade uma delas, desde que comprovado mediante prova técnica. Nesse sentido, pela possibilidade de contagem especial após 05.03.1997, por exposição à eletricidade é o julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo: Resp nº 1.306.113-SC, julgado em 14.11.2012, DJe 07.03.2013, rel. Ministro Herman Benjamin.

Cumprе ressaltar que, em se tratando de exposição a altas tensões elétricas, que tem o caráter de periculosidade, a caracterização de atividade especial depende da exposição do segurado durante toda a jornada de trabalho, pois que a mínima exposição oferece potencial risco de morte ao trabalhador, justificando o enquadramento especial.

Consoante se depreende dos autos, o autor apresentou CTPS e PPP (Id. n. 71580361, pág. 64), referentes ao período de 06.03.1997 a 11.12.2017, laborado junto à empresa "EMAE - Empresa Metropolitana de Águas e Energia S.A.", nas funções de ajudante de manutenção de usinas, electricista de manutenção de usinas e técnico em eletricidade, com exposição a ruídos de 90,1 dB no período de 18.02.1997 a 22.07.2008, 76 dB no período de 23.07.2008 a 30.09.2013 e 86,7 dB no período de 01.10.2013 a 11.12.2017, bem como a tensões elétricas acima de 250 volts, em todo o período.

Assim, deve ser mantido o reconhecimento da especialidade dos períodos de 18.02.1997 a 2.07.2008 e 01.10.2013 a 11.12.2017, por exposição do autor a ruídos superiores aos limites estabelecidos, agente nocivo previsto no código (Decreto nº 3.048/1999 - código 2.0.1), bem como nos períodos de 18.02.1997 a 22.07.2008, 23.07.2008 a 30.09.2013 e 01.10.2013 a 11.12.2017, por exposição à tensão elétrica acima de 250 volts, com risco à sua integridade física.

No julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 664335, em 04.12.2014, com repercussão geral reconhecida, o E. STF afirmou que, na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do PPP, no sentido da eficácia do EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial, tendo em vista que no cenário atual não existe equipamento individual capaz de neutralizar os malefícios do ruído, pois que atinge não só a parte auditiva, mas também ossa e outros órgãos.

Ademais, relativamente a outros agentes (químicos, biológicos, etc.), pode-se dizer que a multiplicidade de tarefas desenvolvidas pelo autor demonstra a impossibilidade de atestar a utilização do EPI durante toda a jornada diária; normalmente todas as profissões, como a do autor, há multiplicidade de tarefas, que afastam afirmativa de utilização do EPI em toda a jornada diária, ou seja, geralmente a utilização é intermitente.

O Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, instituído pelo art. 58, §4º, da Lei 9.528/97, é documento que retrata as características do trabalho do segurado, e traz a identificação do engenheiro ou perito responsável pela avaliação das condições de trabalho, sendo apto para comprovar o exercício de atividade sob condições especiais, fazendo as vezes do laudo técnico.

Ressalte-se que o fato de o PPP/laudo técnico ter sido elaborado posteriormente à prestação do serviço, não afasta a validade de suas conclusões, vez que tal requisito não está previsto em lei e, ademais, a evolução tecnológica propicia condições ambientais menos agressivas à saúde do obreiro do que aquelas vivenciadas à época da execução dos serviços.

Convertidos os períodos de atividade especial ora reconhecidos em tempo comum e somados aos demais, o autor totaliza **15 anos, 09 meses e 23 dias de tempo de serviço até 15.12.1998, e 42 anos, 09 meses e 19 dias de tempo de serviço até 08.05.2018**, data do requerimento administrativo, conforme planilha elaborada, parte integrante da presente decisão.

Insta ressaltar que o art. 201, §7º, inciso I, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, garante o direito à aposentadoria integral, independentemente de idade mínima, àquele que completou 35 anos de tempo de serviço, se homem, e 30 anos de tempo de serviço, se mulher.

Cumpra-se observar que a Medida Provisória n. 676, de 17.06.2015 (D.O.U. de 18.06.2015), convertida na Lei n. 13.183, de 04.11.2015 (D.O.U. de 05.11.2015), inseriu o artigo 29-C na Lei n. 8.213/91 e criou hipótese de opção pela não incidência do fator previdenciário, denominada "regra 85/95", quando, preenchidos os requisitos para a aposentadoria por tempo de contribuição, a soma da idade do segurado e de seu tempo de contribuição, incluídas as frações, for:

a) igual ou superior a 95 (noventa e cinco pontos), se homem, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos;

b) igual ou superior a 85 (oitenta e cinco pontos), se mulher, observando o tempo mínimo de contribuição de trinta anos.

Ademais, as somas referidas no *caput* e incisos do artigo 29-C do Plano de Benefícios computarão "as frações em meses completos de tempo de contribuição e idade" (§ 1º), e serão acrescidas de um ponto ao término dos anos de 2018, 2020, 2022, 2024 e 2026, até atingir os citados 90/100 pontos.

Ressalve-se, ainda, que ao segurado que preencher o requisito necessário à concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário será assegurado o direito à opção com a aplicação da pontuação exigida na data do cumprimento do requisito, ainda que assim não o requeira, conforme disposto no artigo 29-C, § 4º, da Lei 8.213/1991.

Portanto, totalizando a parte autora 42 anos, 09 meses e 19 dias de tempo de serviço até 08.05.2018, data do requerimento administrativo, conforme planilha anexa, e contando com 52 anos e 05 meses de idade, atinge 95,16 pontos, suficientes para a obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição sem a aplicação do fator previdenciário.

Mantido o termo inicial do benefício a partir da data do requerimento administrativo (08.05.2018), conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesse sentido.

A correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo E.STF no julgamento do RE 870.947, realizado em 20.09.2017. Quanto aos juros de mora será observado o índice de remuneração da caderneta de poupança a partir de 30.06.2009.

Fixo os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a data da presente decisão.

As autarquias são isentas das custas processuais (artigo 4º, inciso I da Lei 9.289/96), devendo reembolsar, quando vencidas, as despesas judiciais feitas pela parte vencedora (artigo 4º, parágrafo único).

As prestações em atraso serão resolvidas em liquidação do julgado, compensando-se as adimplidas por força da tutela de urgência.

Diante do exposto, **com fulcro no artigo 932 do CPC, acolho a preliminar arguida pelo INSS de nulidade da sentença, restando prejudicada a sua apelação, quanto ao mérito, e, com fulcro no art. 1.013, §3º, III, do CPC/2015, julgo procedente o pedido**, para reconhecer o período de atividade especial de 06.03.1997 a 11.12.2017, totalizando o autor 15 anos, 09 meses e 23 dias de tempo de serviço até 15.12.1998, e 42 anos, 09 meses e 19 dias de tempo de serviço até 08.05.2018, data do requerimento administrativo. Em consequência, condeno o réu a conceder à parte autora o benefício de aposentadoria integral por tempo de contribuição, a contar de 08.05.2018, data do requerimento administrativo, com valor calculado nos termos do artigo 29-C da Lei 8.213/1991. Honorários advocatícios fixados em 15% do valor das prestações vencidas até a data da presente decisão. As verbas acessórias deverão ser aplicadas na forma explicitada. As parcelas em atraso serão resolvidas em liquidação de sentença, descontando-se os valores recebidos a título de tutela antecipada.

Decorrido *in albis* o prazo recursal, retomemos autos à Vara de origem

Intím-se.

São Paulo, 06 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017614-10.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: LETICIA SOUSA CAMARGO

Advogados do(a) AGRAVANTE: MARIA FERNANDA ALBIERO FERREIRA RIGATTO - SP225794-N, GRAZIELLA FERNANDA MOLINA - SP248151-A, RAQUEL DELMANTO RIBEIRO

HUYSMANS - SP312670-A, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

DESPACHO

Vistos.

Em uma análise preliminar, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

Intím-se o agravado para apresentar contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do novo Código de Processo Civil.

Após, retomemos autos conclusos, para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018106-02.2020.4.03.0000

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

AGRAVANTE: ALICE CANDEIAS AMBROSINI, NASCIMENTO FIOREZI ADVOGADOS ASSOCIADOS - EPP

Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODOLFO NASCIMENTO FIOREZI - SP184479-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Verifico que o presente agravo versa exclusivamente sobre execução de honorários advocatícios. Nestes termos, providencie o patrono o recolhimento de custas, no prazo de 5 dias, sob pena de negativa de seguimento ao recurso.

Dê-se ciência.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017658-29.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
PROCURADOR: SIMONE GOMES AVERSA ROSSETTO
Advogado do(a) AGRAVANTE: SIMONE GOMES AVERSA ROSSETTO - SP159103
AGRAVADO: WANDA APARECIDA BONIFACIO
Advogado do(a) AGRAVADO: EVA TERESINHA SANCHES - SP107813-N
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS face à decisão proferida nos autos de ação de restabelecimento de aposentadoria por invalidez, em que o d. Juízo de origem deferiu a tutela de urgência, determinando a imediata implantação do benefício de auxílio-doença em favor da autora, sob pena de multa.

Busca o agravante a reforma da r. decisão, alegando, em síntese, a ausência de preenchimento dos requisitos para a concessão da tutela de urgência. Sustenta que o laudo pericial produzido nos autos concluiu pela ausência de incapacidade da autora.

Inconformado, requer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso e a imediata cessação do benefício.

É o breve relatório. Decido.

Prevê o art. 300, caput, do novo CPC, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Para a concessão do benefício de auxílio-doença, o segurado deve preencher os requisitos consoante disposto no artigo 25, inciso I e artigo 59, ambos da Lei nº 8.213/91, quais sejam: carência de doze meses, qualidade de segurado e incapacidade temporária para o labor.

No caso dos autos, os documentos apresentados demonstram que a agravada gozou do benefício de aposentadoria por invalidez no período de 08.02.2000 a 23.10.2019, o qual foi cessado pela autarquia previdenciária, diante da constatação, por meio de perícia médica, de ausência de incapacidade laborativa. Assim, não se justifica qualquer discussão acerca do não cumprimento do período de carência e a qualidade de segurado, uma vez que a própria Autarquia, ao conceder referido benefício, entendeu preenchidos os requisitos necessários para tal fim, tendo sido ajuizada a presente demanda em julho de 2019.

Por outro lado, verifica-se que laudo médico pericial produzido em 31.01.2020 consignou ser a autora portadora de deficiência mental leve e epilepsia, não apresentando incapacidade do ponto de vista psiquiátrico, podendo realizar trabalhos braçais, mas sugeriu avaliação com especialista na área de neurologia, para melhor esclarecimento do quadro epilético.

Observa-se, outrossim, que a autora apresentou relatório médico datado de 23.06.2020, que atesta ser portadora de retardo mental e epilepsia, apresentando incapacidade para o trabalho e para os atos da vida civil.

Destarte, levando em conta que a autora, com 45 anos de idade, analfabeta, trabalhadora rural, gozou de benefício por incapacidade desde o ano de 2000, em razão da mesma enfermidade, e tendo em vista que o médico perito consignou haver necessidade de melhor avaliação do quadro epilético, verifico o preenchimento dos requisitos necessários à concessão do benefício de auxílio-doença.

Por fim, o perigo de dano revela-se patente, tendo em vista o caráter alimentar do benefício vindicado.

Diante do exposto, **nego o efeito suspensivo pleiteado pelo INSS.**

Cumpra-se o disposto no art. 1.019, II, do Código de Processo Civil.

Intímese.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5018001-25.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: PAULINA VAIDERGORN SCHENKMAN
Advogado do(a) AGRAVADO: LUIZ EDUARDO VIRMOND LEONE - SP294136-A

DESPACHO

Vistos.

Em uma análise preliminar, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

Intímese o agravado para apresentar contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do novo Código de Processo Civil.

Após, retomemos autos conclusos, para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5017725-91.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) AGRAVANTE: ADRIANO BUENO DE MENDONÇA - SP183789-N
AGRAVADO: JOSE JULIO SZOKE
Advogado do(a) AGRAVADO: DIEGO BULYO VSZKI SZOKE - SP329054

DESPACHO

Vistos.

Em uma análise preliminar, não vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão do efeito suspensivo.

Intímese o agravado para apresentar contraminuta, na forma do art. 1.019, II, do novo Código de Processo Civil.

Após, retomemos autos conclusos para oportuna inclusão em pauta de julgamento.

Publique-se.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5003753-77.2018.4.03.6126
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: SERGIO JOSE DE SOUZA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ANA PAULA ROCA VOLPERT - SP373829-A
APELADO: SERGIO JOSE DE SOUZA, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELADO: ANA PAULA ROCA VOLPERT - SP373829-A
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Verifica-se que a virtualização dos autos está incompleta, haja vista ausência de várias folhas como exemplo: fls. 20 a 162 e 167 a 172 do feito. Assim, intime-se a parte autora para que, no prazo de dez (10) dias, proceda à digitalização de **maneira integral do processo (virtualização completa)** e à inserção no sistema PJ-e, diante do disposto na Resolução Pres. nº 142/2017.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5010710-71.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: MARIA APARECIDA PEREIRA DA SILVA
Advogado do(a) AGRAVANTE: RODRIGO CORREA NASARIO DA SILVA - SP242054-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que acolheu em parte impugnação ao cumprimento de sentença.

O exequente agravante sustenta, em síntese, que a questão está preclusa e não há previsão no título executivo de exclusão do período em que há registro de recolhimento de contribuição social das prestações vencidas de benefício por incapacidade laborativa.

É o relatório. Decido.

Verifico que a autarquia previdenciária conhecia previamente a circunstância de que a ora embargada vinha recolhendo contribuição social e, portanto, exercia atividade remunerada em período coincidente com aquele em que pleiteava o benefício de auxílio doença, conforme demonstra o extrato do Cadastro Nacional de Informações Sociais.

Entretanto, tal circunstância não foi mencionada na ação de conhecimento e a r. decisão, objeto de execução, transitou em julgado sem que tenha sido interposto recurso.

Nestes termos, não sendo caso de fato superveniente à data do trânsito em julgado, o conhecimento, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, da alegação de vedação à cumulação de auxílio doença e exercício de atividade remunerada encontra óbice no Art. 535, VI do CPC *in verbis*:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

(...)

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença."

Este o entendimento firmado pelo e. STJ, sob regime dos recursos representativos de controvérsia:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. SERVIDORES DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS-UFAL. DOCENTES DE ENSINO SUPERIOR. ÍNDICE DE 28,86% COMPENSAÇÃO COM REAJUSTE ESPECÍFICO DA CATEGORIA. LEIS 8.622/93 E 8.627/93. ALEGAÇÃO POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO PREVÊ QUALQUER LIMITAÇÃO AO ÍNDICE. VIOLAÇÃO DA COISA JULGADA. ARTS. 474 E 741, VI, DO CPC.

1. As Leis 8.622/93 e 8.627/93 instituíram uma revisão geral de remuneração, nos termos do art. 37, inciso X, da Constituição da República, no patamar médio de 28,86%, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, com base no princípio da isonomia, decidiu que este índice deveria ser estendido a todos os servidores públicos federais, tanto civis como militares.

2. Algumas categorias de servidores públicos federais também foram contempladas com reajustes específicos nesses diplomas legais, como ocorreu com os docentes do ensino superior. Em razão disso, a Suprema Corte decidiu que esses aumentos deveriam ser compensados, no âmbito de execução, com o índice de 28,86%. Entretanto, transitado em julgado o título judicial sem qualquer limitação ao pagamento integral do índice de 28,86%, não cabe à União e às autarquias federais alegar, por meio de embargos, a compensação com tais reajustes, sob pena de ofender-se a coisa julgada. Precedentes das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal.

3. Tratando-se de processo de conhecimento, é devida a compensação do índice de 28,86% com os reajustes concedidos por essas leis.

4. Não ofende a coisa julgada, todavia, a compensação do índice de 28,86% com reajustes concedidos por leis posteriores à última oportunidade de alegação da objeção de defesa no processo cognitivo, marco temporal que pode coincidir com a data da prolação da sentença, o exaurimento da instância ordinária ou mesmo o trânsito em julgado, conforme o caso.

5. Nos embargos à execução, a compensação só pode ser alegada se não pôde ser objetada no processo de conhecimento. Se a compensação baseia-se em fato que já era passível de ser invocado no processo cognitivo, estará a matéria protegida pela coisa julgada. É o que preceitua o art. 741, VI, do CPC: "Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre (...) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença".

6. No caso em exame, tanto o reajuste geral de 28,86% como o aumento específico da categoria do magistério superior originaram-se das mesmas Leis 8.622/93 e 8.627/93, portanto, anteriores à sentença exequenda. Desse modo, a compensação poderia ter sido alegada pela autarquia recorrida no processo de conhecimento.

7. Não arguida, oportunamente, a matéria de defesa, incide o disposto no art. 474 do CPC, reputando-se "deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento como à rejeição do pedido".

8. Portanto, deve ser reformado o aresto recorrido por violação da coisa julgada, vedando-se a compensação do índice de 28,86% com reajuste específico da categoria previsto nas Leis 8.622/93 e 8.627/93, por absoluta ausência de previsão no título judicial exequendo.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ n.º 08/2008.

(REsp 1235513/AL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/06/2012, DJe 20/08/2012)".

Ainda que assim não fosse, a matéria já foi objeto de julgamento pelo E. STJ em regime de recursos repetitivos (Tema 1.013) em que foi firmada a seguinte tese:

“No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPPS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.”

Ante o exposto, com fundamento no Art. 932, V, b do CPC, **dou provimento ao agravo de instrumento.**

Dê-se ciência e após, decorrido o prazo legal, arquivem-se os autos.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5171808-41.2020.4.03.9999

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

APELANTE: JOCASTRACAMPOS

Advogados do(a) APELANTE: DANIEL JOSE DA SILVA - SP316424-N, JERONIMO JOSE DOS SANTOS JUNIOR - SP310701-N

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, CAMILA VITORIA GOIS PINTO SILVA, ANA CLARA GOIS PINTO SILVA

REPRESENTANTE: EDNEIA DE GOIS PINTO

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS VERGILIO - SP360091-N,

Advogado do(a) APELADO: ANDRE LUIS VERGILIO - SP360091-N,

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0014596-50.2016.4.03.6000

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

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: MAGALY CRISTINA PARDO BRAGA

Advogado do(a) APELADO: ELTON LOPES NOVAES - MS13404-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5008372-16.2018.4.03.6105

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

APELANTE: SONIA MARIA SCHMIDHAUSSLER OKIMOTO

Advogado do(a) APELANTE: PORFIRIO JOSE DE MIRANDA NETO - SP87680-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0007292-33.2016.4.03.6183

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

APELANTE: MARIADO LIVRAMENTO SILVA

Advogado do(a) APELANTE: GUILHERME DE CARVALHO - SP229461-A

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5001009-18.2018.4.03.6124
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: JOSEFA ISIDORIO DA SILVA
Advogado do(a) APELANTE: WALDIR SERRA MARZABAL JUNIOR - PR45784-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5004010-28.2018.4.03.6183
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: NEUSAMARIA LOPES PUERTAS
Advogado do(a) APELANTE: IVONE FERREIRA - SP228083-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0004523-22.2012.4.03.6109
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOAQUIM CARNELUTTI
Advogados do(a) APELADO: PATRICIA DE CASSIA FURNO OLINDO FRANZOLIN - SP238206-A, EDSON RICARDO PONTES - SP179738-N, CASSIA MARTUCCI MELILLO BERTOZO - SP211735-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 6212172-72.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSALIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA HELENA DA SILVA
Advogado do(a) APELADO: ALEXANDRA DELFINO ORTIZ - SP165156-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5028222-14.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: MARCOS FERREIRA DE ANDRADE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogados do(a) APELANTE: JULIO CESAR POLLINI - SP128933-N, HELTON LUIZ RASCACHI - SP275151-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, MARCOS FERREIRA DE ANDRADE
Advogados do(a) APELADO: HELTON LUIZ RASCACHI - SP275151-N, JULIO CESAR POLLINI - SP128933-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 0010670-41.2009.4.03.6183
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SONIA APARECIDA DA SILVA
CURADOR: DULCIANE DA SILVA SANTOS
Advogado do(a) APELADO: JOSE SIMEAO DA SILVA FILHO - SP181108-A,
OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Intime-se, novamente, o ilustre patrono da parte autora, para que, no prazo de dez (10) dias, cumpra o determinado no ID. 134037717.

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5867950-92.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE ROSA DE MORAES NETO
Advogado do(a) APELADO: ALINE REIS - SP312097-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5002057-56.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE PEREIRA
Advogado do(a) APELADO: JORGE TALMO DE ARAUJO MORAES - MS8896-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5007772-50.2018.4.03.6119
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: JOSE HENRIQUE CAVALCANTI, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: ROBERTO CARLOS DE AZEVEDO - SP168579-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, JOSE HENRIQUE CAVALCANTI

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5191209-26.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: VALDEVINO LEAO DE SOUZA
Advogado do(a) APELANTE: PAULO SERGIO RAMOS - SP394515-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5787872-14.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANDRE LUSTOSA
Advogado do(a) APELADO: MARCIO LISBOA MARTINS - SP224010-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5821610-90.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: MARIA LUCIA BORDIN DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: JOSE BRUN JUNIOR - SP128366-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5191073-29.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: SILVIO CESAR ACRE, INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Advogado do(a) APELANTE: GLEIZER MANZATTI - SP219556-N
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, SILVIO CESAR ACRE
Advogado do(a) APELADO: GLEIZER MANZATTI - SP219556-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000008-13.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: DARCY CAETANO DE ALMEIDA
Advogado do(a) APELADO: ANGELA PAULA VITORINO - MS18119-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5000274-98.2016.4.03.6109
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANTONIO CARLOS AMARO MUTTI
Advogado do(a) APELADO: ADRIANO MELLEGA - SP187942-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 5881146-32.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 37 - DES. FED. NELSON PORFIRIO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: CLARICE DINIZ BARBOSA UNGARETTI
Advogado do(a) APELADO: ROBILAN MANFIO DOS REIS - SP124377-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do embargado para manifestar-se sobre o recurso de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, nos termos do §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA (1728) Nº 5176358-79.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: ANTONIA MADALENA DE OLIVEIRA VAROTO
Advogado do(a) APELADO: FAUSTO HERCOS VENANCIO PIRES - SP301283-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL(198) Nº 0006949-36.2015.4.03.6130
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: OSVALDO MOREIRA DE CARVALHO
Advogado do(a) APELADO: IZABEL RUBIO LAHERA - SP300795-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRADO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5399115-20.2019.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSALIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: JOSE FRANCISCO DE OLIVEIRA
Advogado do(a) APELADO: JULIANO LUIZ POZETI - SP164205-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRADO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5000550-17.2016.4.03.6114
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
APELANTE: LUIZ PEREIRA DE MORAES
Advogado do(a) APELANTE: PATRICIA REGINA DE MORAES - SP231048-A
APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRADO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5011848-73.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
AGRAVADO: MARIA JOSE BANHI
Advogado do(a) AGRAVADO: LUCIA RODRIGUES FERNANDES - SP243524-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRADO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5005339-73.2018.4.03.9999
RELATOR: Gab. 34 - DES. FED. BAPTISTA PEREIRA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
PROCURADOR: PROCURADORIA-REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
APELADO: TEREZINHA DA SILVA PEREIRA
Advogado do(a) APELADO: JAYSON FERNANDES NEGRI - MS11397-S

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202) Nº 5002740-20.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 35 - DES. FED. SÉRGIO NASCIMENTO
AGRAVANTE: AMILCAR TADEU STRAZZA
Advogado do(a) AGRAVANTE: SERGIO GEROMES - SP283238-A
AGRAVADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5190613-42.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: SEVERINO AMARO MOREIRA
Advogados do(a) APELADO: DIEGO DE OLIVEIRA COLETO - SP408601-N, JACKCELI MENDES CARDOZO - SP348871-A

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

APELAÇÃO CÍVEL (198) Nº 5172956-87.2020.4.03.9999
RELATOR: Gab. 36 - DES. FED. LUCIA URSAIA
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: EDSON DE SOUZA NUNES
Advogado do(a) APELADO: DANILO GARCIA - SP238991-N

ATO ORDINATÓRIO

O(A) Excelentíssimo(a) Desembargador(a) Federal Relator(a) determina a intimação do agravado para manifestar-se sobre o recurso de AGRAVO INTERNO, nos termos do §2º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

São Paulo, 7 de julho de 2020.

SUBSECRETARIA DA 11ª TURMA

Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 67611/2020

00001 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007289-21.2015.4.03.6181/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2015.61.81.007289-4/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|----------|---|------------------------------------------------------------|
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI |
| APELANTE | : | IVAN CARLOS MENDES MESQUITA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP283951 RONALDO DUARTE ALVES e outro(a) |
| APELANTE | : | TENORIO FERREIRA RODRIGUES reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP112111 JOSE AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JUNIOR e outro(a) |
| APELANTE | : | MARIANO AREVALO CACERES JUNIOR reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP249573 AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO e outro(a) |
| APELANTE | : | AYRTON AZAMBUJA FILHO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | MG172895 PEDRO HENRIQUE TIAGO PEREIRA e outro(a) |

| | | |
|------------------------|---|------------------------------------------------------|
| EXTINTA A PUNIBILIDADE | : | RAFAEL ANTONIO LOPES CARVALHO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP245678 VITOR TÊDDE DE CARVALHO e outro(a) |
| APELANTE | : | GERSON GONCALVES FREIRE reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP234874 ADRIANA APARECIDA OSSETE DA SILVA |
| APELANTE | : | JUNIOR TAKECHI NAKUI reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP286204 KELYSOON ESTEFANIO VILELA e outro(a) |
| APELANTE | : | JOSE GERALDO RODRIGUES DA SILVA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP367656 FERNANDO COIMBRA MAESTRELLO e outro(a) |
| APELANTE | : | MARIA DAS GRACAS GONCALVES BISPO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP276217 GRAZIELA YUMI MIYAUCHI DE ALENCAR |
| APELANTE | : | LEANDRO PRAXEDES |
| ADVOGADO | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int. Pessoal) |
| CODINOME | : | JOSE ERIVALDO DE LIMA JUNIOR |
| APELANTE | : | JOAO PAULO BARBOSA reu/ré preso(a) |
| | : | DOUGLAS DE BARROS DOS SANTOS reu/ré preso(a) |
| | : | JOAO AIRES DA CRUZ reu/ré preso(a) |
| | : | JOSE JONAS CABRAL DA SILVA reu/ré preso(a) |
| | : | JULIO CEZAR DE MENEZES GONCALVES reu/ré preso(a) |
| | : | THIAGO DE BRITO LOBAO reu/ré preso(a) |
| | : | REINALDO CARVALHO DE OLIVEIRA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int. Pessoal) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| EXCLUÍDO(A) | : | JOSE EDUARDO NUNES DA SILVA (desmembramento) |
| | : | CHARLES AMUZIE ORJI (desmembramento) |
| CODINOME | : | AGWU OKPA ONWUKA |
| No. ORIG. | : | 00072892120154036181 5P Vr SAO PAULO/SP |

DECISÃO

A defesa da apelante MARIA DAS GRACAS GONCALVES BISPO requer a revogação de prisão preventiva ou a substituição de sua prisão por medida cautelar diversa, em razão da COVID-19, trazendo, como fundamento, a decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurelio de Melo do Supremo Tribunal Federal em sede de tutela provisória incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - DF. O pedido foi encaminhado por correio eletrônico, nos termos da Portaria Conjunta 2/2020 da Presidência deste Tribunal Regional Federal e Corregedoria Regional da Terceira Região. Conforme informações da Subsecretaria desta Corte, após a apresentação das razões de apelação por parte da defesa do corréu IVAN CARLOS MENDES MESQUITA, nos termos do art. 600, § 4º do Código de Processo Penal, os autos foram remetidos ao Juízo de origem, em 19 de fevereiro de 2020, para que o integrante do Ministério Público lá oficiante no feito, querendo, ofereça contrarrazões à apelação. Alega a defesa que, diante da recente decisão proferida pelo eminente Ministro Marco Aurelio de Melo do Supremo Tribunal Federal em sede de tutela provisória incidental na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 - DISTRITO FEDERAL, que recomendou progressão de pena a quem, atendido o temporal, aguarda exame criminológico e ainda a progressão antecipada de pena a submetidos ao regime semiaberto, b) regime domiciliar aos soropositivos para HIV, diabéticos, portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras ou outras suscetíveis de agravamento a partir do contágio pelo COVID-19, conforme documento já acostado aos autos em folhas anteriores, pois ela faz hemodilíse e encontra-se há mais de 05 anos aguardando julgamento das razões recursais.

Decido.

Apesar do processo não estar fisicamente nesta Corte, como já relatado, reconheço a competência para analisá-la, pois remetido ao Primeiro Grau de Jurisdição apenas para a apresentação de contrarrazões. Em que pese a defesa não ter juntado qualquer documento para comprovar as alegações relativas à debilidade da saúde da ré, é possível apreciar o pedido, pois recentemente foi apresentado, por sua defesa, pedido semelhante. Destaco, ainda, que a ré não aguarda o julgamento de sua apelação há cinco anos, como afirma. A sentença foi proferida em 16/01/2017, em uma ação que tem vários réus.

A última das razões de apelação foi apresentada recentemente e o processo foi encaminhado para apresentação de contrarrazões, para então ser encaminhado para parecer pelo Ministério Público Federal e, somente após, estará em termos para apreciação e inclusão em pauta de julgamento.

Da prisão domiciliar por condições humanitárias

A decisão do Ministro Marco Aurélio de Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347-DF foi revista pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 18/03/2020, sob o fundamento de que as medidas a serem adotadas no âmbito carcerário devem ser aquelas contidas na Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça.

Na hipótese, a prisão cabível seria aquela contida no artigo 4º da referida Recomendação:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do

Código de Processo Penal, priorizando-se:

- mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;*
- pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;*
- prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;*

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Acrescente-se que para embasar o pedido anteriormente realizado perante esta Corte e indeferido em 02/12/2019, a defesa da ré fez juntar relatório médico (fl. 5.840), que atesta:

"A reeducanda MARIA DAS GRACAS GONÇALVES BISPO FEMINA, matrícula 939.883-5, apresenta diagnóstico de insuficiência renal crônica há mais de 5 anos.

Atualmente segue realizando sessões de hemodilíse, 3 vezes por semana.

Ao mesmo tempo é acompanhada pela nutricionista da Unidade, tendo em vista a necessidade do preparo diferenciado de sua alimentação.

No momento a paciente encontra-se em bom estado geral de saúde, deambulando sem ajuda externa, não necessitando de cuidados especializados de enfermagem no período do dia em que permanece nessa unidade prisional".

O relatório mencionado, acostado pela própria defesa da ré, não aponta debilidade em seu estado de saúde e nema ausência de atendimento médico na unidade prisional.

Ainda que exista a presença das hipóteses previstas no artigo 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, isso não impõe automaticamente a necessidade da revogação preventiva, até porque não foi acostado aos autos qualquer comprovação de disseminação do vírus do COVID-19 no ambiente carcerário em que está recolhida a ré ou inexistência de assistência médica e, ademais, como é de conhecimento público, a Justiça Paulista atendeu ao pedido do Ministério Público de São Paulo e suspendeu visitas nas unidades do Estado de São Paulo, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde, a medida possível a toda a sociedade.

De outro lado, a ré foi denunciada nestes autos por associação para o tráfico e tráfico transnacional de entorpecentes, sentenciada a 23 anos, 7 meses e 8 dias de reclusão e os motivos do decreto de forma alguma recomendam a concessão da liberdade provisória neste momento ou substituição da prisão por medidas cautelares.

Por fim, e não menos importante, quanto a eventual excesso de prazo, observo que se trata de feito com dezenas de volumes e que versa sobre fatos complexos com grande número de acusados e assim que os autos aportarem neste gabinete com parecer da Procuradoria Regional da República receberão especial atenção para inclusão em pauta no menor prazo possível.

Nesse sentido já decidiu recentemente o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. OFENSA À COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA RECEPÇÃO. EXPLOSIÃO. INCÊNDIO. CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA ARMADA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CORRUPÇÃO PASSIVA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. QUESTÃO ANALISADA EM OUTRO PROCESSO. EXCESSO DE PRAZO. TRANSCURSO ADEQUADO DA APELAÇÃO. JULGAMENTO AGUARDA RESOLUÇÃO DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. COMPLEXIDADE. VÁRIAS RÉUS E RECURSOS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental.

2. Considerando que o direito de recorrer em liberdade negado já foi analisado no RHC 106.347/PA, no qual se verificou a lisura da fundamentação empregada manter manter a prisão preventiva, sem alteração dos fatos, não se justifica nova análise.

3. Não se configura clara mora estatal para julgamento do apelo, considerando que prolatada a sentença em 19/9/2018, com interposição de três recursos, os quais já processados, existindo parecer ministerial datado de 7/6/2019, a apreciação aguarda a resolução de exceção de suspeição, que está em tramitação, sem, também, desconsiderar a complexidade do caso, 6 réus, diversos crimes e grande volume de documentos, bem como a infirmada eventual desproporcionalidade diante da pena aplicada, mais de 40 anos, perdurando a custódia por 26 meses.

4. Agravo regimental improvido

(HC 540758, MINISTRO NEFI CORDEIRO, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 10/03/2020)

Outrossim, sopesando as peculiaridades do caso em apreço, entendo que as medidas cautelares alternativas são insuficientes para assegurar a garantia da ordem pública.

Pelo exposto, indefiro o pedido de liberdade provisória ou sua substituição por medidas cautelares.

Comunique-se ao Ministério Público Federal pela via mais diligente, enviando-lhe cópia da presente decisão.

Após o retorno dos autos a este Tribunal, junte-se a presente decisão aos mesmos.

São Paulo, 26 de março de 2020.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

| | |
|------------------------|--------------------------------------------------------------|
| | 2015.61.81.007289-4/SP |
| RELATOR | : Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI |
| APELANTE | : IVAN CARLOS MENDES MESQUITA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP283951 RONALDO DUARTE ALVES e outro(a) |
| APELANTE | : TENORIO FERREIRA RODRIGUES reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP112111 JOSE AUGUSTO MARCONDES DE MOURA JUNIOR e outro(a) |
| APELANTE | : MARIANO AREVALO CACERES JUNIOR reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP249573 AUGUSTO CESAR MENDES ARAUJO e outro(a) |
| APELANTE | : AYRTON AZAMBUJA FILHO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : MG172895 PEDRO HENRIQUE TIAGO PEREIRA e outro(a) |
| EXTINTA A PUNIBILIDADE | : RAFAEL ANTONIO LOPES CARVALHO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP245678 VITOR TÊDDE DE CARVALHO e outro(a) |
| APELANTE | : GERSON GONCALVES FREIRE reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP234874 ADRIANA APARECIDA OSSETE DA SILVA |
| APELANTE | : JUNIOR TAKECHI NAKUI reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP286204 KELYSSON ESTEFANIO VILELA e outro(a) |
| APELANTE | : JOSE GERALDO RODRIGUES DA SILVA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP367656 FERNANDO COIMBRA MAESTRELLO e outro(a) |
| APELANTE | : MARIA DAS GRACAS GONCALVES BISPO reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP276217 GRAZIELA YUMI MIYAUCHI DE ALENCAR |
| APELANTE | : LEANDRO PRAXEDES |
| ADVOGADO | : SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| CODINOME | : JOSE ERIVALDO DE LIMA JUNIOR |
| APELANTE | : JOAO PAULO BARBOSA reu/ré preso(a) |
| | : DOUGLAS DE BARROS DOS SANTOS reu/ré preso(a) |
| | : JOAO AIRES DA CRUZ reu/ré preso(a) |
| | : JOSE JONAS CABRAL DA SILVA reu/ré preso(a) |
| | : JULIO CEZAR DE MENEZES GONCALVES reu/ré preso(a) |
| | : THIAGO DE BRITO LOBAO reu/ré preso(a) |
| | : REINALDO CARVALHO DE OLIVEIRA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| APELADO(A) | : Justiça Publica |
| EXCLUÍDO(A) | : JOSE EDUARDO NUNES DA SILVA (desmembramento) |
| | : CHARLES AMUZIE ORJI (desmembramento) |
| CODINOME | : AGWU OKPA ONWUKA |
| No. ORIG. | : 00072892120154036181 5P Vr SAO PAULO/SP |

DECISÃO

A defesa do apelante IVAN CARLOS MENDES MESQUITA requer a revogação de prisão preventiva ou a substituição de sua prisão por medida cautelar diversa, em razão da COVID-19, trazendo, como fundamento, a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

O pedido foi encaminhado por correio eletrônico, nos termos das Portarias Conjuntas 1-2-3, todas de 2020, da Presidência deste Tribunal Regional Federal e Corregedoria Regional da Terceira Região.

Alega o réu que foi condenado pela prática dos delitos do art. 33, caput, art. 35, ambos c. e art. 40 inciso I, todos da Lei 11.343/06, e art. 14 da Lei 10.826/03, à pena de 114 (cento e quatorze) anos, 4 (quatro) meses, e 11 (onze) dias, e 9.209 (nove mil duzentos e nove) dias-multa.

Sustenta que interpôs o recurso de apelação no ano de 2017, sendo que fora remetida para essa Turma Criminal no ano de 2019 e até a presente data, não fora julgada, bem como não há data fixada para o julgamento.

Destaca a previsão contida no artigo 4º da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

Aduz que o sentenciado faz parte do grupo considerado de risco (maior de 63 anos de idade, CARDIOPATIA HIPERTENSIVA, e EPILEPSIA), o que requer a necessidade de isolamento social recomendado pelo Ministério da Saúde, bem como, objetivando resguardar integridade física do réu.

Destaca que o requerente faz uso contínuo dos seguintes medicamentos: SELOZOK, CLONAZEPAM, DIURÉTICOS.

Afirma que a maioria das mortes confirmadas por covid-19, a doença provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), acontece em pessoas acima dos 60 anos, com problemas prévios de saúde, como hipertensão e diabetes.

Pede, por fim, que em caráter de urgência seja determinado ao Diretor Geral da PENITENCIÁRIA DE AVARÉ I - AVARÉ - SP, que encaminhe o prontuário médico a esse MM Juízo com urgência, objetivando comprovar que o sentenciado está no grupo de risco do covid-19 e que lhe seja deferida a prisão domiciliar.

Conforme informações da Subsecretaria desta Corte, após a apresentação das razões de apelação por parte da defesa do correu IVAN CARLOS MENDES MESQUITA, nos termos do art. 600, § 4º do Código de Processo Penal, os autos foram remetidos ao Juízo de origem, em 19 de fevereiro de 2020, para que o integrante do Ministério Público lá oficiante no feito, querendo, ofereça contrarrazões à apelação.

É o suficiente para o relatório.

Decido.

Apesar do processo não estar fisicamente nesta Corte, como já relatado, reconheço a competência para analisá-lo, pois remetido ao Primeiro Grau de Jurisdição apenas para a apresentação de contrarrazões.

De início, quanto à alegação da defesa do réu de que "interpôs o recurso de apelação no ano de 2017, sendo que fora remetida para essa Turma Criminal no ano de 2019 e até a presente data, não fora julgada, bem como, não há data fixada para o julgamento", cabe esclarecer que se trata de ação complexa com vários réus e o presente processo ainda não está em condições de julgamento em razão da defesa do réu ter utilizado do seu direito legal de apresentar razões de apelação nesta Corte, nos termos do artigo 600, §4º do CPP e, intimada, não o fez, conforme a certidão de fl. 5.869, na qual consta que "decorreu in albis o prazo legal para que a defesa de IVAN CARLOS MENDES MESQUITA apresentasse as razões recursais, nos termos do art. 600, § 4º do Código de Processo Penal".

Posteriormente, após determinação de intimação pessoal do réu, foram apresentadas as razões recursais e os volumosos autos encaminhados ao Juízo de origem, para que o integrante do Ministério Público lá oficiante no feito, querendo, ofereça contrarrazões à apelação.

Após o retorno dos autos com a confecção do Parecer pela Procuradoria Regional da República, o feito será imediatamente analisado.

Covid-19

A defesa do réu não juntou qualquer documento relativo às comorbidades que aponta ser o réu acometido e caberia a ela fazê-lo.

De outro lado, apesar do acusado contar atualmente 63 anos de idade, a presença das hipóteses previstas no artigo 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ não impõe automaticamente a necessidade da revogação preventiva, até porque não foi acostada aos autos qualquer comprovação de disseminação do vírus do COVID-19 no ambiente carcerário em que está recolhido o réu ou inexistência de assistência médica e, ademais, como é de conhecimento público, a Justiça Paulista atendeu ao pedido do Ministério Público de São Paulo e suspendeu visitas nas unidades do Estado de São Paulo, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde, a medida possível a toda a sociedade.

Quanto ao que consta nos autos em relação ao réu, segundo a denúncia e a sentença apelada, algo que ainda será objeto de análise nesta sede recursal, trata-se de indivíduo de alta periculosidade, condenado em concurso material por vários crimes previstos nos artigos 33, "caput", pelo delito do art. 35, ambos c/c. art. 40, I, todos da Lei nº. 11.343/2006, e pela prática do crime estampado no art. 14 da Lei 10.826/2003, a uma pena total de 114 anos, 4 meses e 11 dias de reclusão em regime inicial fechado e no pagamento de 9.209 dias-multa, pelo que não é recomendável a substituição da segregação, até porque já foragiu em outra oportunidade, como destacado na sentença apelada:

"(...)considerando a fuga do réu e a notícia de que este somente foi recapturado em 16/04/2010 (antecedentes do IIRGD), não houve o decurso do prazo legal após o cumprimento de tal pena, aplicando-se a reincidência".

Destaco, ainda, outros trechos relevantes da sentença apelada:

"IVAN CARLOS MENDES MESQUITA trata-se de um brasileiro, que estava radicado no Paraguai, responsável nos anos entre 2000 à 2004, pela remessa de grandes quantidade de cocaína para o Brasil, utilizando-se principalmente de um grande esquema de pequena aeronaves, responsáveis pelo transporte da droga entre os países produtores na América do Sul até o interior dos Estados de São Paulo e Paraná.

(...)

Conforme consta dos informes enviados tanto pela Polícia do Paraguai - SENAD, como pelo governo dos Estados Unidos, IVAN MESQUITA tinha estreita ligação com as FARC-Forças Armadas

Revolucionárias da Colômbia, de onde adquiria grande parte da cocaína que enviava ao Brasil.

Com a sua prisão no Paraguai, IVAN foi extraditado para o Estado Unidos, e sendo sentenciado à 66 meses de prisão (vide informação do DEA em anexo).

(...)

De acordo com informação repassada pelo Adido Interino da DEA junto à Embaixada dos Estados Unidos no Brasil, IVAN MESQUITA, que teria retornado ao Brasil em 2014, retomou suas atividades voltadas ao tráfico de drogas, sendo que estaria recebendo cocaína de fornecedores Bolivianos para remessa para a África e Europa. Ainda, segundo o informe, o nigeriano AGWU OKPA ONWUKA seria o destinatário destes carregamentos, nesta capital, de onde coordenaria o envio para a Europa e África. A informação repassada aponta os terminais telefônicos que estariam sendo utilizados por MESQUITA e CHARLES para suas comunicações voltadas à prática criminosa".

O que se extrai, portanto, é que para a garantia da ordem pública, a manutenção da prisão do réu é imprescindível.

Quanto à novel redação do Parágrafo Único, do Art. 316, do Código de Processo Penal, que prevê a reavaliação da necessidade da manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, fica contemplado pela presente decisão.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Quanto aos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva, verifico que não houve alterações significativas em relação às condições anteriores, em que a prisão se revelou necessária com base em dados concretos colhidos no inquérito policial, não se tratando de meras ilações amparadas na gravidade do delito.

Observe que persistem os motivos que ensejaram a custódia cautelar, haja vista a ausência de alteração do quadro fático-processual desde a decretação da medida, de modo que a prisão preventiva deve ser mantida. Inaplicáveis, portanto, as medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403/2011.

Renasce, assim, diante do grau de complexidade da organização criminosa, a gravidade concreta do delito, bem como o risco concreto de reiteração delitiva, a necessidade da manutenção da prisão.

Desse modo, não verifico ilegalidade na manutenção da custódia cautelar, considerando que o réu não comprovou qualquer alteração das circunstâncias fáticas que a ensejaram.

Confrim-se precedentes do STJ a respeito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EMLIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade de sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 2. O recurso em liberdade foi adequadamente negado, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a maior periculosidade do recorrente, evidenciada pela possibilidade de reiteração delitiva, na medida em que responde por outro delito de mesma natureza do que aqui se trata, tendo, inclusive, sido beneficiado com liberdade provisória e tornado a delinquir recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 3. Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delitosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 4. Tendo o recorrente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 7. Não há falar em inovação nos fundamentos do decreto cautelar por parte da Corte a quo, que reiterou a fundamentação apresentada pelo Magistrado singular, reforçando a necessidade da manutenção da custódia antecipada em razão de o réu ter permanecido preso durante toda a instrução processual. Recurso ordinário desprovido." (RHC 201701383817, JOELILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/10/2017 ..DTPB:.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS, DIREITO DE RECORRER EMLIBERDADE. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. O Juiz de primeira instância, na sentença condenatória, apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de manter o recorrente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que ressaltou a "periculosidade em concreto dos envolvidos (os quais planejaram o assaltos e o assassinato da Juíza titular da 2ª Vara Criminal de Caucaia, de dentro do sistema prisional), demonstrando ousadia com um plano de corrupção de delegados, membros do MPE e servidores da Vara, além da cooptação de funcionários do DETRAN de Maraponga (funcionalismo estadual)". Salientou, ainda, o risco concreto de reiteração delitosa, ante a "dedicação criminosa aos corrêus, mormente quando os crimes praticados (tráfico de armas, munições e explosivos, assim como entorpecentes)". 3. Por fim, a autoridade judiciária consignou que, "mesmo após as prisões o negócio criminoso continuou funcionando, com outros membros assumindo as funções deixadas pelos réus presos, trazendo à baila, ainda, a permanência e reiteração criminosas, em suma, a sobrevivência da organização cuja maioria de seus membros estão presos (mas não totalmente)", além da "garantia da integridade física do delator, considerando o atentado que sofreu no curso do processo". 4. O STJ e o STF entendem que a participação de agente em organização criminosa sofisticada - a revelar a habitualidade delitiva - pode justificar idoneamente a prisão preventiva. 5. Recurso não provido." (RHC 201603329845, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:17/08/2017 ..DTPB:.)

Bem assim, tendo permanecido o réu preso durante a instrução e inalteradas as condições, não há constrangimento ilegal na manutenção da prisão.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RECURSO EMLIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade de sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente mantida pelo Magistrado sentenciante e pela Corte estadual, ante a demonstração, com base em elementos concretos, da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do agente, evidenciada pela natureza altamente deletéria, quantidade e variedade de drogas apreendidas - 287 porções de maconha, 235 porções de cocaína e 133 porções de crack, -, bem como pela apreensão de uma arma de fogo com numeração suprimida e 7 munições intactas, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. Habeas corpus não conhecido." (HC 201701627550, JOELILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:04/12/2017 ..DTPB:.)

Outrossim, sopesando as peculiaridades do caso em apreço, entendo que as medidas cautelares alternativas são insuficientes para assegurar a garantia da ordem pública. Pelo exposto, indefiro o pedido de liberdade provisória ou sua substituição por medidas cautelares.

Comunique-se ao Ministério Público Federal e a defesa pela via mais diligente, enviando-lhes cópia da presente decisão. Após o retorno dos autos a este Tribunal, junte-se a presente aos mesmos.

São Paulo, 06 de abril de 2020.

JOSÉ LUNARDELLI
Desembargador Federal

00003 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001155-02.2016.4.03.6000/MS

| | |
|--------------|-------------------------------------------------------|
| | 2016.60.00.001155-7/MS |
| RELATOR | : Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS |
| APELANTE | : Justiça Pública |
| APELANTE | : ADEMIR LOURENCO DE MORAES reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : MS009632 LUIZ RENE GONCALVES DO AMARAL e outros(as) |
| | : MS007490 NESTOR LOUREIRO MARQUES |
| APELANTE | : JUAN JOSE BAEZ GONZALEZ reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : MS005291 ELTON JACO LANG e outro(a) |
| APELADO(A) | : Justiça Pública |
| APELADO(A) | : EDSON JORGE CORREA ZATORRE |
| ADVOGADO | : MS013468 RODRIGO CORREAO COUTO e outro(a) |
| ABSOLVIDO(A) | : EDMAR MACIEL DOS SANTOS JUNIOR |
| No. ORIG. | : 00011550220164036000 3 Vr CAMPO GRANDE/MS |

DESPACHO

Intimem-se as defesas dos acusados acerca da apresentação deste processo em mesa na sessão de julgamento designada para o dia 23.07.2020.

São Paulo, 03 de julho de 2020.

FAUSTO DE SANCTIS
Desembargador Federal

00004 APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005499-89.2017.4.03.6000/MS

| | |
|--|------------------------|
| | 2017.60.00.005499-8/MS |
|--|------------------------|

| | | |
|------------|---|-----------------------------------------------------|
| RELATOR | : | Desembargador Federal JOSÉ LUNARDELLI |
| APELANTE | : | JOSHUA UCHECHI IHIERI reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00054998920174036000 5 Vr CAMPO GRANDE/MS |

DECISÃO

A defesa do apelante **JOSHUA UCHECHI IHIERI** requer a revogação de prisão preventiva, com fundamento no artigo 4º da Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, em razão da pandemia de COVID-19, declarada pela Organização Mundial de Saúde.

O pedido foi encaminhado por correio eletrônico, nos termos da Portaria Conjunta 2/2020 da Presidência deste Tribunal Regional Federal e Corregedoria Regional da Terceira Região.

Alega a defesa do réu que a Recomendação nº 62 do CNJ sugere aos Tribunais a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo coronavírus no âmbito do Sistema Penitenciário, dentre elas a de reavaliar a prisão provisória daqueles que se encontrem encarcerados.

Sustenta que, apesar do acusado **JOSHUA UCHECHI IHIERI** não integrar o chamado grupo de risco, devem ser sopesados os bens jurídicos igualmente protegidos, como a saúde pública, a saúde da população carcerária e, por fim, a segurança de todo o restante da população brasileira.

Aduz que se trata de crime de tráfico internacional de entorpecentes e que restou constatado nos autos que o réu é primário, de bons antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica à prática de atividades ilícitas, tendo sido condenado por este Tribunal ao cumprimento da pena de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do crime do artigo 33, caput, c. c. artigo 40, inciso I, da Lei n. 11.343/06.

Afirma, por fim, que eventuais riscos à aplicação da lei penal podem ser perfeitamente coibidos pela fixação de medidas cautelares diversas da prisão.

É a síntese do necessário.

Decido.

Diante do atual panorama fático-processual, reputo presentes os requisitos necessários para o deferimento do pleito.

O requerente foi preso em flagrante pela prática do crime do artigo 33 caput, c.c artigo 40, I, da Lei 11.343/06, cometido em 17/06/2017, quando foi surpreendido transportando e trazendo consigo 686,33g de cocaína, sem autorização legal ou regulamentar. Na ocasião, o acusado teria se dirigido até a região de fronteira com a Bolívia para buscar o entorpecente e trazer para São Paulo (SP), oportunidade em que engoliu vinte cápsulas do entorpecente e escondeu outras dezoito no seu tênis.

Nesta Corte, o acusado foi condenado à pena de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, em acórdão proferido pela Décima Primeira Turma deste Tribunal, em 13/02/2020.

Já foi encerrada a instrução processual, o recorrente já foi condenado em Segunda Instância, tendo sido fixado o regime inicial semiaberto.

O crime imputado ao apelante não foi praticado mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa. Além disso, não há nos autos elementos concretos que sinalizem o risco de reiteração delitiva.

Não se pode deixar de lado, também, que o requerente está custodiado há quase três anos, para uma pena fixada em primeiro grau em confirmada nesta Corte, de 04 anos e 10 meses de reclusão.

Portanto, no caso é de se aplicar a orientação do Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 62/2020, em que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Dispõe o art. 4º da referida resolução (grifo nosso):

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indigentes, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

Acrescento, por oportuno, a novel redação do Parágrafo Único, do Art. 316, do Código de Processo Penal, que prevê a reavaliação da necessidade da manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, o qual fica contemplado pela presente decisão.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Portanto, considerando que a prisão preventiva em tela se dá há longo tempo e pela suposta prática de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, é preciso dar imediato cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo coronavírus (Covid-19), devendo a custódia cautelar pela aplicação de medidas cautelares que se revelam capazes de garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.

Ademais, por força do poder geral de cautela, de forma excepcional e motivada, não há óbice ao magistrado impor ao investigado ou acusado medida cautelar atípica, a fim de evitar a prisão preventiva, isto é, mesmo que não conste literalmente do rol positivado no art. 319 do CPP, o alcance das hipóteses típicas pode ser ampliado para, observados os ditames do art. 282 do CPP, aplicar medida constritiva adequada e necessária à espécie ou, ainda, pode ser aplicada medida prevista em outra norma do ordenamento. (STJ, 6ª Turma, HC 469.453/SP, Rel. Min. Lauria Vaz, DJe 01/10/2019).

Considerando o longo período de tempo que o réu está preso, ao menos por ora, o recolhimento domiciliar noturno se mostra a melhor alternativa à prisão preventiva do apelante, condicionada a ausência do domicílio à prévia autorização judicial.

Caso as medidas alternativas sejam insuficientes, ou, no caso de descumprimento das obrigações impostas, o Juízo poderá novamente decretar a prisão, de acordo com o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, concedo o pleito para revogar a prisão preventiva de **JOSHUA UCHECHI IHIERI** e substituí-la por medidas cautelares, cabendo ao juiz singular adotar as providências necessárias à expedição de alvará de soltura clausulado em favor do apelante, mediante a assinatura de termo de compromisso:

1. Recolhimento noturno do requerente em sua residência, só podendo dela ausentar-se nesse período com autorização judicial;

2. Comparecimento a todos os atos do processo;

3. Entrega do passaporte ao juízo no prazo máximo de 5 dias, caso esta medida não tenha sido tomada.

Sublinhe-se que, em razão do cenário atual, o cumprimento do decurso se dará nos moldes e observando-se as limitações previstas nas Portarias Conjuntas nº 1, 2 e 3 de 2020, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, tendo em vista a edição da Resolução nº 313 de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

Oportunamente, promova-se a juntada aos autos da petição da defesa encaminhada por correio eletrônico.

São Paulo, 01 de abril de 2020.

JOSÉ LUNARDELLI

Desembargador Federal

00005 APELAÇÃO CRIMINAL N° 0003295-69.2018.4.03.6119/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2018.61.19.003295-3/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|------------|---|-----------------------------------------------------|
| RELATOR | : | Desembargador Federal FAUSTO DE SANCTIS |
| APELANTE | : | DIOGENES MENEZES BANDIM reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | GABRIEL HENRIQUE ASSUNCAO SILVA reu/ré preso(a) |
| ADVOGADO | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00032956920184036119 2 Vr GUARULHOS/SP |

DECISÃO

DECISÃO

O DESEMBARGADO FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS:

A Defensoria Pública da União peticionou aos autos em análise pleiteando as revogações das prisões preventivas dos réus **DIOGENES MELO MENEZES BANDIM** e **GABRIEL HENRIQUE ASSUNÇÃO SILVA**, ou as substituições por medidas cautelares diversas, especialmente a prisão domiciliar, em razão da pandemia causada pelo denominado *COVID-19*, trazendo, como fundamento, a Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

O petição foi encaminhado por correio eletrônico, nos termos do artigo 1º, § 2º, da Portaria Conjunta nº 03/2020 da Presidência deste Tribunal Regional Federal e Corregedoria Regional da Terceira Região.

Em síntese, sustenta a Defensoria Pública da União que o réu **DIOGENES MENEZES BANDIM** está preso provisoriamente desde 13.04.2018, por outro feito, tendo a sua custódia preventiva sido decretada neste processo em 13.11.2018. Acrescenta que ele foi condenado em 31.05.2019, à pena privativa de liberdade 13 (treze) anos, 11 (onze) meses e 13 (treze) dias de reclusão, no regime inicial fechado. Já o réu **GABRIEL**

HENRIQUE ASSUNÇÃO SILVA está preso provisoriamente, por outro feito, tendo sua prisão em flagrante sido decretada em 13.04.2018 e convertida em preventiva em 13.11.2018, sendo certo, outrossim, que foi condenado em 31.05.2019 à pena privativa de liberdade de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 19 (dezenove) dias de reclusão, no regime inicial fechado. Os imputados aguardam o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal Regional Federal, ao qual os autos foram distribuídos em 26.11.2019. Sendo assim, os réus estão presos por este feito há quase dois anos, havendo excesso de prazo. Acrescenta ainda que o réu **DIÓGENES** foi diagnosticado com tuberculose pulmonar, circunstância que o inclui no denominado grupo de risco do COVID-19. No mais, tece comentários acerca da pandemia ocasionada pelo mencionado vírus e a necessidade de evitar-se aglomerações para que não haja o contágio descontrolado, sobretudo no sistema prisional. O petítório traz, ainda, dados das mortes pelo Coronavírus no sistema penitenciário estadual e está acompanhado de relatório médico concernente ao réu **DIÓGENES**.

É o relatório do essencial.

Decido.

Dispõe o artigo 4º da Recomendação CNJ nº 62/2020 que:

Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa;

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.

De uma leitura atenta, trata-se a sobredita norma de uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça para que os magistrados reavaliem a prisão provisória, priorizando-se os réus que se enquadrem nas situações elencadas, e não de um direito subjetivo à liberdade provisória.

Adentrando ao caso concreto, não há notícias de que os réus sejam idosos, responsáveis por crianças até doze anos ou por pessoa com deficiência, tampouco possuem qualquer deficiência que os enquadre no denominado grupo de risco.

Outrossim, embora haja relatório firmado por médico atestando que o peticionário **DIÓGENES** foi diagnosticado tuberculose pulmonar, a defesa não demonstrou a inexistência de assistência médica no ergástulo em que se encontra recolhido ou, então, que exista qualquer notícia de contágio ou comprovada disseminação do vírus naquele sistema prisional.

Nesse diapasão, o relatório médico acostado aos autos revela que está sendo prestado o devido atendimento médico ao réu **DIÓGENES**, sendo certo que ele apresenta-se em bom estado geral, corado, hidratado, eufônico, acianótico, anicterico, afebril, escala de gsglow 15, órgãos e sentidos dentro da normalidade até a presente data. Higiê.

Assim, não há falar em ausência de cuidados médicos ao paciente, tampouco se comprovara ausência de cuidados médicos quando do eventual surgimento do Covid-19 nas unidades prisionais em que se encontram recolhidos ambos os réus.

Ademais, como é de conhecimento público, o Departamento Penitenciário - DEPEN e os Governos do Estado de São Paulo e do Mato Grosso do Sul suspenderam visitas nas unidades prisionais, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde.

Quanto à ilegalidade da manutenção da prisão preventiva, em razão do excesso de prazo, esta deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, ou seja, levando-se em conta a complexidade do caso concreto. Na situação de ação penal subjacente, não é possível reconhecer demora injustificável no andamento do feito, que venha envolvendo de forma razoável.

Em que pese as alegações da defesa, verifica-se que a ação penal segue seu curso regular, em prazo razoável, compatível com a situação dos réus e a grandiosa do feito. Ao que tudo indica, as especificidades do presente caso envolvem procedimento de acentuada complexidade, tratando-se de roubo majorado contra os Correios e seus funcionários, com grande número vítimas e testemunhas a serem ouvidas. Ainda assim, os autos foram remetidos ao Tribunal em 26.11.2019 e, após a manifestação do Ministério Público Federal, foi remetido a este Gabinete de Trabalho em 16.12.2019, sendo certo que receberá especial atenção para inclusão em pauta no menor prazo possível.

De qualquer modo, os prazos procedimentais previstos na lei não são peremptórios e sua dilação, dentro dos limites razoáveis, justifica-se diante das circunstâncias do caso concreto. Com efeito, tais prazos servem apenas como parâmetro geral, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado. Confira-se:

PROCESSUAL PENAL: HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 52 DO STJ.

PRECARIEDADE DA INSTRUÇÃO DO WRIT. I - Como é cediço, eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo deve ser analisada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, não resultando da simples soma aritmética de prazos abstratamente previstos na lei processual penal, porquanto tais prazos não são absolutos, mas parâmetros para efetivação do direito à razoável duração do processo (Constituição da República, art. 5º, LXXVIII) e do princípio da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, LVII), ao evitar a antecipação executória da sanção penal. II - No caso concreto, em razão das peculiaridades (necessidade de expedição de carta precatória, pedido de redesignação de audiência e pedido de substituição de testemunhas feitos pela defesa e pedido de quebra de sigilo telefônico feito pelo parquet por ocasião da audiência, em razão de sua imprescindibilidade) não vejo como ser aferido eventual excesso de prazo para a formação da culpa do paciente. III - Ademais, em consulta ao sistema informatizado da primeira instância háure-se que a instrução está encerrada, tendo a defesa sido intimada, em 14/02/2017, para apresentar alegações finais, não havendo constrangimento ilegal por excesso de prazo (Súmula 52 do STJ). [...] V - Ordem denegada. - g.n. (TRF3, HC 00003186520174030000. Relatora Cecília Mello. Décima Primeira Turma. e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/03/2017).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. [...] 2. A questão do excesso de prazo na formação da culpa não se esgota na simples verificação aritmética dos prazos previstos na lei processual, devendo ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, segundo as circunstâncias detalhadas de cada caso concreto. 3. As fases não exorbitam prazo razoável, sendo que o intervalo entre a pronúncia e as diligências do art. 422 do CPP deu-se em razão do próprio e legítimo exercício do direito de defesa. 4. Encerrada a instrução, resta superada a alegação de excesso de prazo. Súmula 52/STJ. 5. Habeas corpus não conhecido. - g.n. (STJ, HC 201304026895. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29/08/2014).

Outrossim, sopesando as peculiaridades do caso em apreço, sobretudo a gravidade do crime, praticado como emprego de arma de fogo e grave ameaça direcionada aos trabalhadores das agências dos Correios, bem como o risco de reiteração delitiva, haja vista notícia veiculada pela própria defesa, de que os réus encontram-se presos por outros processos, entendendo que as medidas cautelares alternativas são insuficientes.

Remanesce, assim, diante do grau de complexidade do feito, a gravidade concreta do delito, bem como o risco concreto de reiteração delitiva, a necessidade da manutenção da prisão cautelar.

Pelo exposto, **indeferir o pedido formulado pela i. defesa técnica.**

Comunique-se ao Ministério Público Federal pela via mais diligente, enviando-lhe cópia da presente decisão.

São Paulo, 13 de maio de 2020.

FAUSTO DE SANCTIS
Desembargador Federal

00006 APELAÇÃO CRIMINAL N° 0011990-20.2018.4.03.6181/SP

| | |
|--|------------------------|
| | 2018.61.81.011990-5/SP |
|--|------------------------|

| | | |
|------------|---|-----------------------------------------------------|
| RELATOR | : | Desembargador Federal NINO TOLDO |
| APELANTE | : | KAUE GUILHERME SOUZA DE BRITO |
| ADVOGADO | : | SP0000DPU DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO (Int.Pessoal) |
| APELANTE | : | JOSENILTON TEIXEIRA BRITO |
| ADVOGADO | : | SP312140 RONALDO OLIVEIRA FRANÇA e outro(a) |
| APELADO(A) | : | Justica Publica |
| No. ORIG. | : | 00119902020184036181 1 Vr SAO BERNARDO DO CAMPO/SP |

DESPACHO

KAUE GUILHERME SOUZA DE BRITO, representado pela Defensoria Pública da União (DPU), requer a substituição da sua prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão ou por prisão domiciliar, em razão da pandemia de Covid-19. Argumenta com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADPF nº 347/DF, a Recomendação nº 62, de 17.03.2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei nº 13.979/2020 e o art. 14 da Lei de Execução Penal - LEP (Lei nº 7.210/84).

O pedido foi encaminhado por correio eletrônico, ante o teor da Portaria Conjunta nº 3/2020 da Presidência deste Tribunal e da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região.

É o relato do essencial. **DECIDO.**

Esclareço, inicialmente, que, por se tratar de preso com condenação provisória, a apreciação do pedido competiria ao juízo da execução responsável pela fiscalização do cumprimento da pena imposta ao apelante, nos termos do art. 5º da Recomendação nº 62 do CNJ. Contudo, em consulta ao sistema processual, verifiquei que não há anotação de que se trata de processo em que há réus presos, nem de que tenham sido expedidas guias de execução provisória. Em razão disso, **apreio** o pedido da DPU, que, todavia, não merece acolhimento.

Com efeito, o pedido é genérico, não havendo indicação, tampouco comprovação documental, de que o apelante esteja incluído no grupo de risco a que alude a supracitada Recomendação nº 62/2020.

Além disso, o crime pelo qual o apelante foi condenado é de gravidade concreta e foi praticado com violência ou grave ameaça a pessoa (roubo majorado), o que afasta, em princípio, a possibilidade de revisão da prisão com base nos fundamentos da Recomendação nº 62 do CNJ. Segundo a sentença (cujo teor está disponível no site da Justiça Federal), ele é reincidente específico.

Posto isso, **INDEFIRO** o pedido.

Observo que, segundo o sistema de consulta processual, em 10.03.2020 determinou-se a baixa dos autos ao juízo de origem e não há anotação de que se trata de processo em que há réus presos, tampouco de que tenham sido expedidas guias de execução provisória. Em razão disso, **esse juízo deverá, sem prejuízo das demais determinações do despacho proferido em 14.02.2020: a) providenciar** a anotação no sistema processual de que se trata de processo de réu preso; **b) expedir** as competentes guias de execução provisória em nome de ambos os acusados e, ainda que porventura já tenham sido expedidas, realizar essa anotação no sistema processual; **c) juntar aos autos** a petição encaminhada pela DPU e este despacho.

Comunique-se ao juízo de origem, para **cumprimento imediato**, remetendo-lhe cópias da petição da DPU e deste despacho.

Dê-se ciência à DPU e ao MPF, por correio eletrônico, mediante o encaminhamento de cópia desta decisão.

Providencie-se o necessário. Cumpra-se.

São Paulo, 06 de abril de 2020.
NINO TOLDO
Desembargador Federal

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5015735-65.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
IMPETRANTE E PACIENTE: ALEXSANDRO FERREIRA VASCONCELOS, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIAO
Advogados do(a) IMPETRANTE E PACIENTE: ALMIR DA SILVA SOBRAL - SP286015, THAIS SANTOS CREMASCO - SP373157
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARULHOS/SP - 2ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

ATO ORDINATÓRIO

DESPACHO

Id 135008866: Intime-se o Dr. ALMIR DA SILVA SOBRAL (OAB/SP 286015), que figura como defensor do paciente nos autos originários (processo criminal nº 0003716-59.2018.4.03.6119), para que se manifeste sobre o interesse em prosseguir na defesa do paciente no presente *writ*, apresentando a pertinente defesa técnica ao pedido de *habeas corpus*.

Sublinhe-se que, em razão do cenário atual, o cumprimento do *decisum* se dará nos moldes e observando-se as limitações previstas nas Portarias Conjuntas PRES/CORE nº 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8 e 9 de 2020, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e das Seções Judiciárias da Justiça Federal de São Paulo e de Mato Grosso do Sul, tendo em vista a edição da Resolução nº 322, de 1º de junho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça.

DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI

São Paulo, 6 de julho de 2020.

APELAÇÃO CRIMINAL (417) Nº 0003986-91.2018.4.03.6181
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE: LUCIANO DIAS FERREIRA
ABSOLVIDO: FRANCIEUDO BATISTA SOUSA
Advogados do(a) APELANTE: LUPERCIO COLOSIO FILHO - SP254690-A, DENILSO RODRIGUES - SP228339-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL - PR/SP

OUTROS PARTICIPANTES:

DESPACHO

Considerando a manifestação (ID 136115912), intime-se mais uma vez o defensor constituído do réu LUCIANO DIAS FERREIRA para que apresente as razões recursais, nos termos do art. 600, § 4º do Código de Processo Penal.

Com a vinda das razões de apelação, encaminhem-se os autos ao MM. Juízo de Origem, para que o Órgão Ministerial lá oficiante ofereça contrarrazões.

Voltando os autos da origem com as devidas contrarrazões, abra-se vista à Procuradoria Regional da República para parecer.

Após, tomemos autos conclusos.

São Paulo, 3 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017821-09.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
PACIENTE: J.J.C.D.S.
IMPETRANTE: MICHELLE FELIX BARCELLOS DE ALVARENGA
Advogado do(a) PACIENTE: MICHELLE FELIX BARCELLOS DE ALVARENGA - RJ177721
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL

ATO ORDINATÓRIO

"Arte o exposto, em juízo sumário de cognição, conheço em parte da impetração, haja vista, no tocante ao excesso de prazo para julgamento do recurso de Apelação, a incompetência deste Tribunal para julgar atos praticados pelos seus membros, e, no que toca ao pedido de revogação da prisão preventiva, indefiro a liminar."

São Paulo, 6 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017702-48.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
PACIENTE: THIAGO DE BRITO LOBAO
IMPETRANTE: MICHELLE FELIX BARCELLOS DE ALVARENGA
Advogado do(a) PACIENTE: MICHELLE FELIX BARCELLOS DE ALVARENGA - RJ177721
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP - 5ª VARA FEDERAL CRIMINAL

OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por Michelle Félix Barcellos de Alvarenga, em favor de THIAGO DE BRITO LOBÃO, apontando constrangimento ilegal proveniente de ato do Juízo da 5ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP nos autos da ação penal nº 000728921.2015.4.03.6181.

A impetrante narra que o paciente se encontra preso preventivamente desde 22/06/2015 pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33, *caput*, 35 e artigo 40, todos da Lei de Tóxicos, e que aos 13/01/2017 foi condenado nos termos da denúncia à pena de 22 (vinte e dois) anos, e 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Prossegue a impetrante sustentando ser o paciente primário, possuir bons antecedentes, ter residência fixa e ocupação lícita, circunstâncias que entende denotarem ausência de respaldo para manutenção da prisão preventiva.

Na mesma linha de fundamentação assevera ser “*evidente a possibilidade de que o paciente responda ao processo em liberdade, em razão da natureza do delito e da ausência de fundamentação suficiente no decreto prisional para justificar a manutenção da prisão preventiva, acentuando que a alusão à gravidade do delito, não impedem a concessão da liberdade provisória*”, aliando a tais argumentos o fato de que permanecer recolhido em estabelecimento prisional expõe o paciente a maiores riscos de contaminação pelo COVID-19 e, avertando, ainda a ocorrência de excesso de prazo no julgamento da apelação.

Assim, amparada em alegado excesso de prazo, presença de condições pessoais favoráveis e, ainda, no risco de eventual contaminação pelo coronavírus no ambiente carcerário, pugna a impetrante a concessão de liminar a fim de que o paciente possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade, ou que a prisão preventiva seja convertida em prisão domiciliar ou, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar.

É o relatório do essencial.

Decido.

De início, quanto à alegação de excesso de prazo, cabe esclarecer que a ação penal originária foi distribuída a este relator em outubro de 2019 e que se trata de ação complexa com vários crimes e réus e que o presente processo ainda não está em condições de julgamento em razão da defesa de um dos réus ter utilizado do seu direito legal de apresentar razões de apelação nesta Corte, nos termos do artigo 600, §4º do CPP.

Oportuno, a título de esclarecimento acerca do avertido excesso de prazo transcrever trecho da fundamentação, por mim expendida quando do julgamento do habeas corpus nº 502126839.2019.4.03.0000, anteriormente impetrado em favor de corréu da ação penal originária:

“*Extrai-se dos autos que, em 13/01/2017, o Juízo da 5ª Vara Federal de São Paulo/SP proferiu sentença nos autos da ação penal nº 0007289-21.2015.403.6181, por meio da qual condenou 17 (dezesete) réus, dentre eles o paciente pela prática dos crimes previstos nos arts. 35 e 33, caput, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/2006, à pena de 22 (vinte e dois) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 2366 dias multa.*

A sentença baixou em Secretaria em 16/01/2017; em 18/01/2017 foram, a pedido de oito dos réus, expedidos ofícios para transferência prisional para estabelecimentos mais próximos de seus familiares nos estados de SP e MS; remetidos os autos ao Ministério Público Federal os mesmos retornaram, sem recurso, em 24/01/2017.

Segundo as informações prestadas pela autoridade impetrada o processo recebeu movimentação contínua, sendo que o longo decurso de tempo para a reunião de todas as peças necessárias para a remessa dos autos a este Tribunal se deve sobretudo em razão da atuação das defesas dos réus, intimadas desde o final de 2017 para arrazoar as apelações.

Da análise do extrato de movimentação processual anexo às informações constata-se que o lapso de tempo decorrida na tramitação dos recursos se justifica em razão do elevado número de réus, que demandaram a expedição de cartas precatórias para comarcas do interior de SP e MS para intimação pessoal do réus presos acerca da sentença, bem como da necessidade de renovação de intimação de alguns dos réus ante a apresentação de subestabelecimento e nova procuração de advogados e expedição de mandados de prisão preventiva em razão da sentença condenatória no dia 27/03/2017.

A fim de melhor esclarecer a assertiva de que inexistente a alegada injusta demora na tramitação do feito, transcrevo trecho das informações prestadas pelo juízo a quo:

“Em 16/02/2017 foram juntados recursos de apelação com pedido de prazo para razões: Tenório Ferreira Rodrigues (fl. 4978) e Junior Takechi Nakui (fl. 4980).

Em 17/03/2017 foram expedidas cartas precatórias para comarcas do interior de SP e MS para intimação pessoal dos réus presos acerca da sentença.

Juntado em 20/03/2017 subestabelecimento sem reservas da defesa constituída do réu José Geraldo Rodrigues da Silva. Bem como nova procuração da defesa do réu Ayrton Azambuja Filho.

Na mesma data, houve juntada de recurso de apelação com pedido de apresentação de razões em 2ª instância pelo réu Ivan Carlos Mendes Mesquita (fl. 5051), cuja carta precatória para intimação pessoal em presídio no interior de SP não havia sido cumprida.

No dia 21/03/2017, foi juntado recurso de apelação com pedido de apresentação de razões em 2ª instância pelo réu Rafael Antônio Lopes Carvalho (fl. 5058).

Expedidos mandados de prisão preventiva em razão de sentença condenatória no dia 27/03/2017.

Em 19/04/2017 a defesa do réu Tenório Ferreira Rodrigues apresentou subestabelecimento sem reservas (fl. 5090).

Na mesma data, foram juntadas as intimações pessoais da sentença, com termo de apelação, dos réus:

- 1) Ayrton Azambuja Filho (fl. 5093, intimado em 24/03);*
- 2) Maria das Graças Gonçalves Bispo (fl. 5096, intimada em 20/03)*
- 3) “José Erivaldo” (atualmente identificado como Leandro Praxedes – fl. 5100, intimado em 29/03)*
- 4) Reinaldo Carvalho de Oliveira (fl. 5116, intimado em 30/03);*
- 5) Thiago de Brito Lobão (idem, intimado em 30/03);*
- 6) Douglas de Barros dos Santos (idem);*
- 7) José Jonas Cabral da Silva (idem);*
- 8) O paciente Mariano Arevalo Caceres Junior (fl. 5128, intimado em 27/03/2017);*
- 9) Tenório Ferreira Rodrigues (idem);*
- 10) Junior Takechi Nakui (idem);*
- 11) intimação negativa de João Paulo Barbosa, transferido de unidade prisional (fl. 5136).*
- 12) José Geraldo Rodrigues da Silva (fl. 5149, intimado em 27/03/2017);*
- 13) João Aires da Cruz (fl. 5152, intimado em 27/03);*

Ainda na mesma data, 19/04/2017 foram juntados recursos de apelação com pedido de apresentação de razões em 2ª instância pelo paciente Mariano Arevalo Caceres Junior (fls. 5153), e novamente pelo corréu Tenório Ferreira Rodrigues (fls. 5157), por outro defensor.

No dia 08/05/2017 foi juntada a intimação pessoal da sentença, com termo de apelação, do réu João Paulo Barbosa (fl. 5169).

Em 11/05/2017 foi expedida a Guia de Recolhimento Provisória de Rafael Antônio Lopes Carvalho (fls. 5182).

Em 29/06/2017 foram expedidas as Guias de Recolhimento Provisórias de: 1) João Aires da Cruz, 2) João Paulo Barbosa, 3) José Geraldo Rodrigues da Silva, 4) Júlio Cezar Menezes Gonçalves, 5) Ivan Carlos Mendes Mesquita, 6) Ayrton Azambuja Filho, 7) Junior Takechi Nakui, 8) Mariano Arevalo Caceres Júnior, 9) Tenório Ferreira Rodrigues, 10) Douglas de Barros dos Santos, 11) Thiago de Brito Lobão, 12) José Jonas Cabral da Silva, 13) Reinaldo Carvalho de Azevedo, 14) Gerson Gonçalves Freire e 15) Maria das Graças Gonçalves Bispo (fls. 5199).

No dia 27/07/2017 foram juntadas as intimações pessoais da sentença, com termo de apelação, dos réus Rafael Antônio Lopes de Carvalho (fl. 5234), Ivan Carlos Mendes Mesquita, Gerson Gonçalves Freire (fl. 5263) e Júlio Cezar de Menezes Gonçalves (fl. 5299).

Na mesma data há juntada de petição de juntada de nova procuração da defesa do réu Ayrton Azambuja Filho, mas sem a procuração anexa (fl. 5243).

No dia 27/07/2017 foi juntada a intimação pessoal da sentença, com termo de apelação, do réu Rafael Antônio Lopes de Carvalho (fl. 5234).

Também apresentada nova procuração por novo defensor do réu Gerson Gonçalves Freire (fl. 5325).

No dia 29/08/2017 são apresentadas as razões de apelação pelo réu Júnior Takechi Nakui (fl. 5391).

Com a confirmação da intimação pessoal (e declaração de recurso) de todos os 17 réus condenados, em 06/12/2017 o teor da sentença foi disponibilizado para publicação em Diário Oficial Eletrônico para fins de apresentação de razões pelas defesas constituídas dos réus (fl. 5409).

Transcorrido o prazo para embargos, em 12/04/2018 os autos são remetidos à Defensoria Pública da União, que apresentou as razões recursais dos réus: 1) Douglas de Barros dos Santos, 2) João Aires da Cruz, 3) Jose Jonas Cabral da Silva, 4) Júlio Cezar de Menezes Gonçalves, Thiago de Brito Lobão e 6) Reinaldo Carvalho de Oliveira (fls. 5468-5510).

No dia 23/05/2018 é proferido despacho determinando a intimação da defesa constituída do réu Gerson Gonçalves Freire para arrazoar a apelação (fl. 5515).

Em 03/08/2018 é certificado o descumprimento do prazo para razões pela defesa do réu Gerson (fl. 5535).

Em 31/01/2019 é juntada petição em que a defesa constituída do réu Gerson alega que somente foi contratada para realizar pedido de transferência prisional, requerendo a intimação pessoal do réu para constituir novos advogados.

No dia 12/02/2019 são apresentadas as razões de apelação pelo réu Tenório Ferreira Rodrigues (fl. 5539) e pelo paciente Mariano Arevalo Caceres Junior (fl. 5595).

Em 24/05/2019 são juntadas as razões de apelação do réu José Geraldo Rodrigues da Silva (fl. 5655) e do réu Gerson Gonçalves Freire (fl. 5677, com novo substabelecimento à fl. 5675).

Nova defesa do paciente Mariano Arevalo Caceres Júnior apresenta procuração às fls. 5699.

A Defensoria Pública da União informa que assumiu o patrocínio de "José Erivaldo", cujo verdadeiro nome é revelado pela defesa como Leandro Praxedes (fl. 5705).

Diante do descumprimento de prazo para razões, em 17/07/2018 foi determinada a intimação pessoal dos réus Ayrton Azambuja Filho, Maria das Graças Gonçalves Bispo e João Paulo Barbosa para constituírem novos defensores no prazo de 5 dias (fl. 5716).

Transcorrido o prazo, em 24/07/2019 autos são remetidos à Defensoria Pública da União, que apresentou as razões recursais dos réus Ayrton Azambuja Filho, Maria das Graças Gonçalves Bispo, João Paulo Barbosa e Leandro Praxedes (fls. 5724).

Em 20/08/2019 e 23/08/2019 são juntadas aos autos petições em que novos advogados constituídos pelo réu Ayrton Azambuja Filho requerem apresentação de razões em 2ª instância.

Por fim, em 23/08/2019 esta magistrada proferiu decisão em que recebe todas as apelações e respectivas razões apresentadas, sendo que apenas três réus arrazoarão o recurso perante o E. Tribunal, abrindo vista dos autos ao Ministério Público Federal para contrarrazões (fls. 5773).

Após o retorno do processo, este será imediatamente encaminhado ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região para julgamento dos recursos. "

Conforme se observa, o lapso temporal decorrido está justificado em face das providências processuais necessárias como a intimação dos réus, o que demandou a expedição de várias cartas precatórias; dentre outras providências essenciais à regular tramitação do feito. ""

No momento, nesta Corte, apresentadas as razões de apelação, os volumosos autos foram encaminhados ao Juízo de origem, para que o integrante do Ministério Público Federal lá oficiante no feito, querendo, ofereça contrarrazões à apelação.

Após o retorno dos autos com a confecção do Parecer pela Procuradoria Regional da República, o feito será imediatamente analisado.

Assim, sopesadas as peculiaridades do caso, não vislumbro o aventado excesso de prazo atribuível ao Poder Judiciário.

Não obstante, certo é que o suscitado ato coator, após a prolação da sentença condenatória, é imputado a mim, consistindo na demora atribuída ao julgamento do recurso de apelação interposto pelo paciente, visto que tal recurso é de minha relatoria, no âmbito desta Turma. Assim, neste ponto carece esta E. Corte de competência para conhecer do presente writ, nos moldes do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal.

No que tange ao eventual risco de contaminação pelo novo coronavírus, junto ao estabelecimento prisional em que se encontra recolhido o paciente, o fato é que os riscos decorrentes da epidemia de Covid-19 atingem a todos indistintamente, dentro ou fora do cárcere.

A Recomendação CNJ nº. 62, de 17 de março de 2020 destina-se, em especial, aos presos recolhidos que se encontram no grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus, tais como pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções.

Inexiste nos autos quaisquer informações de que o paciente, que, diga-se, atualmente conta com 34 anos de idade, pertence a grupo de risco, bem como ausente comprovação de disseminação do vírus do COVID-19 no ambiente carcerário em que está recolhido ou inexistência de assistência médica e, ademais, como é de conhecimento público, a autoridades públicas restringiram as visitas nas unidades, o que significa o isolamento necessário para evitar a rápida proliferação da doença, conforme orientação da OMS - Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde, a medida possível a toda a sociedade. Logo, neste aspecto, não vislumbro plausibilidade no pleito liminar.

Por fim, em observância à novel redação do parágrafo único, do art. 316, do Código de Processo Penal, passo a revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva do paciente.

Quanto aos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva, verifico que não houve alterações significativas em relação às condições anteriores, em que a prisão se revelou necessária com base em dados concretos colhidos no inquérito policial, indicando que o ora paciente faz do tráfico internacional de entorpecentes o seu único modo de vida permanente, atuando como transportador especializado de drogas, tendo amplo conhecimento sobre a região em que atuava, entre Paraguai, Mato Grosso do Sul e São Paulo, bem como inúmeros contatos criminosos, circunstâncias aliadas à gravidade em concreto da infração - considerando que foram apreendidos 300 quilos de maconha - evidenciam a periculosidade do paciente e o risco à ordem pública. Fatos, que não obstante pendam de análise recursal, ensejaram a prolação de sentença condenando o paciente a pena de 22 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão em regime inicial fechado e no pagamento de 2366 dias-multa, fixando-se cada dia-multa em 1/30 do salário-mínimo vigente à época do crime pela infração prevista nos artigos 33, "caput" e art. 35, ambos c/c. art. 40, todos da lei nº. 11.343/2006.

Destarte, diante do grau de complexidade da organização criminosa, a gravidade concreta do delito, bem como o risco concreto de reiteração delitiva, entendo que persistem os motivos que ensejaram a custódia cautelar, haja vista, inclusive, a ausência de alteração do quadro fático-processual desde a decretação da medida, de modo que a prisão preventiva deve ser mantida.

Confirmam-se precedentes do STJ a respeito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECIU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. CONSTANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 2. O recurso em liberdade foi adequadamente negado, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a maior periculosidade do recorrente, evidenciada pela possibilidade de reiteração delitiva, na medida em que responde por outro delito de mesma natureza do que aqui se trata, tendo, inclusive, sido beneficiado com liberdade provisória e tornado a delinquir recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 3. Impende consignar, por oportuno, que, conforme orientação jurisprudencial desta Corte, inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delitosa, justificando a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública. 4. Tendo o recorrente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do recorrente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 7. Não há falar em inovação nos fundamentos do decreto cautelar por parte da Corte a quo, que reiterou a fundamentação apresentada pelo Magistrado singular, reforçando a necessidade da manutenção da custódia antecipada em razão de o réu ter permanecido preso durante toda a instrução processual. Recurso ordinário desprovido."

(RHC 201701383817, JOELILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:18/10/2017 ..DTPB:)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E TRÁFICO DE DROGAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da prisão (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. O Juiz de primeira instância, na sentença condenatória, apontou concretamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, indicando motivação suficiente para justificar a necessidade de manter o recorrente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que ressaltou a "periculosidade em concreto dos envolvidos (os quais planejaram o assassinato da Juíza titular da 2ª Vara Criminal de Caucaia, de dentro do sistema prisional), demonstrando ousadia com um plano de corrupção de delegados, membros do MPE e servidores da Vara, além da cooptação de funcionários do DETRAN de Maraponga (funcionalismo estadual)". Salientou, ainda, o risco concreto de reiteração delitosa, ante a "dedicação criminosa aos corrêus, mormente quando os crimes praticados (tráfico de armas, munições e explosivos, assim como entorpecentes)". 3. Por fim, a autoridade judiciária consignou que, "mesmo após as prisões o negócio criminoso continuou funcionando, com outros membros assumindo as funções deixadas pelos réus presos, trazendo à baila, ainda, a permanência e reiteração criminosas, em suma, a sobrevivência da organização cuja maioria de seus membros estão presos (mas não totalmente)", além da "garantia da integridade física do delator, considerando o atentado que sofreu no curso do processo". 4. O STJ e o STF entendem que a participação de agente em organização criminosa sofisticada - a revelar a habitualidade delitiva - pode justificar idoneamente a prisão preventiva. 5. Recurso não provido."

(RHC 201603329845, ROGERIO SCHIETTI CRUZ, STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA:17/08/2017 ..DTPB:)

Bem assim, tendo permanecido o réu preso durante a instrução e inalteradas as condições, não há constrangimento ilegal na manutenção da prisão.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONSTANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. A prisão preventiva foi adequadamente mantida pelo Magistrado sentenciante e pela Corte estadual, ante a demonstração, com base em elementos concretos, da gravidade concreta da conduta e da periculosidade do agente, evidenciada pela natureza altamente deletéria, quantidade e variedade de drogas apreendidas - 287 porções de maconha, 235 porções de cocaína e 133 porções de crack, -, bem como pela apreensão de uma arma de fogo com numeração suprimida e 7 munições intactas, recomendando-se a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública. 4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. Habeas corpus não conhecido."

(HC 201701627550, JOELILAN PACIORNIK, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:04/12/2017 ..DTPB:)

Ante o exposto, em juízo sumário de cognição, conheço em parte da impetração, haja vista, no tocante ao excesso de prazo para julgamento do recurso de Apelação, a incompetência deste Tribunal para julgar atos praticados pelos seus membros, e, no que toca ao pedido de revogação da prisão preventiva, indefiro a liminar.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

P.I

São Paulo, 2 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5017817-69.2020.4.03.0000
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
PACIENTE: ANDRE LUIS GONCALVES
IMPETRANTE: JOSE AGUINALDO DO NASCIMENTO
Advogado do(a) PACIENTE: JOSE AGUINALDO DO NASCIMENTO - SP173187
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SANTOS/SP - 5ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ LUIS GONÇALVES, contra ato praticado pelo Juízo da 5ª Vara Federal de Santos/SP que, nos autos nº 0000334-69.2019.4.03.6104, indeferiu o pedido de revogação da sua prisão preventiva.

Consta que o paciente está preso preventivamente em razão de suposto envolvimento nos crimes dos arts. 33, caput e 35 c.c. art. 40, I da Lei 11.343/06, e foi denunciado no bojo da mencionada Ação Penal n. 0000334-69.2019.4.03.6104 (Operação Alba Vírus).

Alega o impetrante que o paciente possui bronquite asmática e, em razão disso, compõe o chamado "grupo de risco", devendo ser revogada sua prisão preventiva em razão da pandemia pela moléstia denominada COVID-19. Acrescenta ainda que no estabelecimento prisional em que se encontra recluso já houve casos da doença. Sustenta que a Recomendação 62 do CNJ indica a necessidade de reanálise da sua situação.

Dessa forma, requer a revogação da prisão preventiva, ainda que com a imposição de outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. No mérito, pretende a confirmação da liminar.

É o relatório do essencial.

Decido.

Alega o impetrante, em suma, que a pandemia do Covid 19 (Coronavírus), enseja a recomendação da revogação da sua prisão, ainda que com a imposição de outras medidas cautelares, uma vez que tem a saúde debilitada (portador de bronquite asmática), a fim de evitar possível exposição ao vírus no cárcere.

A decisão que indeferiu o pedido do impetrante foi assim fundamentada pela autoridade coatora (ID135904232):

“Com relação ao pedido de revogação da prisão preventiva decretada em desfavor de ANDRÉ LUIS GONÇALVES, observo que o requerente não trouxe qualquer fato novo capaz de afastar de pronto a necessidade de manutenção de sua prisão preventiva. Conforme exposto na decisão que proferi aos 19.03.2020, objeto do ID 29849663, a custódia cautelar ora combatida foi decretada, sobretudo, para garantia da ordem pública, diante da presença de veementes indícios da participação do acusado em sofisticada ação engendrada para a prática de tráfico transnacional de cocaína.

Como consignei naquela oportunidade, os requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal encontram-se bem evidenciados, na espécie, pela extensão do esquema ilícito retratado na denúncia e nas informações policiais acostadas aos autos, reveladoras, por si só, da gravidade concreta das condutas executadas pelo requerente, a determinar que se acatele a ordem pública e econômica, pois, mesmo em parte desmantelado, o grupo criminoso que ao menos em tese o postulante integra tem grande capacidade de perpetuar o cometimento de atividades ilícitas.

Além disso, não é demasiado enfatizar, mais uma vez, que nos seis eventos narrados na denúncia, relativos aos vídeos e imagens que registraram o armazenamento de entorpecentes em contêineres com destino ao exterior; foram identificados, pelo menos, 3.932 Kg (três mil novecentos e trinta e dois quilos) de cocaína transportados pelo grupo. Some-se a isso as apreensões de cocaína realizadas nos autos da ação penal nº 0000160-60.2019.403.6104, que tramitou perante este mesmo Juízo (1.343,9 kg), e no inquérito policial nº 509/2019 da Delegacia da Polícia Federal de Itajaí/SC (1.200 kg), que possuem fortes indicativos de estarem relacionadas à mesma organização criminoso.

Cumprir frisar que, como destacado na denúncia, sob os cuidados do postulante foram apreendidos milhões de dólares norte-americanos (US\$ 3.200.000,00), além de veículos, nacionais e importado, de alto valor de mercado, bens e valores esses que, ao que tudo indica, são fruto ou possuem relação direta com ações do grupo criminoso voltadas ao tráfico internacional de vultuosas cargas cocaína.

(...)

Desse modo, ao menos nesta etapa, tenho que o pedido sob enfoque não reúne condições de ser atendido, por permanecerem presentes os requisitos inscritos nos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, sobretudo a necessidade de garantir a ordem pública, além de assegurar o regular processamento da ação penal.

Quanto ao argumento suscitado pelo requerente no sentido de que estaria mais expostos ao novo coronavírus (Covid-19) em razão de o estabelecimento prisional em que se encontra recolhido estar com excesso de lotação, anoto que tal situação, por si só, não pode ser interpretada como uma autorização automática para liberação de toda e qualquer pessoa que se encontre em situação análoga a do acusado, porquanto, sob outra perspectiva, ainda vigora o direito de toda coletividade de se ver protegida contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados pelo direito penal. Observo que a Recomendação nº 62 do CNJ, invocada pelo postulante para embasar o pleito em apreço, não recomenda a liberação de todos os presos provisórios indistintamente, mas tão somente que o juiz faça, caso a caso, uma análise sobre a necessidade de manutenção da prisão preventiva dos investigados que se encontrem nessa situação. Na hipótese vertente, contudo, não há nos autos informações concretas acerca do efetivo perigo de exposição à doença no estabelecimento penal presidido onde o requerente se encontra recolhido, e muito menos de negligência por parte da Administração Penitenciária na adoção das medidas necessárias à preservação da saúde dos presos no local.

Com efeito, a notícia jornalística trazida aos autos não evidencia que o Centro de Detenção Provisória Pinheiros III possua, em seu ambiente, algum detento com o novo coronavírus. A referida reportagem, na verdade, limita-se a informar sobre um eventual caso suspeito relatado pelo Sindicato dos Funcionários do Sistema Prisional do Estado de São Paulo, o que, todavia, não foi confirmado de modo oficial pela Secretaria de Administração Penitenciária – SAP.

Com relação à documentação médica objeto do ID 32789040, trata-se de prontuário médico composto em sua maioria por fichas de atendimento e solicitações de exames ortopédicos. Inclusive cumpre destacar que as fichas onde há menção à doença crônica que o requerente sustenta possuir não estão datadas, sendo que as que possuem registro de data de emissão foram emitidas em 2012, ou seja, há quase 8 (oito) anos, de modo que não se revela suficiente a comprovar o enquadramento do requerente no grupo de risco instituído pela Organização Mundial da Saúde-OMS para infecção pelo novo coronavírus.

Ademais, cabe salientar que, na espécie, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas ou mesmo pela prisão domiciliar com monitoração eletrônica desvirtuaria os motivos ensejadores da segregação, uma vez que, conforme anteriormente exposto, existe o risco concreto de que, caso seja agraciado com tal benefício, o requerente volte a delinquir, intimide testemunhas, contate eventuais coautores dos delitos ou acione toda a estrutura da organização criminoso para ocultar provas que interessem a outros feitos relacionados ao mesmo grupo que ainda estão em curso por esta unidade jurisdicional.

(...)

Pelo exposto, fica indeferida a requerida concessão de liberdade provisória formulada por ANDRÉ LUIS GONÇALVES.”

Em uma análise preliminar, não vislumbro constrangimento ilegal na liberdade de locomoção do paciente, impondo-se o indeferimento da medida liminar.

A decisão que decretou a prisão preventiva está suficientemente motivada, em observância ao art. 93 IX da CF.

O magistrado amparou-se na gravidade concreta da conduta em tese praticada e na garantia da ordem pública para manter a prisão preventiva. Observo ainda que na decisão, o juiz acrescenta que permanecem presentes os requisitos para a preventiva.

A ação de habeas corpus tem pressuposto específico de admissibilidade, consistente na demonstração *prima facie* da violência atual ou iminente, qualificada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder, que repercute, mediatamente ou imediatamente, no direito à livre locomoção, conforme previsão do art. 5º, inc. LXVIII, da Constituição Federal e art. 647 do Código de Processo Penal.

Assim, cabe ao magistrado de segunda instância analisar a legalidade da decisão proferida pelo juízo singular. No caso em tela, a autoridade coatora refutou o pedido do impetrante sob os argumentos de que (i) a prisão preventiva do paciente seria indispensável à garantia da ordem pública, tendo em vista a presença de fortes indícios da participação do paciente em um complexo esquema criminoso voltado à prática de tráfico internacional de grandes quantidades de entorpecentes (ii) a alegada fragilidade de saúde não poderia ser comprovada, uma vez que os documentos médicos que acompanharam o pedido não seriam atuais (ano de 2012) ou referem-se a atendimentos médicos não relacionados à doença alegada.

Sustenta o impetrante que a Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça, deve ser utilizada para fundamentar a concessão do seu pedido.

Dispõe o artigo 4º da referida Recomendação:

“Art. 4 Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

I - a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do

Código de Processo Penal, priorizando-se:

a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por

criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco;

b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;

c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa;

II - a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, pelo prazo de 90 (noventa) dias;

III - a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.”

Importante assinalar que, ainda que exista a presença das hipóteses previstas no artigo 4º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, isso não impõe automaticamente a necessidade da revogação preventiva, até porque não foi acostado aos autos qualquer comprovação oficial de disseminação do vírus do COVID-19 no ambiente carcerário em que está recolhido o paciente ou inexistência de assistência médica.

Observo que o paciente foi denunciado, nos autos 0000334-69.2019.403.6104, por associação para o tráfico e tráfico transnacional de entorpecentes.

Embora os crimes engendrados pelo requerente tenham sido praticados sem violência ou grave ameaça, existem elementos seguros que sinalizam a propensão à atividade ilícita e o risco concreto de que, em liberdade, volte a praticar delitos da mesma espécie, já que integrante de organização criminoso que conta com uma estrutura sofisticada, organizada e complexa, detentora de alto poder econômico, responsável pelo tráfico internacional de vultuosas quantidades de entorpecentes.

Outrossim, sopesando as peculiaridades do caso em apreço, entendo que as medidas cautelares alternativas revelam-se insuficientes para assegurar a garantia da ordem pública.

A decisão impugnada aponta que, na casa do paciente, foram encontrados mais de três milhões de dólares americanos em espécie, além de veículos de alto valor de mercado, o que sugere seu alto posicionamento dentro da organização criminoso.

Argumenta a defesa ainda que o requerente é portador de doença que o enquadraria no grupo de risco da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19.

Ocorre que não há nos documentos que instruíram o pedido perante a autoridade coatora, laudos recentes que comprovem ser o requerente portador de enfermidades graves que permitam tal conclusão. Este, aliás, foi o fundamento de que se utilizou o juiz singular para indeferir tal pleito, já que os laudos apresentados remontam ao ano de 2012, ou referem-se a enfermidades ósseas não relacionadas com a alegada bronquite asmática.

Ante o exposto, indefiro a liminar.

Requisitem-se informações à autoridade coatora.

Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P.I

São Paulo, 1 de julho de 2020.

APELAÇÃO CRIMINAL(417) Nº 0000169-93.2003.4.03.6003
RELATOR: Gab. 39 - DES. FED. JOSÉ LUNARDELLI
APELANTE: LAIR ALONSO MOSCHIARA, TEREZINHA ALVES ALONSO, MARCOS HENRIQUE ALONSO
ACUSADO - PUNIBILIDADE EXTINTA: LAIR ALONSO MOSCHIARA JUNIOR
Advogado do(a) APELANTE: NEVES APARECIDO DA SILVA - MS5973-A
Advogado do(a) ACUSADO - PUNIBILIDADE EXTINTA: NEVES APARECIDO DA SILVA - MS5973-A
Advogado do(a) APELANTE: NEVES APARECIDO DA SILVA - MS5973-A
Advogado do(a) APELANTE: NEVES APARECIDO DA SILVA - MS5973-A
APELADO: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
OUTROS PARTICIPANTES:

DECISÃO

Trata-se de apelação criminal interposta pela defesa em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Três Lagoas/MS, que condenou os réus LAIR ALONSO MOSCHIARA, MARCOS HENRIQUE ALONSO e TEREZINHA ALVES ALONSO como incurso no crime previsto no artigo 171, §3º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal; absolveu o réu LAIR ALONSO MOSCHIARA em relação à imputação do Fato 7 do aditamento à denúncia, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; e julgou extinta a punibilidade em relação ao réu LAIR ALONSO MOSCHIARA JUNIOR, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Narra a peça acusatória (ID 134053081), que entre 01/08/2001 a 01/03/2002, o réu LAIR ALONSO MOSCHIARA, valendo-se da qualidade de contador e em conluio com os corréus LAIR ALONSO MOSCHIARA JUNIOR e MARCOS HENRIQUE ALONSO forjaram o registro de empregados da sociedade empresária Thomaz e Rezende Ltda (CNPJ 26.836.312/0001-23), e com a corré TEREZINHA ALVES ALONSO o registro como empregada da sociedade Alves e Dantas Ltda (CNPJ 24.612.228/0001-09), com o objetivo de receberem os valores do benefício de seguro desemprego, bem como sacarem os valores existentes junto à conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), em agência da Caixa Econômica Federal, causando prejuízo ao erário.

O Ministério Público Federal apresentou aditamento da denúncia (ID 134053081 - Pág. 20/31). A saber:

“Em todas as condutas adiante narradas, o denunciado Lair Alonso Moschiara dirigiu a atividade dos demais co-denunciados.

Fato 1 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - Denunciados Lair Alonso Moschiara e Lair Alonso Moschiara Junior:

Por volta de 01.03.2002, o denunciado Lair Alonso Moschiara, na Cidade de Cassilândia-MS, na qualidade de contador da sociedade Thomaz e Rezende Ltda, com vontade livre e consciente dirigida a que o denunciado Lair Alonso Moschiara Junior obtivesse, fraudulentamente, os valores depositados em sua conta de FGTS, (...), forneceu-lhe termo de rescisão de contrato de trabalho de fl. 25, sabendo tratar-se de documento material (cf. Laudo Pericial - fl. 316) e ideologicamente falso (...).

De posse do termo de rescisão de contrato de trabalho (...), o denunciado Lair Alonso Moschiara Júnior, no dia 22.03.2002, sacou R\$ 1.870,00 (mil oitocentos e setenta reais) de sua conta vinculada, obtendo assim, mediante fraude, vantagem indevida em detrimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Fato 2 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - Denunciados: Lair Alonso Moschiara e Marcos Henrique Alonso.

Por volta de 01.03.2002, o denunciado Lair Alonso Moschiara, (...), forneceu-lhe termo de rescisão de contrato de trabalho de fls. 27/28, sabendo tratar-se de documento material (cf. Laudo Pericial - fl. 316) e

ideologicamente falso (...).

De posse do termo de rescisão de contrato de trabalho de fls. 26/27, (...) o denunciado Marcos Henrique Alonso (...) no dia 10.006.2002, sacou R\$ 2.044,84 (dois mil, quarenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) de sua conta vinculada (fl. 324), obtendo assim, mediante fraude, vantagem indevida em detrimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Fato 3 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - Denunciados: Lair Alonso Moschiara e Terezinha Alonso Alves.

Por volta de 24.06.2002, o denunciado Lair Alonso Moschiara, na Cidade de Cassilândia, na qualidade de contador da sociedade Alves e Dantas Ltda, com vontade livre e consciente dirigida a que a denunciada Terezinha Alonso Alves obtivesse, fraudulentamente, os valores depositados em sua conta de FGTS, e tendo, desta forma, o domínio do fato, forneceu-lhe termo de rescisão de contrato de trabalho, sabendo tratar-se de documento material e ideologicamente falso (...).

De posse do termo de rescisão de contrato de trabalho fornecido pelo denunciado Lair Alonso Moschiara, cuja falsidade lhe era conhecida, uma vez que jamais havia exercido qualquer função junto à sociedade Alves e Dantas Ltda, e, portanto, não havia contrato a ser rescindido, ou verbas rescisórias recebidas, a denunciada Terezinha Alonso Alves (...), no dia 12.07.2002, sacou R\$ 700,32 (setecentos reais e trinta e dois centavos) de sua conta vinculada (fl. 324), obtendo assim, mediante fraude, vantagem indevida em detrimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Fato 4 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - Saque Fraudulento de Seguro Desemprego - Denunciados: Lair Alonso Moschiara e Lair Alonso Moschiara Junior:

Por volta de 01.03.2002, na cidade de Cassilândia-MS, o denunciado Lair Alonso Moschiara, na qualidade de contador da sociedade Thomaz e Rezende Ltda, com vontade livre e consciente dirigida a que o denunciado Lair Alonso Moschiara Junior obtivesse, fraudulentamente, o benefício de seguro desemprego, e tendo, desta forma, o domínio do fato, forneceu-lhe requerimento de seguro desemprego, com comunicação de dispensa, sabendo tratar-se de documento material e ideologicamente falso (...).

De posse do requerimento de seguro desemprego (...), o denunciado Lair Alonso Moschiara Júnior foi considerado apto ao benefício em 25.04.2002, obtendo assim, três parcelas do seguro desemprego, sacadas em 28.05.2002, 19.06.2002 e 16.07.2002, no valor de R\$ 274,04 (duzentos e setenta e quatro reais e quatro centavos) cada, mediante fraude, em detrimento do Fundo de Amparo ao Trabalhador (fl. 346).

Fato 5 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - Saque Fraudulento de Seguro Desemprego - Denunciados: Lair Alonso Moschiara e Marcos Henrique Alonso.

Por volta de 01.03.2002, (...), o denunciado Lair Alonso Moschiara, na qualidade de contador da sociedade Thomaz e Rezende Ltda, com vontade livre e consciente dirigida a que o denunciado Marcos Henrique Alonso obtivesse, fraudulentamente, parcelas de seguro desemprego, (...), forneceu-lhe requerimento de seguro desemprego, com comunicação de dispensa, sabendo tratar-se de documento material e ideologicamente falso (...), Marcos Henrique Alonso foi considerado apto ao benefício em 07.06.2002, obtendo assim, cinco parcelas do seguro desemprego, sacadas em 26.06.2002, 16.07.2002, 13.08.2002, 03.09.2002 e 04.10.2002, na agência 0987-3 da Caixa Econômica Federal (Paranaíba) no valor de R\$ 332,37 (trezentos e trinta e dois reais e trinta e sete centavos) cada, mediante fraude, em detrimento do Fundo de Amparo ao

Trabalhador (fl. 344).

Fato 6 - Estelionato em prejuízo do Fundo de Amparo ao Trabalhador - Saque Fraudulento de Seguro Desemprego Denunciados: Lair Alonso Moschiara e Terezinha Alonso Alves.

Por volta de 24.06.2002, na cidade de Cassilândia-MS, o denunciado Lair Alonso Moschiara, na qualidade de contador da sociedade Alves e Dantas Ltda, com vontade livre e consciente dirigida a que a denunciada Terezinha Alonso Alves obtivesse, fraudulentamente, parcelas de seguro desemprego, e tendo, desta forma, o domínio do fato, forneceu-lhe requerimento de seguro desemprego, com comunicação de dispensa, sabendo tratar-se de documento material e ideologicamente falso (já que Terezinha Alonso Alves jamais havia exercido qualquer função junto à sociedade Thomaz e Rezende Ltda, não tendo havido, de fato, qualquer dispensa).

De posse do requerimento de seguro desemprego com comunicação de dispensa, cuja falsidade lhe era conhecida, uma vez que jamais havia exercido qualquer função junto à sociedade Alves e Dantas Ltda, e, portanto, não havia contrato a ser rescindido, ou dispensa a ser efetivada, a denunciada Terezinha Alonso Alves dirigiu-se a um posto de atendimento, apresentando tal documentação, em 10.05.2002 (fl. 347).

Iludindo os funcionários responsáveis pelo processamento do requerimento, mediante a apresentação do requerimento de seguro desemprego com comunicação de dispensa ideologicamente falsos (fraude), Terezinha Alonso Alves foi considerada apta ao benefício em 07.06.2002, obtendo assim, vantagem ilícita, consistente em quatro parcelas do seguro desemprego, sacadas em 22.08.2002, 27.09.2002, 23.10.2002 e 27.11.2002, junto à agência 0563-0 da Caixa Econômica Federal (Três Lagoas) no valor de R\$ 274,03 (duzentos e setenta e quatro reais e três centavos) (fl. 347).

Fato 7 - Estelionato em prejuízo da empresa Thomaz e Rezende Ltda - Depósitos fraudulentos na conta vinculada do FGTS de Lair Alonso Moschiara Júnior e Marcos Henrique Alonso. Denunciado: Lair Alonso Moschiara.

Entre 01/08/2001 e 01/03/2002 (fls. 25, 27 e 35-verso), na cidade de Cassilândia/MS, o denunciado Lair Alonso Moschiara, valendo-se da qualidade de contador da sociedade empresária Thomaz e Rezende Ltda. (CNPJ 26.836.312/0001-23), e após formalizar de forma fraudulenta o registro, na condição de empregados, dos codenunciados Lair Alonso Moschiara Júnior e Marcos Henrique Alonso, induziu e manteve em erro referida empresa, já que no período mencionado, a Thomaz e Rezende Ltda. efetuou diversos depósitos na conta vinculada do FGTS dos empregados fictícios, causando um prejuízo de R\$ 3.914,84 (três mil, novecentos e quatorze reais e oitenta e quatro centavos), sendo que R\$ 1.870,00 (mil oitocentos e setenta reais), depositados e sacados da conta vinculada de Lair Alonso Moschiara Júnior (fl. 30) e R\$ 2.044,84 (dois mil, quarenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), depositados e sacados da conta vinculada de Marcos Henrique Alonso (fl. 324).

(...)

Assim agindo:

- o denunciado LAIR ALONSO MOSCHIARA incorreu nas sanções do art. 171, caput, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, por 02 (duas) vezes no fato 7; art. 171, § 3.º, do Código Penal, observada as regras dos artigos 61, II, g, 62, I e 29, e 69, todos do Código Penal, por 15 (quinze) vezes, sendo: 01 (uma) vez no fato 1; 01 (uma) vez no fato 2; uma vez no fato 3; 03 (três) vezes no fato 4 (três parcelas recebidas); 05 (cinco) vezes no fato 5 (cinco parcelas recebidas) e 04 (quatro) vezes no fato 6 (quatro parcelas recebidas);

- o denunciado LAIR ALONSO MOSCHIARA JUNIOR incorreu nas sanções do art. 171, § 3.º, do Código Penal, observadas as regras dos artigos 29 e 69, também do Código Penal, por 04 (quatro) vezes, uma delas ante a prática de conduta descrita no Fato 1, e três delas pela prática de condutas descritas no Fato 4 (três parcelas recebidas);

- o denunciado MARCOS HENRIQUE ALONSO incorreu nas sanções do art. 171, § 3.º, do Código Penal, observadas as regras dos artigos 29 e 69, também do Código Penal, por 06 (seis) vezes, uma delas ante a prática de conduta descrita no Fato 2, e cinco delas pela prática de condutas descritas no Fato 5 (cinco parcelas recebidas);

- a denunciada TEREZINHA ALONSO ALVES incorreu nas sanções do art. 171, § 3.º, do Código Penal, observadas as regras dos artigos 29 e 69, também do Código Penal, por 05 (cinco) vezes, uma delas ante a prática de conduta descrita no Fato 1, e quatro delas pela prática de condutas descritas no Fato 6 (quatro parcelas recebidas)."

Conforme relatado na exordial acusatória, estariam presentes indícios suficientes de materialidade e autoria do delito de estelionato majorado, nos termos do artigo 171, §3º c/c artigo 29 e artigo 69, todos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 17/03/2010 (ID 134053081 - Pág. 370).

Defesa prévia dos réus (ID 134053081 - Pág. 72/77).

O Ministério Público Federal apresentou memoriais (ID 134053632 - Pág. 197/207).

A defesa dos réus apresentou alegações finais (ID 134053632 - Pág. 208/211).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença (ID 134053643), que julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal para:

I. DECRETAR a extinção da punibilidade em relação ao réu Lair Alonso Moschiara Júnior, com fundamento no transcurso do prazo prescricional em abstrato da pretensão punitiva do Estado, nos moldes do artigo 107, inciso IV, do Código Penal;

II. ABSOLVER o réu Lair Alonso Moschiara em relação à imputação do Fato 7 do aditamento à denúncia, artigo 171, caput, do Código Penal (ID 23925530 - aditamento de fls. 384/395), ante a não comprovação da existência do fato, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal;

III. CONDENAR o réu Lair Alonso Moschiara a uma pena de 1 (um) ano, 10 (dez) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente ao tempo das condutas, tendo em conta o disposto no artigo 171, §3º, c/c artigo 71, todos do Código Penal;

IV. CONDENAR o réu Marcos Henrique Alonso a uma pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente ao tempo das condutas, tendo em conta o disposto no artigo 171, §3º, c/c artigo 71, todos do Código Penal;

V. CONDENAR a ré Terezinha Alves Alonso a uma pena de 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, à razão de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente ao tempo das condutas, tendo em conta o disposto no art. 171, §3º, c/c artigo 71, todos do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída, por duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimo cada, nos moldes do artigo 45, §1º, do Código Penal, bem como na prestação de serviço à comunidade em entidade beneficente a ser determinada pelo juízo de execução penal.

Sentença publicada em 14/04/2020 (ID 134053644).

A defesa dos réus interps apelção (ID 134053647). Em suas razões de recurso (ID 134053651 - Pág. 1/8) pretende a reforma da sentença, com a absolção dos réus LAIR ALONSO MOSCHIARA, MARCOS HENRIQUE ALONSO e TEREZINHA ALVES ALONSO, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Postula a aplicao do princpio da insignificncia, face à atipicidade material da conduta. Pleiteia a extino da punibilidade do réu LAIR ALONSO MOSCHIARA, ante a ocorrncia da prescrio da pretensio punitiva estatal. Subsidiariamente, requer a reduo da pena pecuniária.

Em contrarrazões (ID 134053653), o Ministério Público Federal se manifesta pelo não provimento do recurso defensivo.

Nesta Corte, a Procuradoria Regional da República opinou pelo desprovimento do recurso defensivo (ID 134298981).

É o relatório.

Decido.

O Ministério Público Federal deixou de interpor recurso em face da sentença condenatória, de modo que, nos termos do artigo 110, §1º, do Código Penal, a prescrição regula-se pela pena aplicada.

A pena imposta aos réus LAIR ALONSO MOSCHIARA, MARCOS HENRIQUE ALONSO e TEREZINHA ALVES ALONSO pela prática do delito previsto no artigo 171, §3º, do Código Penal (pena de 1 ano e 10 meses; e 1 ano e 6 meses de reclusão) prescrevem em 4 anos, nos moldes do artigo 109, V, do Código Penal, com redação vigente à época do fato.

Ressalte-se que os delitos foram praticados entre 01/08/2001 a 01/03/2002, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei 12.234/2010, que revogou o §2º, do artigo 110, do Código Penal.

Dito isso, entre a data dos fatos (01/08/2001 a 01/03/2002) e o recebimento da denúncia (17/03/2010) transcorreu prazo superior a 4 anos, impondo-se a extinção da punibilidade dos réus pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no artigo 107, inciso IV, artigo 109, inciso V e artigo 110 (com redação vigente ao tempo do fato), todos do Código Penal, sendo que em relação aos réus MARCOS HENRIQUE ALONSO e TEREZINHA ALVES ALONSO, o reconhecimento da prescrição é feito de ofício, restando prejudicada a análise das demais questões suscitadas no recurso.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso da defesa para declarar extinta a punibilidade do réu LAIR ALONSO MOSCHIARA pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito do artigo 171, §3º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, com fundamento no artigo 107, inciso IV; artigo 109, inciso V e artigo 110 (com redação vigente ao tempo do fato), todos do Código Penal; e de ofício, declaro a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal dos réus MARCOS HENRIQUE ALONSO e TEREZINHA ALVES ALONSO em relação ao delito do artigo 171, §3º, c/c artigo 71, ambos do Código Penal, com base no artigo 107, inciso IV; artigo 109, inciso V e artigo 110 (com redação vigente ao tempo do fato) todos do Código Penal c/c artigo 61 do Código de Processo Penal.

P.I

São Paulo, 1 de julho de 2020.

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) Nº 5000403-40.2020.4.03.6117
RELATOR: Gab. 40 - DES. FED. NINO TOLDO
PACIENTE: JULIO CEZAR LOURENCO DA SILVA
IMPETRANTE: SYONARA COSME WENDLAND, MARCOS VALTER WENDLAND
Advogados do(a) PACIENTE: MARCOS VALTER WENDLAND - MS25658, SYONARA COSME WENDLAND - MS23966-A
IMPETRADO: SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JAUÁ/SP - 1ª VARA FEDERAL

OUTROS PARTICIPANTES:

D E C I S Ã O

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Syonara Cosme Wendland e Marcos Valter Wendland, em favor de JULIO CEZAR LOURENÇO DA SILVA, contra a decisão da 1ª Vara Federal de Jauá/SP que decretou a prisão preventiva do paciente e a substituiu por prisão domiciliar cumulada com medidas cautelares, após ele ter descumprido as medidas alternativas que lhe haviam sido fixadas anteriormente na audiência de custódia, em razão de ter sido novamente preso em flagrante, em outro município (Guaíra/PR), por delito similar (CP, art. 334-A).

Os impetrantes alegam, em síntese, que não estão presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, pois o paciente é primário, sem processos criminais em andamento, à exceção da ação penal de origem e a que tramita na 1ª Vara Federal de Guaíra; sempre teve emprego lícito, tendo inclusive trabalhado como motorista para a Secretaria de Saúde no município de Japorã/MS; é casado e possui um filho de oito anos e um enteado de nove anos de idade.

Além disso, argumentam que os crimes imputados ao paciente não envolvem violência ou grave ameaça a pessoa, sendo ele réu confesso, não tendo oferecido resistência quando da prisão em flagrante. Ademais, já se colocou à disposição da empreiteira que fará o asfalto de Japorã até a cidade de Iguatemi/MS, sendo que a sua liberdade é necessária para o cumprimento de suas funções durante o prazo de execução dessa obra, que tem previsão de 24 (vinte e quatro) meses.

Por fim, alegam que não há risco à ordem pública caso o paciente seja colocado em liberdade, sendo cabível a substituição da prisão preventiva pelas medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O pedido de concessão liminar da ordem foi indeferido (ID 133730602).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 134035201).

A Procuradoria Regional da República opinou pela denegação da ordem (ID 134121791).

Em consulta ao *site* da Justiça Federal da Terceira Região, verifiquei que foi prolatada sentença na ação penal de origem, tendo o paciente sido condenado, pela prática dos crimes capitulados no art. 334-A, § 1º, I e IV, do Código Penal, c.c. art. 3º do Decreto-lei nº 399/68, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de reclusão, em regime inicial aberto, tendo essa pena sido substituída por duas restritivas de direitos. Nessa oportunidade, o juízo determinou a expedição de alvará de soltura do réu, assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade.

Em razão disso, o ato aqui apontado como coator não mais subsiste, uma vez que a prisão preventiva, assim como a sua substituição por prisão domiciliar, foi revogada pelo juízo impetrado, mantendo apenas a fiança, cujos parâmetros foram redimensionados na sentença.

Posto isso, com fundamento no art. 187 do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **JULGO PREJUDICADO** este *habeas corpus*, por perda superveniente do interesse processual.

Comunique-se à autoridade impetrada.

Dê-se ciência à Procuradoria Regional da República e aos impetrantes.

Providencie-se o necessário. Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

São Paulo, 6 de julho de 2020.